



HAL
open science

Autorité indépendante et gouvernement : la régulation bicéphale du marché français des télécommunications

Sébastien Breville

► **To cite this version:**

Sébastien Breville. Autorité indépendante et gouvernement : la régulation bicéphale du marché français des télécommunications. Economies et finances. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2006. Français. NNT: . tel-00145735

HAL Id: tel-00145735

<https://theses.hal.science/tel-00145735>

Submitted on 11 May 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON SORBONNE
UFR SCIENCES ÉCONOMIQUES

Numéro attribué par la bibliothèque

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

THÈSE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ PARIS I
Discipline : Sciences Économiques

Présentée et soutenue publiquement par
Sébastien Bréville

AUTORITÉ INDÉPENDANTE ET GOUVERNEMENT :
LA RÉGULATION BICÉPHALE DU MARCHÉ
FRANÇAIS DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Directeur de Recherche :

M. Pierre Kopp, Professeur à l'Université Paris I

Codirecteur de Recherche :

M. Frédéric Jenny, Professeur à l'ESSEC

Jury :

M^{me} Marie -Anne Frison-Roche, Professeur à l'IEP de Paris

M. Emmanuel Combe, Professeur à l'Université Paris I

M. Patrice Geoffron, Professeur à l'Université Paris IX

Novembre 2006

L'Université Paris I Panthéon – Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Remerciements

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à mes deux directeurs de recherche, M. Pierre Kopp et M. Frédéric Jenny. Leurs judicieux conseils ainsi que leur soutien furent essentiels pour l'aboutissement de mes travaux. Je tiens ici à leur témoigner ma sincère reconnaissance.

Je tiens également à exprimer toute ma reconnaissance à M. Saïd Souam pour les conseils et les critiques très constructives qu'il m'a apportés et qui m'ont permis d'améliorer considérablement la qualité de mon travail. De même, je tiens à remercier Patricia Vornetti. Ses relectures minutieuses et ses critiques toujours pertinentes ont été une aide précieuse.

Je remercie aussi les membres du service de la régulation des marchés fixe et mobile de l'ARCEP et, en particulier, Paul Donsimoni qui m'a permis de compléter mon étude empirique. Merci à Sophie Jarry du centre de documentation de l'ARCEP pour sa disponibilité et son accueil toujours chaleureux.

Mes remerciements s'adressent ensuite à l'ensemble des membres du Laboratoire d'Économie Publique pour leur amitié et leurs encouragements durant ces années de thèse.

Mes remerciements vont aussi à Michel, Benoît et Cécile pour avoir noté et corrigé les erreurs de style et d'orthographe de ce travail.

Je tiens enfin à remercier les personnes qui me sont les plus proches pour avoir su m'accompagner tout au long de ce parcours. Je remercie tout d'abord mes parents pour leur inconditionnel soutien et leurs encouragements constants. Je voudrais également souligner la participation patiente de Sarah, Benoît, Anne, mes grands-mères et mes beaux-parents tout au long de ces années. Merci à ma fille Alice d'avoir été si mignonne et de m'avoir ainsi permis de finaliser ce travail dans de bonnes conditions.

Je clos enfin ces remerciements en dédiant cette thèse à Cathy. Je me souviendrai toujours de ces journées partagées, de ces moments privilégiés comme étant le ferment de notre complicité.

Table des matières

Introduction générale 1

**PREMIÈRE PARTIE : LA RÉGULATION DES INDUSTRIES DE RÉSEAU : UNE APPROCHE
INSTITUTIONNELLE.....10**

**Chapitre I : Libéralisation du marché des télécommunications et modalités de
l'intervention publique.....16**

Section 1 – Régulation économique et agences de régulation indépendantes..... 17

1 – Les fondements de l'intervention des autorités indépendantes..... 17

1.1 Le manque de continuité et de crédibilité de l'intervention gouvernementale
..... 18

1.2 Le manque de partialité du gouvernement..... 20

1.3 L'exigence d'une expertise sectorielle 21

2 – Les enjeux économiques de la régulation 23

2.1 La régulation en amont du marché..... 24

2.2 La régulation en aval sur le marché 32

2.3 La régulation *a posteriori* : le pouvoir de sanction 34

Section 2 – Régulation politique et intervention démocratique 35

1 – La réglementation..... 36

1.1 Réglementation nationale..... 37

1.2 Réglementation européenne 38

2 – Du service public au service universel 40

2.1 Historique du service public / service universel 40

2.2 La problématique du service universel dans un environnement concurrentiel
..... 42

3 – Régulation et politique industrielle 44

3.1 La politique industrielle dans le secteur monopolistique des
télécommunications 45

3.2 Politique technologique et industrielle et rôle des régulateurs 46

Conclusion du chapitre 1 47

1 – Étude des relations gouvernement – monopole public et transition vers la concurrence	96
1.1 L’attitude dirigiste de l’autorité politique	97
1.2 L’intégration européenne et les entreprises publiques.....	99
2 – Les objectifs privés de l’État actionnaire	101
2.1 La maximisation des dividendes et de la capitalisation boursière	101
2.2 L’utilisation de l’opérateur historique comme levier de politique économique	103
Conclusion du chapitre 3.....	108

Chapitre IV : Comportements stratégiques et contrôle de l’agence de régulation

.....	110
Section 1 – Les objectifs privés de l’agence de régulation	111
1 – L’influence des opérateurs sur les décisions de l’agence de régulation	112
1.1 Les transferts de richesse vers l’agence de régulation.....	114
1.2 Les relations entre l’agence de régulation et les entreprises régulées	118
1.3 La critique publique de l’action de l’agence de régulation.....	125
1.4 Les transferts vers les élus « haut placés »	127
2 – La maximisation de sa sphère de compétences	128
2.1 Développement des compétences dans le secteur d’origine.....	129
2.2 Développement des compétences dans les autres secteurs	131
Section 2 – Pouvoirs discrétionnaires et contrôle hiérarchique de l’agence de régulation	133
1 – Les marges de manœuvre discrétionnaires de l’agence de régulation.....	134
1.1 Les marges de manœuvre accordées par la législation.....	134
1.2 L’expertise économique comme source de pouvoirs discrétionnaires.....	136
2 – Le contrôle hiérarchique de l’agence de régulation	139
2.1 Le contrôle juridictionnel.....	139
2.2 Le contrôle démocratique.....	143
2.3 Le contrôle exercé par les autorités communautaires.....	148
Conclusion du chapitre 4.....	151

Chapitre V : Examen empirique : le cas du contrôle tarifaire.....

Section 1 – Présentation de la procédure de contrôle tarifaire.....	154
1 – La procédure de contrôle tarifaire	154

2 – Les observations	157
Section 2 – Les résultats.....	158
1 – Les divergences entre l’agence de régulation et le Ministre	159
1.1 Comparaison des taux d’acceptation.....	159
1.2 Comparaison offre par offre	161
2 – Interprétation.....	163
Conclusion du chapitre 5.....	166
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	168

TROISIÈME PARTIE : INTERACTIONS ENTRE LES RÉGULATEURS ET CONTRÔLE

SUPRANATIONAL	172
----------------------------	------------

Chapitre VI : L’impact des objectifs privés des régulateurs sur le processus de libéralisation..... 176

Section 1 – L’évolution du processus concurrentiel dans le cadre d’un régulateur unique	177
1 – Régulation par les autorités politiques et émergence d’un équilibre sous-concurrentiel.....	177
1.1 La transposition des directives européennes.....	177
1.2 La régulation du marché amont.....	181
1.3 La régulation sur le marché aval	182
2 – Régulation par une autorité indépendante et émergence d’une structure de marché exagérément concurrentielle	185
2.1 Entrée inefficace et risque élevé de faillites.....	185
2.2 Rémunération sous-efficace du réseau de l’opérateur historique et déficit d’investissement dans les infrastructures alternatives.....	187
2.3 Baisses limitées des tarifs de détails.....	188
2.4 Financement sous-efficace des obligations de service universel.....	190
2.5 Implications de l’existence d’une structure de marché exagérément concurrentielle	190
Section 2 – Impact de la répartition des compétences sur le développement de la concurrence	192
1 – Conflits institutionnels et équilibre concurrentiel.....	192
1.1 Émergence d’un compromis <i>ex ante</i>	194

1.2 Le compromis <i>ex post</i>	198
2 – Conflits institutionnels et ralentissement du processus concurrentiel.....	205
2.1 Accroissement des délais	206
2.2 Incertitude du cadre légal.....	206
Conclusion du chapitre 6.....	209

Chapitre VII : Le contrôle des régulateurs en situation d'asymétrie d'information

.....	211
Section 1 – Le cadre du modèle : les fonctions objectifs des acteurs.....	212
1 – Le comportement des régulateurs.....	213
2 – La comportement de la Commission européenne	214
Section 2 – Les contrats incitatifs dans les différents cadres institutionnels.....	216
1 – Le cadre à un Agent.....	216
1.1 Le cadre en information parfaite	217
1.2 Le cadre en information imparfaite.....	218
2 – Le cadre à deux Agents	219
2.1 Les spécificités des interactions entre les régulateurs	220
2.2 Le cadre en information parfaite	224
2.3 Le cadre en information imparfaite.....	225
Section 3 – Comparaison des cadres institutionnels.....	226
1 – Étude de la structure à un régulateur unique	228
2 – Étude de la structure à deux régulateurs.....	231
2.1 Comparaison des solutions I2 et I1.....	232
2.2 Comparaison des solutions I2 et NI2.....	233
Conclusion du chapitre 7.....	238
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE ET RECOMMANDATIONS DE POLITIQUE PUBLIQUE	240
Conclusion générale.....	244
BIBLIOGRAPHIE.....	251

INTRODUCTION GÉNÉRALE

La libéralisation des marchés des télécommunications en Europe a entraîné une remise en cause des modes d'intervention traditionnels des autorités publiques dans ce secteur. Cette thèse a pour objectif de fournir une analyse économique de l'intervention des autorités sectorielles chargées de la régulation.

Dans cette introduction, nous présentons, dans un premier temps, le contexte de l'étude ; puis nous définissons les objectifs et enfin nous en indiquons la structure.

Jusqu'aux années 80, l'existence d'un réseau non-duplicable a placé les marchés européens des télécommunications en situation de monopole naturel. En 1987, la Commission européenne publie le livre vert sur « le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications » qui ouvre, à l'échelle européenne, le débat portant sur l'environnement réglementaire des télécommunications, jetant ainsi les premières bases de la libéralisation du marché.

Les caractéristiques des marchés des télécommunications, notamment l'existence de réseaux appartenant aux anciens monopoles, ne permettent pas à la concurrence d'émerger spontanément. Par ailleurs, l'appartenance historique du secteur des télécommunications au domaine du service public pose la question du maintien d'une partie ou de la totalité de ce service dans un environnement concurrentiel. Un ensemble de règles doit être défini et mis en œuvre pour permettre le développement de la concurrence tout en maintenant les missions de service public.

Alors que la définition de ces règles s'opère dans un processus de réglementation, leur mise en œuvre relève d'un processus de régulation. Pour ce dernier terme, nous retiendrons la définition proposée par M.A Frison-Roche (2000) associant la régulation à « un ensemble de techniques articulées entre elles pour organiser et maintenir des

équilibres économiques dans des secteurs qui n'ont pas (...) la force et les ressources de les produire eux-mêmes ».

Lors de la création du marché unique, les autorités européennes ont impulsé le processus de libéralisation des marchés des télécommunications. Elles en ont défini le cadre réglementaire tandis que sa mise en application est du ressort des États membres. En 1988, une directive libéralise le marché des terminaux et impose que l'entité chargée de la régulation soit « indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et /ou services dans le domaine des télécommunications »¹. En 1990, une nouvelle directive libéralise les services autres que la téléphonie vocale. En 1995, les autorités européennes précisent les caractéristiques des Autorités de Régulation Nationales, en stipulant que ces organes doivent être « juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications »². En 1996, les autorités communautaires libéralisent l'ensemble des services de télécommunications. A la même date, la loi française de réglementation des télécommunications crée une Autorité de régulation, conformément aux préconisations européennes. En 1997, les autorités européennes précisent que soit imposée une réelle séparation structurelle « entre les fonctions de régulation et les fonctions liées à la propriété ou au contrôle »³ des opérateurs. Les directives ont également permis de préciser les missions de service public, définies désormais sous le terme de service universel.

Dès que la loi française de 1996 institue la libéralisation du marché des télécommunications, nous entrons de fait dans une ère de concurrence. Une des spécificités de ce marché est que, dans la plupart des États membres, l'un des opérateurs (ancien monopole) appartient à l'État. C'est sans doute la raison pour laquelle les autorités européennes souhaitent maintenir en dehors du domaine de la régulation, les autorités politiques des États membres encore impliqués dans le fonctionnement de l'ancien monopole.

¹ Directive 88/301/CEE.

² Directive 95/62/CE.

³ Directive 97/51/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 90/387/CE.

La création de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART⁴), autorité administrative indépendante, pour assurer la libéralisation d'un marché constitue en soi une innovation juridique et institutionnelle importante. Jusqu'à présent, l'analyse économique s'est peu intéressée à la spécificité de telles institutions, laissant ce champ au domaine juridique. **Le premier objectif de cette thèse est de développer une analyse économique du fonctionnement des autorités de régulation indépendantes du marché des télécommunications.**

L'indépendance accordée à ces autorités a pour but de les tenir à l'écart des influences politiques. Toutefois, cette caractéristique ne permet plus d'utiliser les instruments traditionnels de la théorie économique de l'agence pour surveiller leurs comportements (Majone, 2001). Il est alors nécessaire de rendre compte des objectifs privés que peuvent poursuivre ces nouvelles institutions, de leurs pouvoirs discrétionnaires et des dispositifs établis pour contrôler leur action.

La loi française de 1996 n'accorde cependant pas la totalité des compétences de régulation économique à l'ART. Elle prévoit que « la fonction de régulation du secteur des télécommunications (...) est exercée (...) par le Ministre chargé des télécommunications et par l'Autorité de Régulation des Télécommunications », alors même que l'État reste actionnaire majoritaire de France Télécom.

L'intervention d'une autorité gouvernementale dans le processus de régulation soulève alors de nombreuses problématiques. D'une manière générale, il s'agit de déterminer à la fois les compétences détenues par le Ministre chargé des télécommunications, et la façon dont il pourra les utiliser pour atteindre des objectifs qui lui sont propres. Au regard de son intervention conjointe avec l'autorité de régulation indépendante, et des éventuels conflits pouvant survenir, il convient également de rendre compte des interactions entre ces deux régulateurs. **L'autre objectif de cette thèse est donc d'analyser l'impact de l'intervention d'une autorité gouvernementale dans le processus de régulation économique en présence d'une autorité indépendante, d'un opérateur historique et de nouveaux opérateurs.**

⁴ Depuis le mois de mai 2005, l'ART s'est vue confier la mission de réguler le secteur postal et a été renommée ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes). Dans la suite de notre développement, nous conserverons toutefois le terme ART pour désigner cette institution.

L'étude de l'architecture institutionnelle française et de son impact sur l'efficacité du processus de régulation mérite une attention particulière pour plusieurs raisons. Tout d'abord, parce que l'établissement d'un dispositif institutionnel efficace est un préalable indispensable à la mise en œuvre des règles établies par la théorie économique. Ensuite, parce que les caractéristiques de cette architecture institutionnelle s'observent également dans d'autres États membres⁵ et dans d'autres secteurs tels que l'énergie ou la poste.

L'étude du cadre institutionnel de la régulation et du comportement des autorités en charge de cette régulation s'inscrit dans le corpus théorique de la nouvelle économie de la régulation.

L'analyse économique consacrée à la libéralisation du marché des télécommunications a principalement cherché à définir les règles permettant l'émergence et le développement de la concurrence dans les industries de réseau : tarification de l'accès au réseau, allocation des ressources rares, financement du service universel... (Willig, 1979 ; Baumol et Sidak, 1994 ; Armstrong, 1997 ; Laffont et Tirole, 2000 ; Cremer et aliii, 2001). Le rôle des régulateurs n'y est envisagé que pour réduire l'asymétrie d'information entre des autorités politiques, supposées bienveillantes, et l'opérateur historique.

Néanmoins, si dans ce cadre, la capture du régulateur par l'opérateur régulé est envisagée, il n'est nullement tenu compte de ses spécificités. De plus, le rôle qui lui est accordé est principalement instrumental dans la mesure où il se limite à transmettre, ou non, l'information qu'il a acquise sur l'opérateur aux décideurs politiques (Laffont et Tirole, 1991-a ; Faure-Grimaud, Laffont et Martimort, 2000). Or, les régulateurs sont soumis à de nombreuses influences (opérateur historique, opérateurs alternatifs, consommateurs) auxquelles ils ne répondent pas de la même manière selon leur sensibilité aux différents groupes d'intérêt.

Ainsi, ces approches ne permettent pas, selon nous, de prendre en compte la complexité du domaine de la régulation.

⁵ Par exemple en Espagne, en Suède, en Belgique ou au Danemark. Voir notamment OCDE (2000) ou Commission européenne (2002-a), Annexe 2.

Parallèlement, l'analyse économique institutionnelle a mis en évidence l'importance préalable de l'environnement institutionnel⁶ dans la mise en œuvre des règles de marché et le mode de régulation de l'industrie. Levy et Spiller (1994, 1996) caractérisent les institutions politiques et judiciaires permettant de limiter l'arbitraire du régulateur et d'accroître la confiance des investisseurs. Cette approche prenant place au niveau macro-politique ne permet cependant pas de rendre compte de l'arbitraire dont dispose le régulateur en fonction d'un cadre institutionnel que nous considérons comme essentiellement exogène.

Observons qu'une première analyse micro-économique du comportement des régulateurs remonte aux premières contributions de l'économie positive de la réglementation développée notamment par l'école de Chicago (Stigler, 1971). Celle-ci a permis de mettre en évidence la capture des autorités publiques par les groupes de pression. De fait, vu le contexte historique, ces auteurs n'ont pu s'intéresser qu'à la configuration de monopole. Les régulateurs étaient donc nécessairement confrontés à un nombre restreint de groupes d'intérêt. Nous proposons donc de prolonger les développements théoriques de cette dernière approche pour offrir une analyse du secteur des télécommunications depuis sa libéralisation. Celle-ci nous permettra de prendre en compte l'influence que peuvent exercer les nouveaux acteurs sur les différents régulateurs

La thèse se structure en trois parties. La première propose une classification des missions de régulation en fonction des autorités devant en avoir la charge. La seconde cherche à mettre en évidence les objectifs privés des différents régulateurs, à la fois d'une manière théorique et empirique. La troisième traite de l'impact de ces objectifs privés sur le processus concurrentiel dans le secteur et cherche à définir le niveau d'intervention efficace des deux régulateurs.

La **première partie** de la thèse se compose de **deux chapitres**.

Le **premier chapitre** a pour objectif de présenter les principales règles devant accompagner la libéralisation du marché. Nous identifions ces règles en fonction des acteurs devant les mettre en œuvre. Nous distinguons ainsi les deux principaux enjeux de

⁶ Selon North (1990), l'environnement institutionnel est l'ensemble des règles fondamentales politiques, sociales et légales qui établit les bases de la production, de l'échange et de la répartition des revenus, par exemple les règles gouvernant les élections, les droits de propriété et le droit des contrats.

la régulation du marché : un enjeu économique consistant à mettre en œuvre les règles permettant aux nouveaux opérateurs privés de concurrencer l'ancien monopole et un enjeu politique relevant de la défense de l'intérêt général.

L'enjeu économique consiste donc à mettre en œuvre les règles permettant aux nouveaux opérateurs privés de concurrencer l'opérateur historique. Cette mise en œuvre relève d'une autorité indépendante et de ce que nous appelons la régulation économique. Il s'agit notamment de permettre aux opérateurs alternatifs d'accéder au marché et au réseau de l'opérateur historique puis de prévenir la formation de tarifs de détail anti-concurrentiels.

Le second enjeu est politique et doit relever d'autorités disposant d'une certaine légitimité démocratique. Nous envisageons les missions devant incomber aux autorités politiques nationales sous l'angle de la construction européenne et de la libéralisation. Nous examinons, dans un premier temps, comment le pouvoir du législateur peut s'articuler avec le droit européen. Nous envisageons ensuite la question du maintien des obligations de service public et des politiques d'intérêt général (politique industrielle, aménagement du territoire) dans le cadre de la construction européenne et de l'introduction de la concurrence.

Ce premier chapitre nous permet d'aborder la question du partage des compétences entre les différents régulateurs du marché des télécommunications telle qu'elle peut être envisagée par la Commission européenne. L'étude détaillée de cette répartition des compétences en France fait l'objet du deuxième chapitre.

Dans ce **deuxième chapitre**, nous présentons la distribution des rôles entre les régulateurs indépendant et politique en analysant, d'un point de vue institutionnel, la loi française de réglementation des télécommunications de 1996. Nous observons que cette loi n'a que partiellement tenu compte de la distinction entre régulation économique et régulation politique pour attribuer les compétences aux différents acteurs. L'autorité politique, alors que l'État est actionnaire de France Télécom, dispose de nombreuses compétences dans le domaine économique. Nous identifions les domaines où le gouvernement dispose du pouvoir d'homologation, ne laissant à l'ART qu'un pouvoir consultatif. Au cours de notre présentation, nous mettons également en évidence les

marges de manœuvre que laissent les directives européennes au législateur national et celles consenties par ce dernier aux régulateurs dans l'accomplissement de leurs missions.

Cette partie nous permet d'identifier les domaines de la régulation où le législateur français a ignoré les directives des autorités européennes quant à la répartition des compétences entre les régulateurs. Nous montrons que le Ministre chargé des télécommunications détient le pouvoir d'homologation dans les domaines centraux que sont la régulation des tarifs de détail, l'attribution des licences et la répartition du financement des obligations de service universel.

L'existence de deux régulateurs dans le processus de régulation économique nous autorise à nous interroger, dans une **seconde partie**, sur les objectifs privés poursuivis par ces acteurs. Cette partie est composée de **trois chapitres**.

Dans le **troisième chapitre**, nous cherchons à mettre en évidence les objectifs privés de l'autorité politique. Les objectifs des régulateurs sont considérés comme privés dès lors qu'ils engendrent une action qui diverge du bien commun. Nous tenons compte, d'une part, des pressions pouvant être exercées par les acteurs du marché des télécommunications, qu'ils soient opérateurs ou consommateurs et, d'autre part, de la convergence d'intérêt qui peut exister entre les objectifs intrinsèques de l'autorité politique et ceux de l'opérateur historique. Nous identifions ainsi les objectifs spécifiques des gouvernements dans les pays où l'opérateur historique n'a pas été entièrement privatisé.

Dans le **quatrième chapitre**, nous mettons en évidence les objectifs poursuivis par l'agence de régulation indépendante et les moyens dont elle peut disposer pour les atteindre. Dans un premier temps, sachant que cette autorité n'est liée institutionnellement à aucun des opérateurs, nous cherchons à déterminer d'une manière théorique quelle catégorie d'opérateurs (opérateur historique ou opérateurs alternatifs) peut parvenir à influencer ses décisions. Dans un second temps, nous cherchons à mettre en évidence les marges discrétionnaires dont dispose cette autorité pour atteindre ses objectifs privés. Nous terminons ce chapitre en présentant les différents contrôles hiérarchiques pouvant s'exercer sur les régulateurs indépendants et en évaluant l'efficacité de chacun d'eux.

Le **cinquième chapitre** est l'occasion d'effectuer une vérification empirique des résultats obtenus dans les deux chapitres précédents. Si les objectifs privés des régulateurs sont différents, des divergences doivent nécessairement apparaître dans les domaines de compétences partagées. Le domaine que nous avons choisi pour réaliser notre étude empirique est celui du contrôle tarifaire : l'ART y détient un pouvoir consultatif et le Ministre chargé des télécommunications celui de l'homologation. En comparant les avis donnés par l'ART aux décisions rendues par le Ministre, nous pouvons mettre en évidence certaines divergences. Ces divergences peuvent nous permettre d'identifier les opérateurs qui parviennent à influencer les régulateurs.

Cette partie nous permet de conclure que les décisions de l'ART sont influencées par les opérateurs alternatifs tandis que celles du gouvernement sont influencées par l'opérateur historique.

Une fois mis en évidence les objectifs privés des régulateurs, nous cherchons à déterminer leur impact sur le déroulement du processus de libéralisation, et les moyens de contraindre les régulateurs à adopter un comportement optimal. Cette étude fera l'objet d'une **troisième partie**, composée de **deux chapitres**.

Le **sixième chapitre** a pour objet d'évaluer l'impact de la capture des régulateurs sur le processus de libéralisation. Dans un premier temps, nous envisageons le fait que l'autorité politique détient l'ensemble des pouvoirs de régulation économique. Nous déterminons ensuite l'influence de la capture de ce régulateur par l'opérateur historique sur chacun des instruments. Nous mettons en évidence le risque de création d'une structure de marché sous-concurrentielle. Dans un second temps, nous supposons que l'autorité de régulation indépendante détient l'ensemble de ces pouvoirs. La mise en œuvre du processus de régulation au bénéfice des opérateurs alternatifs risque de créer une structure de marché exagérément concurrentielle. Nous en définissons les caractéristiques. Enfin, en envisageant les effets diamétralement opposés de la capture des régulateurs sur le processus de libéralisation, nous proposons une répartition des compétences permettant de limiter les effets de la capture sur ce processus.

Les résultats de ce chapitre sont obtenus en considérant que les régulateurs poursuivent effectivement leurs objectifs privés et sans tenir compte d'éventuelles incitations ou sanctions qu'ils pourraient recevoir pour se conformer à l'intérêt général. Dans le **septième chapitre**, nous envisageons les conditions dans lesquelles la fourniture

d'incitations aux régulateurs peut s'avérer préférable à leur libre interaction, compte tenu de leurs objectifs personnels.

Dans un cadre d'information asymétrique entre un Principal, que nous identifions comme étant la Commission européenne, et un ou plusieurs Agents, identifiés comme étant les régulateurs nationaux, nous cherchons à déterminer les coûts de différents cadres institutionnels.

Nous comparons les coûts d'incitations selon que les compétences de régulation aient été déléguées à un ou deux régulateurs. Nous opposons ensuite ces cadres institutionnels selon que le Principal cherche ou non à fournir des incitations aux Agents. Compte tenu des objectifs privés des régulateurs et de l'asymétrie d'information que subit la Commission européenne, nous déterminons si la solution de second rang consiste à laisser interagir des régulateurs capturés ou à leur fournir des incitations afin qu'ils se conforment à l'intérêt général.

Des recommandations de politique publique sont formulées dans la conclusion de la troisième partie.

Notons que nous n'aborderons pas les questions liées aux ententes, aux contrôles des concentrations et aux abus de position dominante qui relèvent de la compétence du Conseil de la Concurrence. Le Conseil prend actuellement une part de plus en plus importante dans le marché des télécommunications, ce qui explique le nouvel intérêt porté par la littérature aux interventions de cette Autorité. Nous soulignerons d'ailleurs son domaine d'intervention à plusieurs reprises.

PREMIÈRE PARTIE :

**LA RÉGULATION DES INDUSTRIES DE RÉSEAU : UNE
APPROCHE INSTITUTIONNELLE**

Les mouvements de déréglementation observés dans les industries de réseau des pays industrialisés posent la question de la redéfinition des frontières entre le marché et l'État. Les premières expériences de libéralisation de marchés historiquement monopolistiques au cours des années 80 ont montré que la discipline imposée par le marché n'était pas suffisante pour atteindre une concurrence effective, la protection des consommateurs, notamment les plus démunis, ou encore une certaine qualité des biens et services proposés (Grande, 1999). Pour atteindre ces objectifs, la libéralisation doit être complétée par un encadrement public donnant lieu à une re-réglementation des processus économiques, que ce soit au niveau régional, national ou supranational. Cette intervention ne se limite pas à la création de « conditions favorables à la concurrence », ni à la perpétuation des anciennes fonctions de l'État, mais témoigne, au contraire, d'une nouvelle activité de l'État structurée autour de fonctions permanentes (Eberlein, 1999). La répartition de ces différentes fonctions reste une question ouverte dont l'issue dépend d'un arrangement institutionnel qui reste à déterminer.

Le premier objectif de cette partie est de rappeler, au regard de la théorie économique, les facteurs qui légitiment l'intervention publique ainsi que les principales modalités nécessaires à sa mise en œuvre. Le secteur des télécommunications n'étant pas, par essence, un secteur concurrentiel, un accompagnement public, aussi paradoxal soit-il dans un environnement libéralisé, est nécessaire pour permettre le développement de la concurrence et la protection des consommateurs.

La première étape de l'introduction de la concurrence est d'organiser l'entrée des nouveaux opérateurs privés en définissant la procédure d'attribution des licences. Il est ensuite nécessaire de garantir l'accès des nouveaux entrants au réseau de l'opérateur historique. Réseau qui, pour des raisons de coûts, ne doit pas être dupliqué dans sa totalité. Il s'agit ensuite de protéger ces nouveaux opérateurs des pratiques de l'opérateur historique susceptibles de fixer des prix de détail trop bas, prédateurs. Dans le champ du service universel, il est nécessaire d'évaluer les coûts de fourniture et d'en répartir la charge entre les différents opérateurs. Pour simplifier notre démarche, nous concentrons notre étude sur les missions économiques décrites ci-dessus qui constituent le cœur de ce que nous appelons la régulation économique.

Le processus de régulation n'est cependant pas uniquement constitué de ces missions économiques et doit également tenir compte de certains aspects redistributifs et

de l'intérêt général. Certaines exigences non-économiques qui présidaient déjà au fonctionnement de l'ancien monopole continuent d'être présentes après la phase libéralisation. La libéralisation du secteur ne peut engendrer la suppression de toutes considérations sociales et doit s'accompagner d'un mécanisme de redistribution en faveur de catégories déterminées de populations ou de territoires. La Commission européenne a reconnu ces missions sous le nom de service universel. La composition qu'elle en donne ne constitue cependant qu'un ensemble minimal de services qui peut entrer en contradiction avec certaines spécificités nationales et notamment les caractéristiques de service public « à la française ». Il appartient aux autorités publiques d'élargir le champ du service universel et d'en assurer le financement. Dans une certaine mesure, les autorités publiques peuvent également définir et mettre en œuvre une politique industrielle dans le secteur des télécommunications. Il s'agit de s'assurer que le développement des réseaux et des services de télécommunications puisse profiter à l'économie dans son ensemble, notamment grâce aux gains de productivité découlant des innovations technologiques. Ces objectifs, se rapportant à la défense de l'intérêt général et ne pouvant être atteints par le simple développement de la concurrence, sont rassemblés sous le terme de régulation politique.

La régulation du secteur des télécommunications se compose donc de missions économiques et de missions politiques devant être mises en œuvre par les autorités publiques (Curien, 2000-a). Le problème est de déterminer la place à accorder aux autorités politiques et aux autorités indépendantes dans ces différents domaines.

La littérature économique consacrée à la libéralisation des secteurs en situation de monopole naturel a été cependant presque exclusivement consacrée à la définition des règles du jeu permettant l'émergence de la concurrence et au maintien des obligations de service universel dans un environnement concurrentiel. La majorité des auteurs s'accorde pour penser que le processus de libéralisation doit s'accompagner d'un encadrement public mais n'en définit pas les modalités précises. L'indétermination porte notamment sur la nature des acteurs qui doivent encadrer les comportements de l'ancien monopole. Sont évoqués, sans distinction, les autorités politiques, les agences de régulation indépendantes, l'État ou plus généralement encore les autorités publiques ou le régulateur. Les spécificités de ces différents acteurs sont régulièrement ignorées alors qu'elles sont fondamentales à la compréhension du déroulement du processus de

régulation. Cette imprécision s'explique principalement par le fait que les enjeux soulevés par cette littérature portent principalement sur la manière de contraindre l'ancien monopole à respecter les règles de la concurrence, les institutions de la régulation n'ayant alors qu'un rôle instrumental.

En l'absence de préconisations théoriques, la Commission européenne⁷ s'est certainement appuyée sur la littérature recommandant l'intervention d'autorités indépendantes fondée sur les défaillances de l'intervention gouvernementale (Kydland et Prescott, 1977 ; Shapiro, 1988 ; McCubbins, Noll et Weingast, 1989 ; Shepsle, 1991 ; Dixit, 1996) pour envisager l'organisation institutionnelle de la régulation du marché des télécommunications. En 1997, elle impose ainsi une réelle séparation structurelle entre « les fonctions de régulation et les fonctions liées à la propriété ou au contrôle »⁸ des opérateurs.

Les missions devant appartenir à ces autorités sont ensuite définies par une approche téléologique visant à accorder à ces institutions les pouvoirs nécessaires à la réalisation des objectifs fixés. Ainsi, d'après les directives européennes, les agences de régulation indépendantes doivent se voir attribuer l'ensemble des missions nécessaires à l'établissement d'un marché concurrentiel. Il s'agit des missions de régulation économique décrites ci-dessus ainsi que, en vertu de l'approche téléologique, d'un pouvoir quasi-juridictionnel leur permettant de s'assurer du respect du cadre réglementaire par les opérateurs (Frison-Roche, 2001 ; Boy, 2001). Les missions de régulation politique, garantes de la défense des intérêts nationaux en termes d'indépendance, de stratégie industrielle ou de politique sociale, doivent parallèlement appartenir à des autorités disposant d'une certaine responsabilité démocratique (le gouvernement ou le Parlement).

Depuis l'apparition des autorités de régulation indépendantes, une partie de la littérature économique s'est attachée à justifier leur création. Elle fonde généralement son analyse sur l'indépendance des banques centrales (Levine, Stern et Trillas, 2003) puis définit les conditions d'efficacité de l'intervention des agences de régulation

⁷ Le Commission européenne dispose du pouvoir de proposition des textes, même lorsque les directives émanent du Conseil ou du Parlement européen. Pour cette raison, nous considérerons que c'est la Commission qui est à l'origine du processus de libéralisation et de la définition de son architecture institutionnelle.

⁸ Directive 97/51/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 90/387/CE.

indépendantes (Melody, 1997-a ; Smith, 1997-a, b et c ; Gehring, 2004) et montre que le recours à de telles institutions permet d'améliorer les performances du secteur (Wallsten, 2001 ; Edwards et Waverman, 2006). Parallèlement, les études se sont attachées à déterminer des indicateurs d'indépendance objectifs (OCDE, 2000 ; Edwards, 2004) afin de préciser les analyses précédentes. Dans cette perspective, la littérature économique justifie la position des autorités européennes quant au recours à des agences de régulation indépendantes.

A partir des directives de la Commission européenne, et des justifications théoriques apportées par la littérature économique, nous cherchons à déterminer les compétences à attribuer à ces autorités indépendantes et aux autorités politiques.

Nous définissons plus précisément les missions relevant de la régulation économique et celles relevant de la régulation politique (chapitre 1). Conformément à l'approche théorique et aux directives de la Commission européenne, nous envisageons que les missions de régulation économique et de régulation politique doivent appartenir respectivement à une agence de régulation indépendante et à une autorité politique.

Dans le chapitre suivant, nous constatons cependant que les modèles institutionnels retenus par les différents pays européens connaissent une diversité qui n'avait pas été envisagée jusqu'alors. Nous soulignons notamment que la loi française de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 ne circonscrit pas le gouvernement à l'unique réalisation d'objectifs politiques, et que ce dernier dispose de certains pouvoirs de régulation économique. Cette attribution de pouvoirs économiques au gouvernement est également observé dans un grand nombre de pays européens, la directive européenne du 6 octobre 1997 concernant la séparation des fonctions de régulation et d'exploitation ayant été émise après la publication des législations nationales libéralisant le marché.

Face à cette situation, la Commission européenne a réaffirmé sa position, au travers d'un ensemble de directives émises en 2002 (le paquet télécom), pour encadrer les fonctions des gouvernements lorsque ces derniers disposent d'un pouvoir de contrôle sur l'opérateur historique. Nous examinons l'impact de ces nouvelles directives sur l'architecture institutionnelle de la régulation du marché. Dans les chapitres suivants, nous cherchons à analyser cette prise de position de la Commission en tenant compte des

objectifs privés des différents régulateurs. Nous chercherons alors à élaborer un cadre théorique justifiant l'attribution au gouvernement de missions théoriquement, et désormais législativement, dévolues à des agences de régulation indépendantes.

Chapitre I

LIBÉRALISATION DU MARCHÉ DES TÉLÉCOMMUNICATIONS ET MODALITÉS DE L'INTERVENTION PUBLIQUE

Nous avons souligné la nécessité d'un accompagnement public à la libéralisation des secteurs anciennement en situation de monopole. Ceci s'explique par deux raisons : le besoin de règles permettant l'émergence de la concurrence (régulation économique) et l'exigence de règles assurant la perpétuation des missions d'intérêt public (régulation politique). La différence entre l'un et l'autre doit être incarnée par une répartition adéquate des missions entre les institutions.

Dans ce chapitre normatif, nous proposons une lecture du cadre institutionnel préconisé par la Commission européenne et reposant sur la séparation fonctionnelle entre régulation économique et politique. Observons que, dans ses directives, la Commission fait référence à deux types d'institution pour mettre en œuvre le processus de libéralisation. D'une part, elle préconise l'intervention d'« autorités réglementaires nationales »⁹ (ARN). Dans un premier temps, elle définit ces autorités comme les organes devant être « juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications » (directive 95/62/CE). Dans un second temps, elle précise que doit être opérée une réelle séparation structurelle entre « les fonctions de régulation et les activités liées à la propriété ou au contrôle » des opérateurs (directive 97/51/CE). Du fait de cette précision, la référence aux autorités de régulation nationales dans une directive exclut de la mise en œuvre desdites missions la plupart des autorités politiques nationales¹⁰. D'autre part, elle se réfère plus généralement aux « États membres ». Cette

⁹ Dont nous préférons la traduction « autorités de régulation nationales »

¹⁰ En 1998, seul le Royaume-Uni ne dispose d'aucun moyen de contrôle sur l'ancien monopole ; le Danemark et l'Espagne, malgré une privatisation totale, ont conservé une action préférentielle dans le capital de l'opérateur

formulation semble indiquer que la Commission laisse aux législateurs nationaux le soin de choisir l'institution chargée de mettre en œuvre la mission concernée.

La référence faite à des « autorités de régulation nationales » ou aux « États membres » nous permet de dresser l'architecture institutionnelle préconisée par les autorités européennes. Nous montrons que la Commission confère généralement à des autorités indépendantes les missions de régulation économique, bien que les législateurs nationaux soient libres d'attribuer les missions de régulation politique à l'autorité de leur choix. Sur cette base nous allons répartir le contenu de ces deux classes de régulation en mettant en évidence une typologie des fonctions de régulation.

Section 1 – Régulation économique et agences de régulation indépendantes

La Commission européenne préconise l'intervention d'autorités indépendantes pour mettre en œuvre une partie du processus de régulation. Après avoir rappelé les justifications principales de la création de telles autorités, nous précisons l'étendue des missions dont elles doivent avoir la charge.

1 – Les fondements de l'intervention des autorités indépendantes

Juridiquement, la transposition des directives européennes n'entraîne pas l'obligation de créer une institution spécialisée dans la régulation du marché des télécommunications, ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales (Conseil d'État, 2001). La plupart de ces directives n'imposent en effet qu'une séparation entre les fonctions de régulation et celles liés au contrôle des opérateurs, si bien que l'autorité gouvernementale pourrait être seule régulateur d'un marché où l'opérateur historique aurait été entièrement privatisé. Il s'agit alors d'expliquer pourquoi la quasi-unanimité des États membres a choisi d'attribuer les compétences de régulation économique à une institution indépendante nouvellement créée, plutôt qu'à des institutions préexistantes, comme le Ministre chargé des télécommunications ou l'autorité générale de la concurrence.

Deux approches peuvent être considérées pour expliquer la délégation d'autorité à des autorités indépendantes. Une première approche positive nous permet d'expliquer pourquoi les gouvernements ont accepté de déléguer une partie de leur pouvoir. Il s'agit pour eux de déléguer à d'autres des décisions impopulaires (Weaver, 1986) ou d'assurer la crédibilité d'une politique. La délégation peut également s'expliquer par les pressions exercées par les autorités européennes en vue d'harmoniser les structures institutionnelles des États membres (Majone, 1996-f). La seconde approche est normative et repose sur les défaillances des institutions existantes (gouvernement, autorité générale de la concurrence) à entreprendre efficacement une régulation sectorielle : manque de crédibilité et de continuité des engagements, manque de partialité, manque d'expertise sectorielle (Elgie, 2006). Dans la mesure où des autorités indépendantes ont déjà été créées pour mettre en œuvre la régulation du marché des télécommunications, nous ne développons pas les raisons ayant poussées les autorités politiques à procéder une telle délégation. Nous insistons sur l'approche normative expliquant notamment la supériorité d'une intervention indépendante sur l'intervention politique.

1.1 Le manque de continuité et de crédibilité de l'intervention gouvernementale

La première étape du processus de libéralisation consiste à mettre en œuvre les règles permettant l'émergence de la concurrence sur le marché. Cette étape nécessite une certaine crédibilité des engagements publics afin de garantir la continuité du processus de régulation. Étant donnée l'importance des coûts irrécupérables dans le secteur des télécommunications, l'incertitude politique peut engendrer un déficit d'investissements privés. Tout changement dans la définition ou la mise en œuvre du cadre réglementaire, par exemple concernant la création de réseaux alternatifs, ou le calendrier de libéralisation, peut avoir des répercussions sur les profits des opérateurs privés et donc les désinciter *a priori* à entreprendre certains investissements pourtant indispensables à l'émergence de la concurrence (Levy et Spiller, 1996). Ce risque pour les opérateurs de voir se modifier leur environnement réglementaire est appelé « *regulatory takings* », dont la traduction pourrait être « expropriations du fait de la régulation » (Laffont, 2002).

Ces défaillances, liées à l'absence de crédibilité, semblent plus prégnantes chez les décideurs politiques que chez les agences de régulation indépendantes. Les premiers ayant des mandats limités, ils ne peuvent garantir ni la crédibilité ni la continuité de leurs

engagements. Animés par des objectifs électoraux, ces décideurs sont incités à modifier leur politique au cours du temps pour les adapter au nouveau contexte économique et social. Ils ont alors tendance à privilégier les politiques de court terme, du fait des pressions électorales ou d'une politique clientéliste vis-à-vis de l'opérateur historique (Gilardi, 2001). Les éventuels changements de majorité politique peuvent également être la source de ces incohérences temporelles. Un nouveau gouvernement qui afficherait des objectifs différents quant au processus de libéralisation romprait la continuité du processus et rendrait incertain le cadre légal dans lequel évoluent les acteurs.

La conséquence de cette incertitude politique est que les décideurs politiques ne peuvent atteindre les objectifs qu'ils auront fixés car tout agent rationnel, en anticipant une modification des préférences des autorités politiques, limitera ses investissements (Gilardi, 2001). L'exemple de l'octroi des licences UMTS¹¹ est à ce titre significatif. Après avoir fixé le prix de ces licences à un niveau très élevé (4,95 milliards d'euros) dans le but de maximiser ses recettes budgétaires, le gouvernement a finalement préféré éviter la formation d'un duopole. En effet, seules deux sociétés avaient souscrit à cette offre (Orange Télécom et SFR), alors que la société Bouygues Télécom, anticipant que le gouvernement serait contraint de diminuer le prix des licences, a préféré ne pas entrer sur le marché. Le prix des licences a ensuite été ramené à 619 millions d'euros, permettant aux trois principaux opérateurs mobiles d'acheter une licence. Dans cet exemple, le changement de politique a finalement été favorable au développement de la concurrence ; il a cependant eu pour effet initial de freiner le niveau des investissements dans le secteur.

Le biais dans le dispositif décisionnel engendré par la participation d'une autorité politique au processus de régulation du marché des télécommunications est ainsi résumé par E. Cohen (1990) : « la recherche de la paix sociale, la volonté de ne pas remettre en cause les avantages acquis, le refus de voir une communauté locale mise en danger par une difficulté d'entreprise, le souci de ne pas fragiliser la base électorale d'un ami politique ou au contraire de tenir à distance un parti allié, bref tout ce qui fait la gestion politique au jour le jour et qui conditionne pour une part mal connue la réélection, peut intervenir dans un processus décisionnel mettant en cause une politique sectorielle ».

¹¹ *Universal Mobile Telecommunications System* permettant l'accès à internet sur les téléphones portables de 3^{ème} génération.

Le manque de crédibilité des engagements des gouvernements a été particulièrement discuté par G. Majone (1996-e ; 1997-b et 1997-c) sous le nom d' « hypothèse de crédibilité ». La solution proposée par cet auteur exige que « les autorités politiques soient disposées à déléguer une partie importante de leurs pouvoirs à des experts indépendants dans le but d'augmenter la crédibilité de leurs engagements politiques ». Il s'agit de construire des mécanismes qui limitent l'action administrative arbitraire et la régulation incontrôlée, par exemple en instituant des agences de régulation indépendantes. Ces agences de régulation doivent assurer la continuité de la politique pour remplacer la capacité d'engagement non-crédible des gouvernements et attirer les investissements.

Pour cette première raison, la partie économique du processus de régulation doit conduire les gouvernements à abandonner une partie de leurs pouvoirs dans le secteur des télécommunications en faveur d'institutions qui ne sont pas responsables démocratiquement et donc isolées des influences politiques. Ce transfert d'autorité vers des agences de régulation indépendantes est d'autant plus nécessaire à améliorer la crédibilité des engagements que l'opérateur historique n'a pas été privatisé.

1.2 Le manque de partialité du gouvernement

Le manque de crédibilité des engagements gouvernementaux est renforcé par le risque de confusion au sein du gouvernement entre les fonctions de régulation et d'éventuelles fonctions d'actionnaire. En tant que régulateur, le gouvernement doit veiller à ce que le consommateur puisse accéder au meilleur prix à des services de qualité, la concurrence étant l'un des outils pour atteindre cet objectif. En tant qu'actionnaire, il est soucieux de valoriser au mieux l'entreprise qui lui appartient (Lasserre, 1997). Dans de nombreux pays, les anciens monopoles n'ayant toujours pas été privatisés au début du processus de libéralisation, l'État peut se retrouver à la fois aux commandes de l'opérateur historique et le maître d'œuvre de sa régulation. Il est alors essentiel que la fonction de régulation soit organisée de sorte que soit garantie une séparation entre la régulation et la gestion des intérêts patrimoniaux de l'État en tant qu'actionnaire.

Dès 1988, la Commission européenne soulignait le risque de « conflit d'intérêt évident » entre l'activité d'opérateur et celle de régulation et préconisait « une entité

indépendante des organismes de télécommunications »¹². A cette époque l'objectif était principalement de remettre en cause le modèle en vigueur dans de nombreux États membres où les fonctions de réglementation et d'exploitation étaient réunies au sein d'une même administration, à l'instar de la DGT¹³ en France. Ce n'est qu'en 1997 que la Commission européenne a imposé une séparation structurelle « entre les fonctions de régulation et les fonctions liées à la propriété ou au contrôle »¹⁴ des opérateurs.

La séparation des différents domaines de la régulation doit permettre à l'État de se libérer d'un conflit qui peut l'empêcher d'exercer librement sa fonction légitime d'actionnaire et aux investisseurs de trouver les conditions minimales de la confiance dans l'impartialité des règles du jeu. Dans ces conditions, la création d'une agence de régulation indépendante n'a pas seulement pour objectif de garantir la stabilité et la prévisibilité des règles à moyen et long terme, elle doit également permettre de garantir que les règles actuelles sont justes et incitatives pour l'ensemble des opérateurs. Un régulateur indépendant, installé dans la durée du fait de sa composition et de son statut, et n'ayant pas à craindre les changements ou les pressions politiques, peut s'engager sur cette stabilité et cette prévisibilité qui assure la stabilité du processus de régulation.

1.3 L'exigence d'une expertise sectorielle

Les spécificités techniques et économiques du secteur des télécommunications peuvent également expliquer l'éviction du gouvernement, mais aussi de celle des autorités générales de la concurrence, du processus de régulation sectorielle.

Fonctionnant comme un système collectif, les télécommunications doivent garantir aux utilisateurs l'interopérabilité, c'est-à-dire la possibilité pour chacun de communiquer avec tous les autres quels que soient le ou les réseaux empruntés ; cela suppose le respect d'un minimum de règles techniques et donc la maîtrise d'une capacité d'expertise dynamique que ne peuvent ni un service administratif, ni l'autorité générale de la concurrence (Frison-Roche, 1998-a ; OCDE, 1999-a). Le recours à un régulateur sectoriel s'impose pour permettre de lever les obstacles techniques ou financiers pouvant entraver le développement des projets des opérateurs. Ce pouvoir d'expertise a toujours été une

¹² Directive 88/301 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications puis 90/388 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications.

¹³ Direction Générale des Télécommunications.

¹⁴ Directive 97/51/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 90/387/CE.

source importante de la légitimation des régulateurs, notamment aux États-Unis où les régulateurs sont devenus des instruments indispensables de la gouvernance, précisément parce que le Congrès et les Cours de justice se sont avérées incapables de satisfaire les impératifs de spécialisation (Majone, 1997-a). Au sein des agences de régulation, cette expertise s'exerce grâce à la présence de professionnels du secteur plus à même de réduire l'asymétrie d'information entre le régulateur et les entreprises régulées et de déterminer les règles applicables dans les matières techniques en les associant aux contraintes économiques et juridiques. En outre, cela confère à l'agence une légitimité et une crédibilité lui permettant de recevoir l'adhésion des acteurs économiques, notamment lorsqu'elle dispose d'un pouvoir de sanctions. La présence de professionnels associée à l'autonomie institutionnelle dont dispose l'agence de régulation lui permet de prendre des décisions plus rapides car affranchies des contraintes pesant sur les modes traditionnels d'élaboration des décisions administratives (Conseil d'État, 2001).

La régulation sectorielle se caractérise, par ailleurs, par la nécessité d'une intervention *ex ante* afin de permettre aux nouveaux opérateurs d'accéder au marché. L'intervention *ex post* qui caractérise l'action des autorités générales de la concurrence, par exemple pour traiter des litiges liés à l'accès au réseau, est alors insuffisante (Lasserre, 1996). Les autorités générales de la concurrence, dont la mission principale est de surveiller les marchés dont le mode de fonctionnement est déjà concurrentiel¹⁵, ne peuvent pas, dans leur fonctionnement actuel, empêcher efficacement une entreprise, naguère monopolistique, et détenant donc un monopole de fait, d'avoir des pratiques de nature à entraver l'émergence d'offres concurrentielles et donc assurer seules les missions de régulation (Jenny, 1997 ; OCDE, 1999-b). La problématique de la répartition des compétences entre les autorités de régulation sectorielles et les autorités générales de la concurrence reste cependant essentielle, et ce d'autant plus que la concurrence est amenée à se développer dans le secteur. Cette question ne relève cependant pas de notre étude, dans la mesure où l'intervention des autorités de la concurrence ne correspond pas à des missions de régulation sectorielle à proprement parler mais à la mise en œuvre du droit général de la concurrence appliqué à un secteur¹⁶.

¹⁵ La seule intervention *ex ante* des autorités générales de la concurrence consiste à examiner les projets de fusion et acquisition.

¹⁶ Pour une analyse des interactions entre autorités de régulation sectorielles et autorité générale de la concurrence, le lecteur pourra se référer à OCDE (1999-a et b) ou Perrot (2002).

Face à l'ensemble des problèmes soulevés par l'intervention gouvernementale, la régulation est apparue dans les paysages institutionnels nationaux avec le souci de légitimer les nouvelles formes d'intervention de l'État. Puisque le gouvernement ne pouvait s'engager de manière stable, prévisible et indépendante, une partie des missions de régulation doit être déléguée à des agences de régulation dans le but de mettre en œuvre efficacement les mesures de libéralisation du secteur. Ces agences doivent présenter des caractéristiques d'indépendance à la fois vis-à-vis des intérêts privés qu'elles régulent et vis-à-vis des pouvoirs publics. Cette indépendance par rapport au pouvoir politique est indispensable pour que ne resurgissent pas les problèmes liés à l'instabilité politique et aux conflits d'intérêt.

Cependant, la justification de la création de ces agences de régulation ne permet pas de déterminer précisément le contenu de leurs missions. Les directives européennes dressent un panorama complet de l'intervention publique nécessaire à la libéralisation du marché ; leur étude nous permettra d'identifier le domaine d'une intervention publique indépendante, aux yeux de la Commission européenne, destinée à promouvoir l'efficacité économique dans le secteur. Ces missions relèvent de la régulation économique et doivent être assurées par des agences de régulation, par opposition à la régulation politique qui doit être assurée par des autorités ayant une certaine légitimité démocratique.

2 – Les enjeux économiques de la régulation

L'émergence d'un marché concurrentiel dans le secteur des télécommunications ne peut être réalisée sans un certain degré d'encadrement public. Nous cherchons à définir les domaines nécessitant une intervention publique destinée à promouvoir l'efficacité économique afin de déterminer les missions devant appartenir aux agences de régulation.

Dans un premier temps, le processus de libéralisation doit notamment permettre aux nouveaux opérateurs privés d'accéder au marché et aux infrastructures de l'opérateur historique. Il s'agit de dessiner les contours du marché en attribuant les licences aux nouveaux opérateurs privés et de déterminer ensuite le coût de l'accès au réseau de

l'opérateur historique. Une fois les opérateurs alternatifs autorisés à fournir des services sur le marché des télécommunications, il faut veiller, dans un second temps, à ce que les comportements des opérateurs, notamment ceux de l'opérateur désigné comme puissant, permettent de développer une concurrence durable au bénéfice des consommateurs. Il s'agit notamment de réguler les tarifs de détail de l'opérateur historique et d'estimer les coûts du service universel afin de déterminer la répartition de son financement entre les opérateurs.

2.1 La régulation en amont du marché

Nous entendons par régulation en amont du marché les domaines de la régulation permettant d'établir les conditions initiales de la concurrence. Il s'agit principalement de l'attribution des licences, de l'identification des opérateurs exerçant une puissance significative sur le marché et de l'accès au réseau de l'opérateur historique.

a) L'accès au marché et aux ressources rares

Une fois réglementairement abolis les droits exclusifs et spéciaux accordés aux anciens monopoles, l'octroi des licences aux opérateurs entrants sur le marché des télécommunications constitue la première étape du processus de régulation. Il ne s'agit pas d'un acte uniquement administratif dans la mesure où il est nécessaire de s'assurer que l'entrée des nouveaux permette effectivement le développement de la concurrence. Il s'agit également de déterminer la viabilité financière des opérateurs. Cette procédure a pour objectif d'éviter un nombre trop important de faillites qui pourraient déstabiliser le marché. La régulation de l'entrée peut également consister à déterminer le nombre optimal d'opérateurs pouvant exercer sur le marché. Un trop grand nombre d'entrée pouvant les conduire à un affaiblissement mutuel des nouveaux opérateurs au bénéfice de l'opérateur historique, il est nécessaire d'encadrer les conditions d'entrée sur le marché. Selon les directives européennes, l'attribution des licences doit relever d'autorités de régulation indépendantes¹⁷.

¹⁷ Voir l'article 2 de la directive 97/13/CE du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles : la licence individuelle est « une autorisation qui est accordée par une autorité de régulation nationale ».

Les règles d'accès au marché dépendent également du caractère rare des ressources, c'est-à-dire des moyens d'exploitation nécessaires qui ne sont disponibles qu'en quantité limitée, telles que les fréquences hertziennes ou les ressources en numérotation.

L'attribution des fréquences hertziennes, dès lors qu'elles ne concernent pas les autorités militaires, policières ou l'aviation civile, exige la mise en œuvre de règles d'allocation et de tarification permettant d'assurer la neutralité entre les concurrents et entre technologies (Huet, 1997). Il faut assurer un partage équitable des fréquences entre les exploitants de services et garantir l'interfonctionnement des réseaux.

Dans le même ordre d'idée, la gestion du plan de numérotation concerne l'allocation des préfixes entre les nouveaux opérateurs et doit garantir aux utilisateurs la possibilité de conserver leurs numéros en cas de changement d'opérateur (portabilité du numéro). L'attribution des préfixes joue un rôle essentiel dans la concurrence que se livrent les opérateurs. En effet, lorsque l'opérateur historique dispose d'un préfixe à un chiffre (le 0 pour France Télécom), il est nécessaire d'attribuer un préfixe à chiffre unique pour les opérateurs alternatifs¹⁸. Les opérateurs doivent ensuite s'acquitter d'une redevance dont le montant doit être indépendant de certaines considérations de finances publiques auxquelles sont soumis les dirigeants politiques. Outre les problèmes de concurrence, la portabilité des numéros soulève également des problèmes techniques obligeant l'opérateur historique à facturer un prix élevé pour permettre aux autres opérateurs de proposer ce service. Il appartient à l'agence de régulation, dans le cadre de l'attribution des licences¹⁹, de veiller à ce que la portabilité puisse être effectivement garantie par les opérateurs à l'ensemble des clients dans des conditions économiques acceptables.

b) L'identification des opérateurs exerçant une puissance de marché.

Le marché des télécommunications nouvellement libéralisé étant caractérisé par la présence d'un opérateur dominant, il faut soumettre ce dernier à des obligations renforcées, asymétriques. Avant de définir ces obligations, il est nécessaire d'identifier

¹⁸ Au début du processus de libéralisation, certains opérateurs (Cegetel, Télé 2) étaient déjà présents sur le marché des appels locaux. Ils étaient cependant pénalisés par le fait que pour accéder à leurs offres l'utilisateur devait composer un préfixe à quatre chiffres (Cartelier et Crocq, 2002)

¹⁹ Voir l'annexe de la directive 97/13/CE.

l'opérateur exerçant une puissance significative sur le marché et donc, préalablement, de déterminer le « marché pertinent » par rapport auquel cette puissance peut être mesurée. D'après les directives européennes, cette procédure relève d'autorités de régulation nationales²⁰.

Le périmètre d'un marché dit pertinent est défini en termes de produits, sur la base de critères de substituabilité par la demande et par l'offre, et en termes de zone géographique, précisant le territoire sur lequel les entreprises concourent. Le nombre de marchés pertinents est amené à augmenter au fur et à mesure du développement de la concurrence et de l'apparition de nouveaux services. La Commission européenne identifie actuellement dix-huit marchés pertinents, de gros ou de détail, devant être analysés par les autorités de régulation nationales.

Une fois recensés les marchés pertinents, il est nécessaire d'identifier, sur chacun d'eux, les opérateurs exerçant une influence significative, appelés « opérateurs puissants ». Selon les directives européennes, un opérateur « est réputé être puissant lorsqu'il détient une part égale ou supérieure à 25 % du marché pertinent dans la zone géographique d'un État membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités »²¹. Au début du processus de libéralisation, les opérateurs puissants s'avèrent naturellement être les anciens monopoles. Le développement de la concurrence peut cependant faire évoluer cette situation.

Des obligations spécifiques *ex ante* doivent être imposées à ces « opérateurs puissants » afin d'éviter qu'ils ne puissent fausser la concurrence. La publication d'une offre de référence pour les tarifs d'accès au réseau, le contrôle des tarifs de détail ou la séparation comptable entre les activités concurrentielles et monopolistiques font partie du domaine de la régulation asymétrique.

c) L'accès des tiers au réseau

Le secteur des télécommunications est caractérisé par l'existence d'un vaste réseau qui permet de relier entre eux les consommateurs. Pour introduire la concurrence, il est nécessaire que les nouveaux opérateurs privés puissent raccorder leurs infrastructures à

²⁰ Voir par exemple l'article 2 de la directive 98/10/CE.

²¹ Voir par exemple la directive 98/10/CE.

celles de l'opérateur historique. L'accès au réseau nécessite l'intervention des autorités publiques indépendantes²² pour contraindre l'ancien monopole à une tarification permettant aux nouveaux entrants de le concurrencer sur le marché des services. La règle de calcul des tarifs d'accès au réseau est déterminante et a été à l'origine d'une très abondante littérature (Laffont et Tirole, 2000). Il s'agit sans doute du domaine le plus important de la régulation économique dans la mesure où une faible variation des charges d'accès peut faire la différence entre profits et pertes pour les nouveaux entrants (Edwards et Waverman, 2006). Dans la mesure où nous nous intéressons aux aspects institutionnels de la régulation, nous n'examinons pas les différentes avancées théoriques relatives à la détermination des charges d'accès. Nous en soulignons uniquement les principaux enjeux en nous intéressant aux spécificités des réseaux local et longue distance.

« Facilités essentielles » et intervention publique

Au niveau le plus général, la régulation économique concerne la mise en œuvre de règles permettant la constitution et le maintien d'un marché concurrentiel. Le premier obstacle à l'émergence naturelle de la concurrence est lié à l'existence d'un réseau de télécommunications appartenant à l'ancien monopole trop coûteux pour être dupliqué (de l'ordre de 23 milliards d'euros en France (Larcher, 1996)). Ce réseau donne lieu à d'importantes économies d'échelle et est le résultat d'investissements non recouvrables en cas de sortie du marché. Ces caractéristiques de l'infrastructure constituent une barrière à l'entrée du marché qui justifie l'engouement de la théorie économique pour une configuration en monopole, réputée la plus efficace.

Les nouveaux opérateurs ne pouvant réaliser les investissements nécessaires pour accéder aux consommateurs finals, il est indispensable qu'un système d'échange, permettant aux agents économiques de se rencontrer, d'établir des accords transactionnels et de les exécuter, se mette en place. Cependant, ces échanges ne se réaliseront pas sans l'intervention de la puissance tutélaire. Comme le souligne E. Brousseau (2003) « (...) s'il est indéniable que les marchés sont en mesure de

²² Voir par exemple l'article 7 de la directive 97/33/CE : « Les autorités réglementaires nationales veillent à la publication (...) d'une offre d'interconnexion de référence. [...] « L'autorité réglementaire nationale a la faculté d'imposer des modifications de l'offre d'interconnexion de référence, lorsque ces dernières sont justifiées ».

s'autoréguler, il n'est pas sûr qu'ils puissent le faire efficacement ». La régulation des échanges et l'encadrement des comportements de l'opérateur historique sont la condition d'une réelle accessibilité de son réseau aux nouveaux opérateurs. Le régulateur doit s'attacher à déterminer les tarifs d'interconnexion permettant aux opérateurs alternatifs d'entrer sur le marché tout en rémunérant à sa juste valeur le réseau de l'ancien monopole. Il convient à cet égard d'éviter que des conditions d'interconnexion trop avantageuses n'incitent à des entrées inefficaces ou découragent les investissements de l'opérateur historique dans de nouvelles technologies (Laffont et Tirole, 1996). Symétriquement, il faut s'assurer que les tarifs ne soient pas trop élevés pour éviter les effets de ciseau tarifaire et les duplications inefficaces.

La théorie économique a proposé de nombreuses méthodes permettant de calculer les coûts d'accès aux infrastructures (OCDE, 2004). Cependant, aucune ne s'impose aux autres par ses qualités intrinsèquement supérieures (Encaoua et Flochel, 1997). Selon que l'objectif des régulateurs soit de favoriser les entrées efficaces ou l'emploi efficace de la ressource essentielle, la méthode utilisée sera différente.

Si l'objectif est de n'autoriser que les entrées d'opérateurs efficaces, il doit privilégier la règle dite ECPR (*Efficient Component Pricing Rule*) proposée par Willig (1979) puis développée par Baumol et Sidak (1994). Cette règle consiste à fixer des charges d'accès égales à la somme du coût incrémental moyen et du coût d'opportunité supporté par l'opérateur historique. Le coût incrémental moyen est le coût qu'encourt l'opérateur historique du fait du supplément de trafic infligé par la présence des nouveaux entrants (coûts directs d'exploitation, coûts de développement du réseau...). Le coût d'opportunité correspond à la perte de profit supporté par l'opérateur historique du fait du détournement d'une partie de la demande vers le nouvel entrant. Cette règle conduit à ne retenir que les opérateurs bénéficiant d'une technologie supérieure à celle de l'opérateur historique et susceptibles de dégager une marge positive et donc d'entrer sans pertes sur le marché (Bureau et Curien, 2001). Cependant, compenser l'opérateur historique de la perte due à la diminution de la demande revient à lui restituer sa rente de monopole. De plus, elle présente l'inconvénient fondamental de ne pas inciter à la concurrence par les prix puisqu'elle repose sur les tarifs de détail de l'opérateur historique.

Si l'objectif du régulateur est de privilégier l'emploi efficace des « ressources essentielles », il doit employer la règle dite de « Ramsey-Boiteux » qui propose de fixer la charge d'accès en fonction de l'élasticité prix de la demande du service final. Le montant de cette charge est donc plus élevé quand l'élasticité de la demande est faible ou quand le contournement de la facilité essentielle est onéreux. L'application de cette règle permet le recouvrement efficace des coûts fixes grâce au mécanisme de subventions croisées. Elle assure également l'équilibre budgétaire de l'opérateur historique. Cependant, elle entraîne une discrimination en prix pour les charges d'interconnexion, ce qui peut être incompatible avec le cadre réglementaire. Par ailleurs, son application exige la connaissance d'informations assez détaillées sur les coûts et les caractéristiques de la demande, qui peuvent s'avérer difficile à obtenir (Encaoua, Flochel, 1997).

La troisième possibilité pour les régulateurs est d'utiliser la règle du coût moyen incrémental de long terme (CMILT). Il s'agit de faire payer aux utilisateurs du réseau le coût supporté par l'opérateur historique du fait du supplément de trafic que lui adressent les nouveaux opérateurs. Ce coût doit être calculé en valorisant les équipements de réseau à leurs valeurs de remplacement par les meilleures technologies aujourd'hui disponibles et non à leur valeur comptable historique. Cette méthode conduit à fixer des charges d'accès relativement faibles dans la mesure où elle n'inclut que les surcoûts impliqués par la fourniture de l'accès et ne prend pas en compte les coûts fixes de l'infrastructure. Elle est favorable aux opérateurs alternatifs, mais risque d'engendrer des entrées inefficaces. Par ailleurs, elle nécessite que le régulateur dispose d'informations suffisantes pour pouvoir vérifier la véracité des coûts incrémentaux annoncés par l'opérateur historique. Notons que, selon la Commission européenne, les tarifs d'interconnexion ne peuvent être fixés en deçà de la valeur déterminée par la méthode des CMILT (voir le préambule de la directive 97/33/CE).

Il ressort de ce rapide examen que la difficulté de mise en œuvre de chacune de ces trois règles tient au problème posé par l'asymétrie d'information entre l'ancien monopole et le régulateur. Ce dernier doit s'attacher à résoudre ce problème informationnel en utilisant son expertise et ses moyens réglementaires. La séparation des comptes de fonctionnement du réseau et de ceux des services (séparation comptable) ou la séparation de la propriété du réseau et de sa mise en opération (séparation structurelle) peut être imposée par le régulateur pour résoudre ce problème. Une telle séparation verticale doit

inciter l'opérateur historique à modérer les tarifs d'accès à son réseau, sachant, qu'en principe, ces tarifs s'imposeront à lui lorsqu'il utilisera son propre réseau.

Niveau du réseau et concurrence par les services ou les infrastructures

La détermination des charges d'accès doit également tenir compte du type de réseau considéré. Selon que les coûts de duplication sont faibles (réseau longue distance) ou élevés (réseau local ou boucle locale), il peut être préférable de favoriser la concurrence par les infrastructures ou par les services. Ces considérations doivent être prises en compte lors de la détermination de la règle de tarification de l'accès.

Concernant le réseau longue distance, ce dernier est plus facilement duplicable car il est intrinsèquement moins coûteux de déployer un réseau entre deux points éloignés que de relier l'ensemble des consommateurs à des commutateurs locaux. De plus, le progrès technique a permis de diminuer le coût des infrastructures, permettant ainsi aux nouveaux opérateurs de concurrencer l'opérateur historique sur son propre réseau. Du fait de ces caractéristiques, il est possible de dupliquer le réseau longue distance à un coût acceptable. Selon leur stratégie et le niveau des charges d'accès, les opérateurs ne vont cependant pas nécessairement dupliquer l'ensemble de ce réseau. La détermination des charges d'accès doit donc prendre en compte cette possibilité de duplication qui permet d'envisager une concurrence par les infrastructures. Dans la pratique, les opérateurs interconnectant leur propre réseau à celui de l'opérateur historique s'acquittent de tarifs d'interconnexion en fonction du trafic qu'ils font transiter par le réseau de ce dernier. Ainsi, plus l'opérateur alternatif a déployé un large réseau, moins il utilise celui de l'ancien monopole et moins sa charge d'interconnexion est importante.

L'accès au réseau local présente certaines spécificités par rapport à l'accès au réseau longue distance. Tout d'abord, comme nous l'avons souligné, sa duplication n'est pas économiquement viable puisqu'elle impose d'accéder aux prises téléphoniques de chaque foyer (Buigues, 2001). Ensuite, l'accès au réseau local constitue un dossier à forts enjeux économiques dans la mesure où la partie terminale du réseau public génère plus de 60% du trafic de téléphonie fixe et que la fourniture des services internet ADSL (qui

représentent près de 94% de l'accès au haut débit début 2005²³) requiert l'utilisation du réseau local. Pour que les opérateurs alternatifs puissent proposer ces services, ils doivent pouvoir louer le réseau local de l'opérateur historique à un prix abordable.

Il existe néanmoins des infrastructures alternatives permettant de fournir des services haut débit ou téléphonique sans passer par le réseau local : les réseaux câblés, les boucles locales radio hauts débits, les réseaux mobiles hauts débits, les réseaux de fibres optiques, les réseaux satellites (UMTS) ou les réseaux électriques. Cependant, ces réseaux alternatifs ne permettent pas de concurrencer le réseau local sur les fréquences basses, c'est-à-dire la téléphonie vocale et ils ne sont rentables que dans les zones d'affaires ou à forte densité de population. De plus, les économies d'envergure dont pouvaient bénéficier les réseaux câblés (télévision, téléphonie, internet haut débit) ne constituent plus un avantage concurrentiel dans la mesure où la technologie ADSL permet également de fournir ces services. Le seul déploiement de réseaux alternatifs ne permet donc pas l'émergence de la concurrence sur certains segments du marché des télécommunications. L'accès direct des opérateurs alternatifs à la boucle locale est appelé « dégroupage ». Selon les autorités européennes, le dégroupage doit être organisé par les régulateurs nationaux indépendants²⁴.

En pratique, le dégroupage consiste à installer les équipements de transmission des opérateurs tiers sur les paires de cuivre de l'opérateur historique. Ces équipements doivent pouvoir être hébergés à proximité du répartiteur de l'opérateur historique : une offre de co-localisation dans les locaux de l'opérateur historique doit donc être proposée aux opérateurs tiers comme corollaire au dégroupage en lui-même. Lorsque les opérateurs tiers n'utilisent que la fréquence haute de la paire de cuivre (permettant de proposer un service ADSL), on parle de dégroupage partiel. Si ces opérateurs utilisent également la fréquence basse (traditionnellement utilisée pour le téléphone), on parle de dégroupage total. Dans ce dernier cas, les utilisateurs n'ont plus aucun contact commercial avec l'opérateur historique. A la différence des tarifs d'interconnexion, le prix du dégroupage ne dépend pas du volume de trafic transitant par le réseau de l'opérateur historique ; les opérateurs alternatifs versent mensuellement une somme forfaitaire par ligne dégroupée.

²³ Observatoire du Haut Débit, www.arcep.fr

²⁴ Voir le règlement n°2887/2000 du Parlement et du Conseil européen du 18 décembre 2000.

Le régulateur doit tenir compte des spécificités des réseaux longue distance et local pour décider de favoriser soit le déploiement d'infrastructures alternatives ou, au contraire, d'utiliser les règles de tarification facilitant l'accès au réseau de l'opérateur historique. Il s'agit d'arbitrer entre une concurrence par les services et une concurrence par les infrastructures.

Le développement d'une concurrence par les infrastructures permet d'alléger progressivement les contrôles réglementaires. Ultérieurement, lorsque les opérateurs disposeront de leur propre réseau, la concurrence pourra devenir effective dans le secteur sans recourir à une autorité de régulation. Cependant, une telle issue n'est pas toujours assurée du fait du coût des infrastructures et nécessite en tous cas un certain délai avant de s'imposer. C'est pourquoi, une concurrence par les services peut constituer un point de passage obligatoire ; elle permet aux nouveaux entrants de tester la technologie existante et d'observer la demande des consommateurs avant d'investir dans la construction de leur propre infrastructure. La concurrence par les services a néanmoins des effets négatifs puisqu'elle réduit les incitations de l'opérateur historique et des nouveaux entrants à investir et innover (Bourreau, Dogan, 2003). Il est alors nécessaire de choisir la règle de tarification de l'accès au réseau en tenant compte des incitations données aux opérateurs afin qu'ils investissent dans la construction de nouveaux réseaux. Il s'agit d'arbitrer entre les bénéfices de court terme que procure une concurrence par les services et les bénéfices plus durables d'une concurrence par les infrastructures, malgré les coûts supportés à court terme pour leur déploiement.

2.2 La régulation en aval sur le marché

Une fois les nouveaux opérateurs autorisés à entrer sur le marché et à accéder aux moyens de transmission des communications, l'autorité publique doit s'assurer que la concurrence se développe au bénéfice des consommateurs. Il s'agit de vérifier que l'opérateur historique n'abuse pas de sa position dominante pour fixer des prix de détail anti-concurrentiels et de veiller au financement des obligations de service universel.

a) Régulation des tarifs de détail et tests économiques

La question des infrastructures essentielles constitue le problème central de la libéralisation du marché. Elle ne doit cependant pas occulter d'autres problèmes qui, généralement, découlent de l'existence de ces infrastructures et requièrent l'intervention des agences de régulation nationales.

Du côté des services finals, la concurrence, déjà active dans la téléphonie mobile depuis le début des années quatre-vingt-dix en Europe, doit se développer dans la téléphonie fixe et permettre la baisse des tarifs de détail. Dans l'attente, la situation de monopole caractérisant une partie des réseaux de télécommunications rend nécessaire une régulation des tarifs de détail proposés par les opérateurs dominants.

Les agences de régulation doivent s'assurer que des opérateurs ne génèrent pas un ciseau tarifaire (« *squeeze* »). On définit un ciseau tarifaire comme une situation où le tarif de détail proposé est tel qu'un opérateur alternatif, efficace et achetant la ressource intermédiaire, ne peut pourtant pas fournir une offre équivalente et économiquement viable. Elles doivent par ailleurs empêcher la formation de prix prédateurs par l'opérateur historique, c'est-à-dire des tarifs inférieurs au coût moyen variable. Enfin, elles doivent veiller à la suppression des subventions croisées, c'est-à-dire s'assurer que les tarifs de détail sur le segment captif (téléphonie locale) ne viennent pas subventionner le reste de l'offre dans les segments en concurrence.

La fonction des agences de régulation ne se limite cependant pas aux seuls objectifs de développement d'un marché concurrentiel. Elles doivent également veiller à la mise en œuvre et au financement des obligations de service universel.

b) Le maintien du service universel dans un environnement concurrentiel

L'analyse économique n'a pas vocation à définir ce que devraient être les missions de service public. Elle peut en revanche nous renseigner sur les moyens les plus efficaces pour atteindre les objectifs d'intérêt général, définis par les pouvoirs publics (Pénard, 2003).

Dans un premier temps, il est nécessaire d'identifier les opérateurs contribuant à la fourniture du service universel, de déterminer leur mode de contribution et de définir la base de calcul (Curien, 2000-a, chap.6). Dans un second temps, il faut évaluer les coûts du

service universel afin de respecter le principe de neutralité de ce service vis-à-vis de la concurrence. Cela implique de trouver un juste équilibre entre deux objectifs potentiellement conflictuels : ne pas accorder une aide excessive à l'opérateur historique chargé du service universel pour ne pas entraver l'entrée de concurrents plus efficaces et ne pas sous-estimer les coûts qu'il doit supporter ce qui entraînerait une diminution de ses ressources et donc une capacité moindre à investir dans de nouveaux réseaux et services (Crocq, 2004).

Le lien entre service universel et régulation économique est alors double. Puisque le calcul du coût du service universel peut avoir un impact sur le développement concurrentiel du marché, le rôle de l'agence de régulation est de respecter le principe de neutralité vis-à-vis de la concurrence. En outre, ce calcul exige une importante expertise économique reconnue par Neu, Stumpf et Nett (1997) dans une étude pour la Commission européenne.

Ces questions économiques et techniques et n'exige pas une forte implication de la sphère politique. Comme le soulignent les directives européennes, elles réclament au contraire l'intervention d'une autorité indépendante²⁵ qui peut décider dans quelle mesure les opérateurs doivent contribuer à la fourniture du service universel, indépendamment du souci de préserver les profits d'une entreprise en particulier..

2.3 La régulation *a posteriori* : le pouvoir de sanction

L'efficacité du processus de régulation exige que les opérateurs puissent être sanctionnés lorsqu'ils ne respectent pas les obligations réglementaires qui leur sont imposées. Reste alors à déterminer quelle institution doit détenir ce pouvoir de sanction : le juge, l'agence de régulation ou le Ministre²⁶.

Ce pouvoir de sanction peut être rattaché au domaine de la régulation économique s'il contribue à l'efficacité du processus de régulation. Il permet de faire respecter les règles de la libéralisation et d'adresser un signal à l'ensemble du marché (Marimbert,

²⁵ Voir l'article 5 de la directive 97/33/CE : « Le calcul du coût net des obligations de service universel est vérifié par l'autorité réglementaire nationale ou un autre organisme compétent, indépendant de l'organisme de télécommunications, et approuvé par l'autorité réglementaire nationale ».

²⁶ Un Ministre peut disposer d'un pouvoir de sanction comme c'est le cas pour le Ministre chargé de l'électricité qui partage ce pouvoir avec l'agence de régulation sectorielle (voir l'article 41 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement d'un service public de l'électricité).

2002). Cette efficacité peut en effet être plus facilement atteinte en confiant ce pouvoir à une autorité disposant d'une forte expertise sectorielle. Cette expertise lui permet de rendre des décisions plus légitimes aux yeux des acteurs concernés. En outre, elle doit lui permettre de rendre ses décisions dans des délais assez brefs, condition nécessaire au bon fonctionnement du marché. Il s'agit alors d'arbitrer entre les gains d'efficacité liés à l'expertise d'un régulateur sectoriel et la légitimité intrinsèque des juges à entreprendre une action juridictionnelle. L'issue de cet arbitrage a fait l'objet de nombreux débats chez les juristes (voir notamment Frison Roche, 2004, 4^{ème} partie) et les économistes et semble, aujourd'hui encore, non tranché. En revanche, le cadre législatif européen nous propose une solution puisqu'il impose l'intervention des autorités de régulation nationales pour régler les litiges liés à l'interconnexion (article 9 de la directive 97/33/CE). En transposant ces directives, les législateurs nationaux doivent donc accorder un pouvoir de sanction aux agences de régulation indépendantes.

En conclusion, il ressort que la libéralisation du marché des télécommunications requiert une intervention publique, qui ressort de la régulation économique puisqu'elle exige une stabilité et une objectivité des procédures. Une agence indépendante est mieux à même de s'extraire des contraintes politiques et d'améliorer l'efficacité et le fonctionnement du marché. Son intervention est requise pour octroyer les licences, identifier les opérateurs puissants sur les marchés pertinents, réguler les tarifs de gros et de détail proposés par ces opérateurs et veiller au financement du service universel.

Section 2 – Régulation politique et intervention démocratique

Les enjeux afférant à la régulation du secteur des télécommunications ne se limitent pas aux seules considérations économiques sectorielles devant être mises en œuvre par des autorités indépendantes (Eberlein, 1999). Le secteur des télécommunications est également un secteur stratégique pour l'économie dans son ensemble.

Il soulève en effet des problèmes redistributifs (ampleur de la péréquation sociale et géographique), de politique économique (effets d'entraînement économique du secteur...) ou de défense nationale (sécurisation du réseau...). Les agences de régulation

indépendantes étant, par définition, affranchies de toutes contraintes démocratiques, elles ne peuvent assumer ces missions à caractère politique. Ainsi, certaines décisions comme la protection des consommateurs ou le développement stratégique du secteur ne peuvent être prises que par des autorités politiques, responsables démocratiquement.

Cette section identifie les missions pour lesquelles la Commission ne désigne pas précisément les institutions chargées leur mise en œuvre. Nous justifions que ces missions doivent être dévolues aux autorités politiques. L'intervention de ces autorités durant le processus de libéralisation ne pouvant se comprendre qu'au regard de leur rôle durant la période de monopole et de celui des autorités européennes depuis la libéralisation du marché, nous inscrivons notre réflexion dans ce contexte.

1 – La réglementation

Le premier domaine devant être du ressort d'une autorité démocratique est celui de la réglementation ou plus précisément celui de la législation²⁷. Cette fonction est particulière dans la mesure où elle ne relève pas exactement du domaine de la régulation, puisqu'elle lui est antérieure. Nous choisissons cependant de l'intégrer aux missions de régulation pour deux raisons principales. Tout d'abord, parce que la réglementation nationale consiste à mettre en œuvre la réglementation européenne au même titre que la fonction de la régulation est d'appliquer la réglementation nationale. Ensuite, parce que la fonction de réglementation est nécessaire à la régulation, cette dernière pouvant prendre la forme d'acte de nature réglementaire (Frison-Roche, 1998-b).

Dans les pays européens, le pouvoir réglementaire paraît devoir rester entre les mains d'autorités élues, directement ou indirectement, c'est-à-dire le gouvernement ou le Parlement (Marcou, Moderne, 2005). Cependant, avec la construction européenne, la définition des règles de droit s'inscrit dans un environnement plus complexe, où les législations nationales doivent interagir avec la législation européenne.

²⁷ Dans le secteur des télécommunications, la réglementation générale est formulée dans la loi de réglementation des télécommunications de 1996. Nous ne ferons pas de distinction entre la réglementation et la législation, cette dernière étant définie comme le cadre légal dans lequel prend forme la réglementation.

1.1 Réglementation nationale

Traditionnellement dans les pays occidentaux, en conformité avec le modèle majoritaire (Dahl, 1956 ; Lijphart, 1984), les propositions de lois émanent du gouvernement et sont ensuite votées par le Parlement. Cette procédure démocratique ne saurait être contournée, particulièrement dans le cadre de la libéralisation du marché des télécommunications. Les agences de régulation indépendantes, n'ont pas, par définition, la possibilité de proposer des lois ou règlements (tout au plus, elle peuvent participer à leur élaboration) et encore moins de les promulguer. L'ancien président de l'ART, J.M.Hubert, soutient largement cette vision lorsqu'il déclare : « Il ne faut pas confondre réglementation et régulation (...) La réglementation, c'est l'établissement du cadre juridique dans lequel doit s'exercer la régulation. Elle se définit à l'échelon communautaire comme au plan national. (...) La régulation, ce n'est pas la définition, c'est l'application du cadre général ; c'est le point de cohérence entre une réglementation stable et un marché en évolution »²⁸.

Au niveau national, c'est donc le gouvernement qui a la charge de définir la réglementation applicable au secteur des télécommunications. Cette fonction est définie dans l'article 21 de la Constitution de 1958²⁹ puis confirmée par le Conseil constitutionnel qui rappelle que la capacité d'une autorité de l'État autre que le Premier Ministre de fixer des normes ne doit concerner que des mesures de portée limitée tant dans leur champ d'application que dans leur contenu³⁰. L'intervention des plus hautes autorités politiques est donc incontournable pour l'élaboration de la réglementation en matière de télécommunications. Dans ce sens, on peut noter qu'en 2000 tous les pays de l'OCDE, dotés de politiques réglementaires, ont déclaré que celles-ci avaient été lancées, révisées ou réaffirmées par le gouvernement en exercice (OCDE, 2002-a). Ayant perdu le contrôle de la politique monétaire ou leurs marges de manœuvre quant à la politique budgétaire, les gouvernements des pays européens sont peu disposés à perdre leur pouvoir réglementaire (Majone, 1996-b). Cependant, dans l'Union européenne, ce pouvoir réglementaire a dû être en partie partagé avec les autorités communautaires.

²⁸ Extrait du discours de J-M. Hubert pour la présentation du Rapport d'activité 1998 de l'ART/juillet 1999, www.arcep.fr

²⁹ « Le Premier Ministre exerce le pouvoir réglementaire ».

³⁰ Décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996 portant sur la loi de réglementation des télécommunications.

1.2 Réglementation européenne

Du fait de l'instabilité des initiatives politiques et de la nécessité de voir émerger un cadre réglementaire européen harmonisé, la définition de la réglementation du secteur ne peut être du seul ressort des États membres.

De plus, les États membres sont généralement sous l'influence d'opérateurs historiques peu enclins à voir apparaître des concurrents sur le marché. La réglementation européenne permet alors de contraindre les gouvernements européens à entreprendre les réformes de libéralisation (Thatcher, 1999). Les autorités européennes disposent d'un large éventail d'instruments réglementaires auxquels doivent se plier les États membres. Parmi ces instruments, nous retrouvons les règlements, les directives, les décisions et les recommandations.

Les règlements émanent du Parlement et du Conseil, sur proposition de la Commission. Ils sont directement applicables et obligatoires dans tous les États membres sans qu'il soit nécessaire d'adopter des dispositions d'exécution dans la législation nationale.

Les directives sont émises par le Parlement et le Conseil sur proposition de la Commission, ou directement par la Commission si elles concernent la suppression des droits exclusifs et spéciaux accordés aux entreprises (art.86-3 du Traité de l'UE). Ces textes doivent être transposés en droit national pour entrer en application dans chaque État membre.

Les décisions sont principalement adoptées par la Commission. Comme les règlements, elles sont obligatoires sans qu'une transposition soit nécessaire, mais elles ne s'adressent qu'aux acteurs qu'elles désignent.

Enfin, les recommandations indiquent l'interprétation faite par la Commission d'une disposition ou d'un sujet précis. Elles ne constituent pas un instrument juridique contraignant. Dans le secteur des télécommunications, les autorités réglementaires nationales doivent toutefois en tenir « le plus grand compte » (directive 2002/21/CE, art.19) et motiver leur position en cas de non respect d'une recommandation.

Selon le principe de suprématie du droit européen sur le droit national, les gouvernements nationaux ont l'obligation de se conformer à la réglementation émise par les instances communautaires. Au sein de l'Union européenne, c'est la Commission qui

est à l'origine du mouvement de libéralisation des industries de réseau. Elle dispose du pouvoir décisif de proposition des textes. Ceci lui permet notamment de maîtriser le calendrier de la libéralisation et d'influencer le cours des négociations au sein du Conseil ou du Parlement européen (Lequesne, 1996). Ces textes sont ensuite votés par le Conseil européen à l'unanimité ou à la majorité qualifiée, soit seul, soit conjointement avec le Parlement européen selon la procédure applicable (Stoffaës, 2003). L'article 86-3 du traité de Rome autorise cependant la Commission à légiférer sans l'avis du Conseil ou du Parlement. C'est ainsi qu'ont été adoptées, en 1995, la directive sur la libéralisation des infrastructures alternatives de télécommunications et, en 1996, celle sur la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications.

De fait, malgré certaines mesures destinées à améliorer la participation des gouvernements dans la nomination des membres de la Commission européenne³¹, les directives émises par la Commission manquent encore de légitimité démocratique. Néanmoins, il ne s'agit pas de remettre en cause son intervention dans le processus réglementaire car c'est précisément son imperméabilité aux interférences politiques et sa technicité qui lui permettent d'être une « gardienne du traité » efficace. En devenant démocratiquement responsable, elle deviendrait également plus partisane (Tabellini, 2002).

L'existence d'importants clivages au sein de l'Union Européenne (petits/grands pays, pays interventionnistes/pays libéraux, pays du nord/pays du sud...) rend donc préférable l'intervention d'autorités non responsables démocratiquement afin de protéger les minorités contre « la tyrannie de la majorité » (Majone, 1996-d, Taylor, 1991). Cette logique est celle du modèle démocratique non-majoritaire qui reconnaît l'existence d'un déficit démocratique au niveau européen mais rejette l'idée qu'une politisation du processus de libéralisation soit la solution à cette carence.

Deux conceptions différentes sur l'élaboration de la réglementation s'opposent alors en Europe : le modèle majoritaire prévalant au niveau national et le modèle non-majoritaire retenu dans la cadre de la législation européenne. L'articulation entre le droit

³¹ Le président puis les membres de la Commission sont nommés par les chefs d'État ou de gouvernement de l'UE, réunis au sein du Conseil européen. Ce choix doit être confirmé en pratique par le Parlement européen (www.europa.eu.int). Le système de contrôle parlementaire, institué par le traité sur l'Union européenne, permet de tempérer les critiques selon lesquelles la Commission est un organe non élu et dépourvu de légitimité démocratique ; il n'en reste pas moins qu'aucun de ses membres n'est élu au suffrage universel.

européen et le droit national peut néanmoins résoudre le double problème du manque de légitimité démocratique de la Commission et du manque de continuité des initiatives gouvernementales. Dans un premier temps, les grandes lignes du processus de libéralisation peuvent être définies au niveau européen par des institutions sans légitimité démocratique. Ensuite, c'est aux gouvernements nationaux de transposer les directives européennes tout en conservant une certaine marge de manœuvre pour tenir compte de leurs spécificités nationales.

2 – Du service public au service universel

Le second enjeu de l'intervention démocratique concerne les aspects redistributifs de la libéralisation du secteur des télécommunications. Certaines modalités relatives au service universel (évaluation et répartition de son coût) peuvent être contrôlés par une institution sans légitimité démocratique. Toutefois, il est nécessaire que les éléments concernant la définition et l'ampleur de la péréquation sociale ou géographique, la qualité et le prix des services proposés, soient du ressort du gouvernement. En effet, le service universel est un élément essentiel et indissociable de la politique économique générale.

2.1 Historique du service public / service universel

La notion de service universel dans le secteur des télécommunications est apparue pour la première fois au début du XX^{ème} siècle aux États-Unis. Le marché n'était alors pas en situation de monopole : les firmes s'engageaient auprès des pouvoirs publics locaux à fournir le service universel, c'est-à-dire à couvrir l'ensemble d'un territoire dans de bonnes conditions de coût et de qualité afin de satisfaire les consommateurs. Ce n'est que dans les années 30 que ce concept est élargi à la fourniture d'un accès facile et équitable au réseau téléphonique pour l'ensemble de la population (Barbet et Gonzalez, 1999).

Au sein de l'Union européenne, certaines dispositions affectant les activités de service public dans les États membres apparaissent dès le Traité de Rome sans toutefois

se référer directement à la notion de service public ou universel. La principale référence à la protection des consommateurs se trouve dans l'article 86-2 (ex 90-2) du Traité. Cet article permet aux entreprises détentrices de droits spéciaux ou exclusifs, et en particulier aux entreprises chargées de gérer des « services d'intérêt économique général », de n'être soumises aux règles de concurrence que dans la mesure où leur application « ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission qui leur a été impartie ».

La notion de service universel apparaît ensuite dans l'Acte unique européen (1986). Celui-ci affirme les principes de libéralisation et de développement de la concurrence au sein du grand marché européen tout en affichant sa volonté de ne pas exclure une partie de la population des progrès technologiques.

En France et dans la plupart des pays européens, c'est la notion de service public qui a longtemps prévalu sur le marché des télécommunications. Ce concept, appliqué aux industries de réseaux, n'a cependant ni fondement théorique, ni valeur juridique. Notons qu'en l'absence de définition précise, il est difficile d'évaluer l'impact de la libéralisation sur la fourniture des services publics de réseaux. Nous pouvons cependant mettre en évidence deux caractéristiques de ce service : il assure des missions d'intérêt général et sa mise en œuvre est assurée par l'autorité publique.

Le premier point concerne le contenu du service public. Bien qu'il ne soit pas précisément défini, il fait référence à une prestation de bonne qualité, fournie dans le respect des principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité. Par ailleurs, il doit contribuer à l'efficacité productive de l'économie (Denoix de Saint Marc, 1996). Son financement est assuré par un système de compensations tarifaires reposant sur le principe de subventions croisées.

Le second point fait référence à l'organisation du service public. Il est défini en référence à l'autorité qui doit assurer sa fourniture. L'intervention de « la force gouvernante » est requise car l'accomplissement du service public « est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale »³². L'autorité publique responsable est libre de gérer elle-même le service, de le confier à un prestataire public ou de le déléguer à une entreprise privée. La forme organisationnelle, retenue en France et

³² DUGUIT, L. (1928), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccart ; cité par Matheu (2003).

dans les autres pays européens, est la fourniture du service par un monopole public, qu'il s'agisse d'une administration ou d'un exploitant public autonome.

La fourniture du service public est donc caractérisée par la prééminence de l'intervention publique, et plus précisément par l'intervention d'autorités ayant une légitimité démocratique. Ainsi, le processus de libéralisation ne peut exclure les autorités politiques de la définition des missions à caractère redistributif. Ceci est d'autant plus vrai dans le cas français où aucune distinction n'est faite entre les services publics marchands (télécommunications, poste, énergie...) et les services publics non marchands (éducation, santé), voire les services porteurs de forts intérêts collectifs mais fournis par des entreprises privées (distribution de l'eau, transport urbain) (Denoix de Saint Marc, 1996). Cette confusion des genres forme en quelque sorte la notion de service public « à la française ». Dès lors, il est évident que les réformes de libéralisation entreprises par les instances communautaires obligent les autorités françaises à clarifier cette notion de service public. La clarification ne peut cependant se faire sans la participation du gouvernement qui dispose de davantage de légitimité qu'une autorité indépendante pour entreprendre cette mission.

2.2 La problématique du service universel dans un environnement concurrentiel

En France, le nouveau contexte concurrentiel a remis au premier plan la question de la fourniture du service universel. L'exercice de la transposition y est apparu particulièrement difficile à conduire, compte tenu de son histoire, du fort attachement aux valeurs et principes du service public (manifesté lors de mouvements sociaux récurrents), de la force et du poids de l'opérateur historique, du fort degré de satisfaction de l'opinion publique³³.

L'intervention gouvernementale qui doit accompagner la refonte du service universel soulève deux problématiques quant à la mise en œuvre des missions à caractère redistributif. Tout d'abord, il est nécessaire de proposer des missions homogènes à l'ensemble des États membres. Ceci signifie que certaines spécificités nationales peuvent être remises en cause. Ensuite, une fois ces missions définies et imposées aux opérateurs,

³³ Voir Hureau (1999) pour une synthèse de la perception des services publics par l'opinion française.

il est nécessaire de contrôler leurs tarifs dans la mesure où, par définition, le service universel n'a pas vocation à susciter la concurrence entre les opérateurs.

Afin que le contenu et les modalités d'application du service universel ne constituent pas des variables stratégiques pour la politique d'attractivité des États membres, il est nécessaire que la Commission européenne définisse les éléments constitutifs de ce service.

Les principes généraux du service universel dans le secteur des télécommunications apparaissent pour la première fois dans le livre vert de 1987 puis dans la résolution du Conseil du 7 février 1994 qui fixe le texte juridique de référence pour le service universel en le reliant à la politique européenne dans les télécommunications : « l'objectif majeur de la politique communautaire en matière de télécommunications est la libéralisation de tous les services publics de téléphonie vocale, tout en maintenant un service universel ».

La même résolution fournit la définition du service universel des télécommunications : « un service permettant l'accès à un ensemble minimal de services définis d'une qualité donnée, ainsi que la fourniture de ces services à tous les utilisateurs, indépendamment de leur localisation géographique et, à la lumière des conditions spécifiques nationales, à un prix abordable ». Le service universel est donc un service fourni à tous sans discrimination à un tarif raisonnable. Il poursuit une finalité assez proche de la définition française, à savoir éviter l'exclusion de certains membres de la communauté (Matheu, 2003). Cependant, si l'on prend la définition large du service public français, il apparaît que le service public doit être compris non seulement comme le principe de garantie du droit individuel de chacun d'accéder à des biens ou services essentiels, mais également comme un moyen essentiel que se donne la puissance publique pour conduire des politiques publiques (protection de l'environnement, politique énergétique, sécurité d'approvisionnement, recherche-développement...) ou concourir au développement économique et social (emploi, participation au développement local...) (Bauby, 2000).

La Commission européenne ne propose donc qu'un « ensemble minimal de services » qui correspond mal à la vision élargie du service public que peuvent avoir certains États membres. Il appartient aux gouvernements nationaux d'utiliser les marges

de manœuvre laissées par Bruxelles pour entreprendre ces politiques économiques et sociales. La fonction des gouvernements est alors de définir le modèle d'organisation régissant la définition et la mise en œuvre des services d'intérêt général.

Outre la définition du contenu et de la forme organisationnelle des missions de services public et universel, le second enjeu pour les gouvernements nationaux concerne les modalités de son intervention dans la mise en œuvre de ces services.

Avec la libéralisation du marché des télécommunications, se pose la question des activités relevant d'une logique de service public et soumises à des obligations spécifiques. Plus précisément, dans un contexte concurrentiel, chaque opérateur préfère n'opérer que sur les segments rentables du marché et abandonner les segments non-rentables. Ceci conduit à une concurrence par les prix et donc à l'impossibilité de transférer les « surprofits » réalisés sur les lignes rentables vers le financement des obligations de service universel. Il est alors nécessaire d'imposer à un ou plusieurs opérateurs une obligation de fourniture puis de contrôler le caractère abordable de ses tarifs. A l'instar des services en monopole de fait, les obligations de service universel doivent relever d'une procédure de contrôle tarifaire. L'objectif de cette procédure est de limiter les augmentations de tarifs que pourraient vouloir appliquer les opérateurs chargés de sa fourniture.

Dans son article 3, la directive 98/10/CE n'impose pas que le contrôle des tarifs des obligations de service universel soit assuré par les autorités de régulation nationales, laissant alors aux autorités politiques la possibilité d'intervenir dans ce domaine. Compte tenu des enjeux redistributifs d'une telle politique, il semble que seules des autorités disposant d'une certaine légitimité démocratique peuvent intervenir pour imposer les obligations de service universel à l'ensemble des opérateurs et fixer leurs tarifs (Grande, 1999 ; Kerf & alii, 2001).

3 – Régulation et politique industrielle

La politique industrielle est indissociable du secteur des télécommunications bien qu'elle ne fasse pas clairement partie des objectifs de la libéralisation. Nous rappelons ici

les bases de l'intervention politique durant la période de monopole et soulignons la nécessité de déterminer certaines orientations stratégiques du secteur.

3.1 La politique industrielle dans le secteur monopolistique des télécommunications

En Europe, ce sont des instances politiques des pays qui sont à l'origine du développement des services de télécommunications, et plus généralement des services de réseau. Dans la tradition française, l'objectif de politique industrielle a été une des sources de légitimation des services publics et donc de l'intervention gouvernementale. D'abord par la nationalisation de l'opérateur unique de télécommunications en 1889. Ensuite, en participant ou en facilitant le financement des investissements de l'opérateur historique.

Absent des priorités de reconstruction jusqu'à la fin des années 60, le réseau des télécommunications va connaître un développement considérable sous l'impulsion des gouvernements successifs. Les principales mesures ont été d'autoriser la DGT (Direction Générale des Télécommunications) à faire appel à un financement bancaire dès la fin des années 60, puis de lui accorder un financement public direct à hauteur de 30 milliards de francs annuels sous la présidence V.Giscard d'Estaing (Du Castel, 2000). Cette période est marquée par le développement d'un État « colbertiste » qui se substitue au marché et affiche des ambitions de long terme. L'objectif pour l'Etat est de réaliser ce qui est bon pour l'avenir de la nation avec l'ensemble des moyens de la puissance publique.

La puissance publique a permis de passer d'un niveau d'équipement équivalent à celui de la Roumanie en 1969³⁴ au meilleur réseau de télécommunications du monde en 1982 (Cohen, 2000). La nationalisation de la plupart des entreprises de réseau a rendu possible la participation des services publics à la politique d'équipement et de cohésion sociale. Le processus de libéralisation a remis en cause cette influence publique. Aujourd'hui, même si certains domaines restent confiés à la puissance publique, le gouvernement semble devoir perdre la majeure partie de son pouvoir d'intervention en matière de politique industrielle.

³⁴ On ne compte que 4 millions de lignes en France en 1967 (Maisl, 1996).

3.2 Politique technologique et industrielle et rôle des régulateurs

Bien que les deux termes « politique » et « industrielle » soient aujourd'hui l'objet de contestation, il n'en demeure pas moins que la concurrence, même accompagnée de la régulation, n'est jamais parfaite. Elle ne peut atteindre certains objectifs qui ressortent de l'intérêt général (Durieu, 2000). Le développement considérable du marché durant la période de monopole et l'actuelle libéralisation du secteur ne doivent pas faire oublier les enjeux des télécommunications dans la société et donc la nécessité de maintenir une politique technologique et industrielle active.

Dans le domaine technologique, la phase d'ouverture à la concurrence s'accompagne d'un effort de standardisation (ou normalisation) des produits et services fournis. Ce rapprochement des techniques est nécessaire pour assurer l'interopérabilité des réseaux ou la compatibilité des terminaux (Pénard et Thirion, 2005).

En amont de la régulation, la normalisation est donc le premier carrefour entre les acteurs du marché afin de faciliter la dynamique concurrentielle. Les autorités européennes privilégient la voie réglementaire pour assurer cette normalisation (voir l'article 17 de la directive « cadre » 2002/21/CE). Si la Commission se donne la possibilité d'intervenir en dernier ressort, elle délègue aux États membres le soin d'encourager l'utilisation des normes et spécifications qu'elle a définies.

Par ailleurs, les nouvelles technologies de l'information peuvent être un facteur de productivité, de modernisation et de transformation du travail. Le haut débit peut notamment faciliter l'accès des entreprises à des biens et services nouveaux, de même qu'à des possibilités d'utilisations novatrices des technologies de l'information et de la communication (TIC). L'accès à ces nouvelles technologies permet à chaque utilisateur de voir sa satisfaction augmenter avec le nombre d'utilisateurs et donc de profiter des externalités de réseau. Le téléphone, les réseaux informatiques ou plus récemment le réseau internet haut débit présentent tous les trois cette propriété (Perrot, 1995).

En raison de certaines caractéristiques géographiques, notamment la faiblesse de la densité démographique dans certaines régions, il est cependant difficile d'étendre certains services à l'ensemble des collectivités. Face à cet enjeu, les pouvoirs publics doivent garantir le développement du secteur dans une perspective de long terme. A ce titre, les pouvoirs publics tentent d'accroître l'attractivité de leur territoire aussi grâce à la politique industrielle.

Afin d'attirer les capitaux privés, nationaux ou étrangers, l'État doit créer les conditions favorables, voire incitatives, pour que les différentes catégories d'agents économiques expriment leurs capacités d'initiative et de création de richesse (Cohen, 2000). Il doit se préoccuper de la qualité des infrastructures, des services et de l'environnement afin d'attirer les entrepreneurs et investisseurs nationaux ou étrangers.

L'initiative privée ne peut pas prendre en compte les objectifs d'intérêt général, notamment parce qu'ils vont souvent à l'encontre des intérêts financiers des opérateurs. De même, les agences de régulation devant assumer la régulation économique, ne peuvent se consacrer à la politique industrielle. Leur action doit être orientée vers la seule concurrence ce qui apparaît incompatible avec la prise en compte d'intérêts plus généraux. De plus, ces agences doivent être indépendantes du pouvoir politique, et la prise en compte, dans leur action, de la politique industrielle définie par le gouvernement remet directement en cause cette indépendance. Pour cette tâche, on ne peut se satisfaire d'un « comité de spécialistes (...) qui subit forcément les pressions des lobbies industriels » (Du Castel, 2000). Les citoyens doivent être associés aux institutions et aux entreprises pour exprimer tous les intérêts d'une politique industrielle. Ainsi, ces politiques ne peut être entreprises que par une instance responsable démocratiquement ce qui justifie l'appartenance de la politique industrielle à la régulation politique.

Conclusion du chapitre 1

Si le processus de libéralisation a pu s'accompagner d'une diminution de l'intervention publique dans certains domaines, une partie du marché doit néanmoins continuer d'être réglementée et régulée par les autorités publiques. Il s'agit d'assurer l'efficacité économique du processus de régulation (régulation économique) mais, également, de rendre compatible la libéralisation du marché avec certains objectifs d'intérêt général (régulation politique).

Ce chapitre a permis d'établir un lien entre ces domaines de la régulation et les institutions chargées de leur mise en œuvre. En considérant les directives de la Commission européenne, nous avons montré que des institutions indépendantes doivent

être chargées d'assurer l'efficacité économique. Nous avons alors défini les composantes de la régulation économique. Il s'agit de permettre aux opérateurs alternatifs d'entrer sur le marché à travers un mécanisme d'attribution des licences, puis d'accéder au réseau de l'opérateur historique en participant à la fixation des tarifs de location de ce réseau. Après avoir identifié l'opérateur puissant sur le marché, l'agence de régulation a pour mission d'encadrer ses comportements afin de prévenir la formation de tarifs de détail anti-concurrentiels et de contrôler les tarifs du service universel. Enfin, elle doit être chargée de sanctionner les éventuels manquements des opérateurs dans l'application du cadre réglementaire.

En dehors de ces missions à caractère économique, le processus de libéralisation s'accompagne de missions à caractère politique. La Commission européenne laisse les États membres décider des institutions chargées de mettre en œuvre ces missions. Nous montrons qu'elles doivent appartenir à des autorités disposant d'une certaine légitimité démocratique. Il s'agit, dans un premier temps, de transposer les directives européennes en droit national tout en utilisant les marges de manœuvre disponibles pour les adapter aux spécificités nationales. Ensuite, l'autorité politique doit préciser le contenu du service universel et y intégrer à la fois les principes communautaires et les traditions nationales du service public. Enfin, la régulation politique peut être le lieu de l'élaboration d'une politique industrielle et d'aménagement du territoire destinée à favoriser la croissance économique grâce au développement des nouvelles technologies.

La distinction entre régulation économique et régulation politique peut donc être utilisée pour appréhender la répartition des compétences entre l'agence de régulation indépendante et le gouvernement. Cependant, nous allons voir que le législateur n'a que partiellement tenu compte de cette distinction. Le gouvernement possède en effet des fonctions qui vont au-delà des seules questions de politique redistributive alors que la nature de ses liens avec l'opérateur historique devrait justement le tenir à l'écart des questions de régulation économique.

Chapitre II

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES RÉGULATEURS

La distinction entre les missions de régulation politique et de régulation économique rend nécessaire le recours à plusieurs institutions. Se pose alors la question de la répartition des compétences de régulation entre ces institutions. La Commission européenne n'a émis des directives sur le rôle des autorités politiques dans le processus de régulation qu'à partir de 1997, les États membres ont donc pu déterminer sans contraintes la répartition des compétences lors de l'élaboration des lois nationales libéralisant le marché des télécommunications³⁵. Les législateurs européens ont généralement créé des agences de régulation spécialisées théoriquement indépendantes du pouvoir politique et des firmes régulées. Néanmoins, le Ministre (ou secrétaire d'État) chargé des télécommunications conserve une partie non négligeable des prérogatives de régulation.

Afin de rendre compte, en France, de la répartition des compétences entre ces deux institutions, nous envisageons d'un point de vue institutionnel la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996³⁶ (LRT 96), modifiant le Code des Postes et Télécommunications (CPT). Cette loi semble avoir pris en compte la distinction entre régulation économique et régulation politique pour répartir les missions de régulation entre les différents acteurs. Toutefois, un examen approfondi révèle cependant qu'elle octroie certaines compétences de régulation économique à l'autorité politique. Il s'agit alors d'examiner les missions de chacun des régulateurs pour analyser l'impact du nouveau cadre réglementaire européen (le paquet télécom) sur l'architecture

³⁵ En dehors de l'Allemagne et de l'Italie, l'ensemble des quinze pays de l'UE ont institué leurs agences de régulation indépendantes avant 1997.

³⁶ Voir Carter (1997) et Maisl (1996) pour une présentation détaillée de la loi de Réglementation des Télécommunications du 26 juillet 1996.

institutionnelle française, décrite désormais dans le Code des Postes et Communications Électroniques (CPCE).

Section 1 – Transposition institutionnelle de la distinction régulation politique et régulation économique

Dans cette section, nous cherchons à montrer dans quelle mesure la loi française de réglementation des télécommunications de 1996 tient compte de la distinction entre régulation politique et régulation économique pour répartir les compétences entre les différents régulateurs. Nous soulignons que l'agence de régulation indépendante intervient principalement dans le domaine de la régulation économique tandis que le gouvernement se voit chargé des missions de régulation politique. Nous mettons également en évidence les marges de manœuvre laissées aux régulateurs par le législateur.

1 – Les compétences économiques l'agence de régulation

La création d'une autorité indépendante pour réguler le secteur des télécommunications est sans doute l'un des traits les plus novateurs de la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996.

Même si le recours, en France, à des autorités administratives indépendantes (AAI) n'est pas exceptionnel, le domaine d'action de la nouvelle autorité paraît constituer une innovation. Jusqu'à présent, la création d'autorités indépendantes était justifiée pour deux raisons principales. La première pour assurer la protection d'une liberté publique ou des droits individuels (CNIL³⁷, CSA³⁸) lorsque le gouvernement est, *a priori*, suspect de partialité. La seconde pour associer les professionnels à la définition de règles de comportement dans des matières techniques qui supposent, pour être crédibles, de recevoir l'adhésion des acteurs économiques (COB³⁹).

³⁷ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

³⁸ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel.

³⁹ Commission des Opérations de Bourse.

Les télécommunications sont le premier exemple où a été confiée à une autorité indépendante la régulation économique d'un secteur marqué à la fois par l'ouverture à la concurrence et par des préoccupations de service public (Lasserre, 1997).

1.1 L'introduction et le maintien de la concurrence

En France, l'essentiel des pouvoirs de l'ART réside dans la possibilité de prendre des décisions applicables individuellement aux opérateurs de télécommunications. Plus généralement, la loi du 26 juillet 1996 lui confère des compétences propres dans de nombreux domaines.

Au début du processus de régulation, l'ART est seule responsable pour délivrer les licences des réseaux indépendants (réseau à usage privé, comme les réseaux internes des entreprises, des administrations ou des universités) (article L33-2 du CPT). Elle partage en revanche ses compétences avec le Ministre chargé des télécommunications en ce qui concerne l'octroi des licences pour les réseaux et services ouverts au public. Dans ce domaine, l'ART instruit les dossiers mais c'est le Ministre qui est chargé d'attribuer les licences (article L33-1 du CPT). Elle est également chargée de l'attribution des ressources techniques nécessaires aux activités de télécommunications (fréquences et numérotation) (article L34-10 et L36-7 du CPT). Elle a ainsi la charge d'attribuer les préfixes aux opérateurs et les numéros de renseignements téléphoniques pour chaque opérateur. L'ART participe également à la faisabilité technique et économique de la portabilité des numéros. C'est sans doute dans ce domaine de la régulation technique que le champ laissé à l'ART est le plus largement ouvert. En effet, la loi et les décrets n'ont pu figer des solutions techniques qui sont appelées à être modifiées avec l'évolution des technologies ou de la demande des utilisateurs. La compétence technique est d'autant plus importante que les règles adoptées peuvent avoir un effet sensible sur le développement (ou le ralentissement) de la concurrence (Lasserre, 1997).

L'ART est ensuite chargée d'établir, après avis du Conseil de la Concurrence, la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché (art. L36-7 du CPT). Les opérateurs désignés comme puissants sont, par la suite, soumis à une régulation spécifique de leurs activités. On peut citer ici l'obligation d'autoriser les opérateurs alternatifs d'accéder à leur réseau ou la régulation *a priori* de leurs tarifs de détail.

L'ART est également seule compétente dans le domaine central qu'est l'accès au réseau de l'opérateur historique. Son rôle est de veiller à ce que l'opérateur historique satisfasse, dans des conditions « objectives, transparentes et non-discriminatoires », aux demandes d'interconnexion émanant des fournisseurs de services téléphoniques au public (article L34-8 du CPT).

Ces conditions imposent à l'opérateur historique d'orienter ses tarifs d'interconnexion vers les coûts (objectivité) et de traiter de manière équivalente les postulants à l'interconnexion dès lors qu'ils détiennent un même type de licence d'exploitation⁴⁰ (non-discrimination). Parallèlement, l'opérateur historique doit séparer, au moyen d'une comptabilité analytique, les coûts des prestations d'interconnexion de ceux de ses prestations (transparence). Ce principe a pour objectif d'empêcher l'opérateur historique de se facturer à lui-même l'interconnexion à un prix de transfert interne inférieur au tarif externe (Curien, 2000-a).

Le pouvoir de l'ART est étendu à l'approbation du catalogue d'interconnexion que doivent publier les opérateurs puissants (en l'occurrence, France Télécom) dans lequel sont décrites à la fois les conditions techniques d'accès au réseau et la rémunération demandée en échange de l'utilisation de tel ou tel segment de ce réseau (article L34-8). La méthode de calcul des tarifs d'interconnexion n'a pas été définie par la loi. Le décret relatif à l'interconnexion paru au Journal officiel daté du 4 mars 1997 propose une méthode transitoire fondée sur les coûts moyens comptables prévisionnels (article D99-19 du CPT) en laissant ensuite à l'ART le soin de définir une « méthode tendant vers une meilleure efficacité à long terme des coûts pris en compte » (article D99-20 du CPT). L'ART, en s'inspirant du rapport Champsaur, a choisi de calculer ces coûts avec la méthode des coûts incrémentaux de long terme (voir supra).

L'offre d'interconnexion s'arrête cependant au niveau du commutateur local. Or, le véritable enjeu de la libéralisation concerne aujourd'hui, le dégroupage de la boucle locale. Pour des raisons techniques et politiques, l'accès à la boucle locale a cependant pris du retard, le processus ayant débuté en 1999 sous l'impulsion de l'ART (Cammass, 2000). La

⁴⁰ La LRT autorise toutefois que les opérateurs de réseaux bénéficient de tarifs plus favorables que les simples fournisseurs de service, afin d'encourager la construction d'infrastructures alternatives.

méthode de tarification du dégroupage est définie au niveau national. Le décret n°2000-881 du 12 septembre 2000, relatif à l'accès à la boucle locale, précise que ces tarifs doivent être transparents, objectifs et non-discriminatoires tout en imposant la méthode des coûts moyens incrémentaux de long terme pour valoriser les éléments de réseaux. Les pouvoirs de l'agence de régulation sont définis par le règlement européen n°2887/2000 du 18 décembre 2000. Ce dernier donne aux autorités de régulation nationales le pouvoir d'imposer des modifications à l'offre de référence du dégroupage si elle ne respecte pas les conditions fixées par la loi.

Une fois les opérateurs autorisés à accéder au marché et aux ressources essentielles, l'ART intervient pour assurer le développement de la concurrence sur le marché aval. Ses compétences dans ce domaine concernent principalement la régulation des tarifs de détail. Comme nous l'avons vu, il est nécessaire de s'assurer que France Télécom ne piège pas les opérateurs alternatifs dans un effet de ciseau tarifaire entre des tarifs de gros élevés et des tarifs de détail faibles qui entraveraient le développement de la concurrence. Les pouvoirs de l'ART dans ce domaine ne sont cependant que consultatifs, c'est au Ministre chargé des télécommunications que revient la charge d'homologuer ou non les tarifs de l'opérateur historique. Nous reviendrons plus en détail sur ce point durant les chapitres suivants.

1.2 Le calcul des coûts du service universel

En ce qui concerne le service universel, seul le gouvernement est légitime pour définir son contenu et son évolution. Certaines modalités techniques et économiques relatives à son application et à son financement doivent cependant être mises en œuvre par l'agence de régulation. Nous verrons toutefois que certaines de ces modalités ont déjà été fixées par le législateur.

La loi du 26 juillet 1996 prévoit ainsi que France Télécom soit l'unique opérateur chargé de fournir les obligations de service universel. L'ensemble des opérateurs, qu'ils soient exploitants de réseaux ouverts au public ou fournisseurs de téléphonie vocale, contribuent ensuite au financement du service universel au travers d'un fonds de

compensation créé le 1^{er} janvier 2000⁴¹. Certains éléments du service universel, notamment ceux relatifs à la péréquation sociale, peuvent cependant être fournis par des opérateurs qui ne sont pas officiellement en charge de ce service. Dans ce cas, ils ont la possibilité de déduire le coût net de fourniture de leur contribution, c'est le principe du « *play or pay* ». Cette méthode permet la mise en œuvre de techniques de production efficace dans la mesure où les nouveaux opérateurs privés peuvent choisir de fournir eux-mêmes le service s'ils jugent que la technique de production de l'opérateur historique est inefficace.

Ces précisions législatives réduisent quelque peu les marges de manœuvre du régulateur puisque la définition du service universel, le nom de l'opérateur chargé de sa fourniture et son mode de financement sont préalablement définis par la loi. Il reste à l'agence de régulation la possibilité de déterminer la méthode d'évolution du coût de ce service ainsi que sa répartition entre les opérateurs. Néanmoins, sur ce dernier point, c'est le gouvernement qui décide, en dernier ressort, du partage du financement entre les opérateurs après instruction de l'ART.

Il existe plusieurs méthodes pour évaluer le coût du service universel. Le principe retenu par l'ART repose sur la notion de coût net évitable, défini comme l'économie que réaliserait l'opérateur chargé du service universel s'il était libéré de cette astreinte et poursuivait un but uniquement commercial. Cette méthode reflète les lignes directrices de la Commission européenne. Plusieurs éléments entrent en compte lors de l'évaluation du coût du service universel : le déséquilibre historique, le coût de l'annuaire et du service de renseignement, le coût du service universel des cabines téléphoniques publiques, la péréquation géographique et la péréquation sociale. Le déséquilibre historique représente le déséquilibre de la structure des tarifs de France Télécom : prix faibles de l'abonnement et des communications locales, prix élevés des communications longue distance et internationales. La compensation liée au déséquilibre historique a été supprimée en 2000 suite à la hausse de l'abonnement téléphonique. La péréquation géographique doit permettre d'assurer une tarification égale de l'abonnement et des communications en tout point du territoire. La péréquation sociale correspond à la réalisation des objectifs sociaux du service universel qui passent par le maintien d'un service restreint pendant une année

⁴¹ Avant l'année 2000, la contribution des opérateurs aux obligations de service universel se fait par une majoration des tarifs d'interconnexion. La fin de ce régime transitoire était initialement prévue le 1^{er} janvier 2001.

en cas de défaut de paiement d'un usager ou par des mesures tarifaires adaptées pour certaines catégories de population (personnes défavorisées, handicapées...) (Barbet et Gonzalez, 1999).

Notons qu'après la condamnation de la France par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) (arrêt du 6 décembre 2001), le législateur a intégré les bénéfices indirects du service universel dont l'opérateur peut tirer profit⁴². La Commission européenne définit ces bénéfices indirects comme « des avantages immatériels découlant de la fourniture du service universel ». Ils correspondent aux bénéfices commerciaux, pécuniaires ou non, dont une entreprise désignée pour fournir un service universel a pu bénéficier. Il s'agit de prendre en compte les effets du cycle de vie (un consommateur « non rentable » aujourd'hui peut le devenir dans un futur proche et conserver le même opérateur), l'effet de réputation (l'opérateur fournissant le service universel est mieux perçu par les utilisateurs), l'effet d'ubiquité (l'opérateur fournissant le service universel est mieux connu par les nouveaux clients potentiels que ses concurrents) ou encore les bénéfices directs issus de certaines composantes du service universel (par exemple, les communications suivant la consultation des pages jaunes). La prise en compte de ces bénéfices indirects réduit fortement le coût supporté par l'opérateur historique⁴³. Sur cette base, le rôle de l'ART consiste à estimer le coût net de fourniture du service universel en étudiant les comptes des opérateurs.

1.3 La possibilité de sanctionner les opérateurs

L'ART est également dotée de pouvoirs juridictionnels : un pouvoir permettant de régler les différends entre opérateurs et un pouvoir de sanction en cas de non respect de la réglementation.

Dans le premier cas, l'ART intervient en vertu de l'article L36-8 du Code des postes et télécommunications pour les litiges concernant principalement l'accès ou l'interconnexion à un réseau de télécommunications et la « colocalisation » des équipements. La saisine peut être effectuée par l'une ou l'autre des parties impliquée dans le litige.

⁴² Loi du 31 décembre 2003.

⁴³ En prenant en compte ces bénéfices indirects, le régulateur britannique a été amené à refuser toute indemnité à British Telecom pour la fourniture du service universel.

Le second domaine du pouvoir juridictionnel de l'ART est défini par l'article L36-11 du Code des postes et télécommunications. Cet article préconise que l'ART puisse être saisie en cas de manquement aux dispositions législatives et réglementaires de la part des opérateurs, ou lorsque ces derniers ne se conforment pas à une décision prise lors d'un règlement des différends. Les sanctions prononcées par l'ART à l'encontre des opérateurs peuvent prendre la forme d'une mise en demeure de se conformer à la réglementation ou de sanctions pécuniaires (pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires), voire d'une suspension partielle ou totale de l'autorisation d'exploitation. La loi prévoit que l'ART puisse s'autosaisir ou être saisie par un des intervenants du secteur des télécommunications (opérateurs, Ministre, association d'utilisateurs...).

La loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 semble avoir tenu compte de la distinction entre régulation politique et régulation économique. La plupart des missions de régulation économique incombe à l'agence de régulation indépendante. La libéralisation a permis à l'ART de récupérer une large partie des fonctions détenues jusqu'alors par le gouvernement. Il s'agit donc, à présent, de s'intéresser à la régulation politique et au rôle du gouvernement. Nous nous interrogerons ensuite sur le fait que l'ART ne dispose que de pouvoirs consultatifs dans certains domaines de la régulation économique alors que l'autorité politique dispose de nombreux pouvoirs d'homologation.

2 – Les missions de régulation politique du gouvernement

Cette sous-section met en évidence les pouvoirs de régulation politique dont dispose le gouvernement. L'intervention de cette autorité politique s'inscrit dans un cadre limité aux marges de manœuvre laissées par les directives européennes. Il s'agit donc ici de rendre compte de l'influence du cadre réglementaire européen sur l'évolution de la régulation politique.

2.1 La transposition des directives européennes

Le pouvoir réglementaire des autorités nationales est limité dans la mesure où elles doivent prendre en compte les directives émises par les instances communautaires. L'élaboration de ces directives fait cependant l'objet de nombreuses discussions entre les États membres (siégeant au Conseil et au Parlement européen) et la Commission européenne (Kiessling et Blondeel, 1998). Ces discussions ont permis d'aboutir à certains compromis autorisant une certaine liberté aux États membres afin que s'expriment leurs spécificités nationales (Thatcher, 2001). Il s'agit donc d'identifier à la fois les contraintes imposées par la législation européenne et les marges de manœuvre laissées à la disposition des gouvernements.

a) L'influence des directives européennes

La libéralisation progressive du secteur des télécommunications s'inscrit dans un vaste processus législatif européen par le biais de la transposition des directives communautaires en droit interne.

La question de la libéralisation du marché des télécommunications est abordée pour la première fois dans le livre vert de 1987 qui pose les principes de base de la réglementation. Le processus est ensuite relancé par la Direction chargée de la Concurrence au sein de la Commission européenne (DG IV) dont les directives de 1988, 1990 et 1996 libéralisent la fourniture d'équipement et de services de télécommunications. Le Parlement européen et le Conseil ont ensuite adapté la réglementation existante aux récentes évolutions technologiques dans le cadre d'un ensemble de directives, il s'agit du paquet télécom.

Ces quatre ensembles de directives nous permettent d'identifier les principales étapes de la libéralisation des marchés européens des télécommunications. En retraçant ces quatre étapes, notre objectif est de rendre compte de l'évolution du droit communautaire dans les principaux enjeux de la régulation du secteur pour ensuite pouvoir déterminer son influence sur les législations nationales.

La première étape débute en 1988 avec la libéralisation du marché des équipements terminaux (directive 88/301/CEE du 16 mai 1988). Cette étape voit la suppression des droits exclusifs et spéciaux d'importer, de commercialiser, de raccorder, de mettre en

service et d'entretenir les appareils terminaux. Elle impose également la séparation entre le régulateur et l'opérateur du réseau.

La seconde étape lance la libéralisation du marché des services. Elle débute en 1990 avec la directive 90/388/CEE du 28 juin 1990⁴⁴. Cette directive prévoit la libéralisation des services autres que la téléphonie vocale (essentiellement les données ou les transactions électroniques). Elle définit également les conditions d'octroi des licences (objectives, transparentes et non discriminatoires) et préconise la séparation juridique et fonctionnelle des entités assurant la fourniture des services de télécommunications de celles chargées de la régulation du marché. La directive a ensuite été modifiée pour y inclure les communications par satellite (94/46/CEE), par les réseaux de télévision par câble (95/51/CEE) et les communications mobiles et personnelles (96/2/CEE).

Ces directives dites de « libéralisation » suppriment les droits exclusifs et spéciaux sur les différents segments du marché des télécommunications mais sont néanmoins insuffisantes pour assurer l'avènement d'un véritable marché intérieur des télécoms. Subsistent des problèmes relatifs aux distorsions technologiques, à la disparité des réseaux et à l'interconnexion entre les réseaux des États membres (Pénard et Thirion, 2005). Dès lors, le Conseil et le Parlement européen ont été à l'origine de directives dites d'« harmonisation » pour garantir la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications (*Open Network Provision*, ONP) en harmonisant les conditions d'accès et d'utilisation des services et des réseaux téléphoniques publics dans l'ensemble de la Communauté. Une première directive-cadre⁴⁵ pose les bases d'un réseau européen des télécommunications ouvert à la concurrence, impose la transparence comptable et la définition des tarifs d'interconnexion « objectifs, transparents, non-discriminatoires et orientés vers les coûts ». Par la suite, une série de mesures d'application va être décidée. Celle-ci concerne successivement les lignes louées⁴⁶, la téléphonie vocale⁴⁷, l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux⁴⁸, mais aussi les bases de l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel⁴⁹.

⁴⁴ Cette directive a été transposée en France par la loi n°90-1170 du 29 décembre 1990.

⁴⁵ Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990.

⁴⁶ Directive 92/44/CE du Conseil du 5 juin 1992.

⁴⁷ Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995.

⁴⁸ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997.

⁴⁹ Directive 95/62/CE et 97/33 /CE citées et directive 98/10/CE du Parlement et du Conseil du 26 février 1998.

La troisième étape se concrétise par l'adoption de la directive 96/19/CE du 13 mars 1996 qui fixe la date limite du 1^{er} janvier 1998 pour la libéralisation totale du marché de la majorité des États membres⁵⁰. En outre, elle définit un éventail de dispositions concernant les licences, le partage des coûts du service universel, l'interconnexion et la numérotation qui établissent les principes réglementaires de base dérivés des règles de concurrence. Ces principes sont ensuite repris et précisés dans différentes directives d'harmonisation citées précédemment.

La quatrième étape du processus européen de réglementation vise à favoriser la transition du monopole vers une concurrence effective en procédant à un rapprochement entre le droit spécifique des télécommunications et le droit général de la concurrence.

Plusieurs directives ont été émises en ce sens et sont regroupées dans le paquet télécom. Ce paquet télécom comprend notamment une directive « cadre », quatre directives sectorielles et une directive « concurrence »⁵¹. La directive « cadre » propose l'adoption d'un cadre réglementaire unique tenant compte de la convergence entre les secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et des technologies de l'information. A cet effet, la nouvelle terminologie de « communications électroniques » est adoptée par la Commission et recouvre à la fois les télécommunications et les services de communications audiovisuelles.

La première directive sectorielle dite directive « autorisation » cherche à harmoniser les procédures d'autorisation dans les différents États membres. La principale évolution par rapport à la directive 97/13/CE, à laquelle elle se substitue, consiste en la délivrance d'une autorisation générale pour la fourniture de services ou de réseaux de communications électroniques. Cela signifie qu'une simple déclaration est nécessaire pour devenir opérateur.

La seconde directive sectorielle est la directive « service universel ». Elle définit le contenu du service universel, son financement et son fonctionnement. Nous reprendrons plus en détail, dans la sous-section suivante, les questions relatives à ce service.

⁵⁰ Cinq pays se sont vus accorder une période de transition supplémentaire : le Luxembourg (juillet 1998), l'Espagne (décembre 1998), l'Irlande et le Portugal (janvier 2000) et la Grèce (janvier 2001) (Kiessling et Blondeel, 1998).

⁵¹ Voir Boulaud (2001) pour une analyse plus détaillée du contenu du « paquet télécom ».

La troisième directive sectorielle, dite « interconnexion », établit l'obligation de négocier l'interconnexion entre tous les réseaux de communications électroniques et définit la liste des conditions supplémentaires que les autorités réglementaires nationales peuvent imposer aux opérateurs puissants.

La quatrième directive sectorielle est relative à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. La principale évolution par rapport aux directives précédentes est une actualisation des définitions afin de couvrir les nouvelles formes de communications électroniques. Enfin, la directive « concurrence » vise à remplacer par un texte unique l'ensemble des directives de libéralisation adoptées précédemment par la Commission, dans un souci de lisibilité.

Le contenu des directives européennes est parfois très précis, si bien qu'il modèle fortement les législations nationales. Nous allons cependant voir que le pouvoir de transposition détenu par les gouvernements nationaux leur permet de tenir compte de certaines spécificités nationales dans leurs législations et ne se limite pas à reproduire les textes européens.

b) Les marges de manœuvre des législateurs nationaux

La première des prérogatives des gouvernements est de transposer les directives européennes dans la législation nationale. Malgré la précision et le nombre élevé des directives européennes, les gouvernements disposent d'une certaine marge de manœuvre afin de laisser s'exprimer leurs spécificités nationales. Dans certains cas, les directives de la Commission n'apportent que des réponses parcellaires et insuffisantes pour initier un traitement unique dans l'ensemble des États membres. Nous pouvons identifier quatre grands domaines où les États membres disposent d'un certain degré de liberté quant à la mise en œuvre des directives européennes. Il s'agit du mode de propriété de l'opérateur historique, de la répartition des compétences entre les différents régulateurs sectoriels, du mode de financement du service universel, du calendrier de transposition des directives (Thatcher, 1999).

En premier lieu, les gouvernements ont pu décider, selon la tradition politique du pays, du statut des salariés de l'entreprise et du fait d'ouvrir ou non le capital de

l'opérateur historique⁵². Ainsi, on peut observer une grande diversité de situations dans les États membres : de la privatisation totale (Grande-Bretagne) à l'absence de privatisation (Luxembourg) en passant par une ouverture du capital permettant à l'État de conserver une participation, majoritaire ou non (France). Bien évidemment, cette participation de l'État influence le comportement du gouvernement dans la mise en œuvre du processus de libéralisation. Nous reviendrons en détail sur ce point dans le chapitre suivant.

Au début du processus de libéralisation, la Commission européenne ne s'est pas prononcée précisément sur les institutions chargées de la mise en œuvre de la régulation du marché. Elle précise que certaines dispositions doivent être mises en œuvre par les « États membres », laissant ainsi aux législateurs nationaux une totale liberté pour répartir les compétences de régulation entre les institutions nationales. Elle fait également référence à des « autorités de régulation nationales » qu'elle définit comme « l'organe ou les organes qui sont juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des organismes de télécommunications et auxquels l'État membre confie (...) les fonctions réglementaires » (art.2 de la directive 95/62/CE). Cette définition a été interprétée comme interdisant à l'opérateur historique d'être son propre régulateur comme cela pouvait être observé durant la période de monopole. Les États membres ont alors le choix de leur arrangement institutionnel. Si tous ont décidé de créer une agence de régulation indépendante, la majorité d'entre eux a également choisi d'attribuer des missions de régulation au Ministre chargé des télécommunications. Cette situation a amené la Commission, en 1997 puis en 2002, à définir plus précisément le critère d'indépendance en ajoutant à la définition précédente : « Les États qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part » (directive « cadre », art.3). Bien que cette « séparation structurelle » ait été réclamée par la Commission dès 1997, les États membres n'ont pris cette mesure en considération que lors de la transposition du paquet télécom dont l'entrée en vigueur était prévue pour juillet 2003.

⁵² L'article 222 du Traité de Rome interdit à la Commission européenne d'intervenir sur les questions de propriété publique dans les États membre.

Concernant le service universel, malgré la précision de la directive « service universel » du paquet télécom, les États membres disposent d'une marge de manœuvre législative. Ils ont la possibilité de définir un contenu plus large que celui imposé par la Commission européenne. Ils peuvent, de plus, décider du mode de financement et de l'évolution des tarifs de ce service. Nous développerons ces points ci-après.

Enfin, les gouvernements nationaux ont le choix du calendrier de mise en œuvre des directives européennes. Même si la Commission fixe une date limite de transposition dans chaque directive, les législateurs peuvent aller au-delà de cette date en encourageant un faible risque de sanction. En effet, en cas de non respect de la limite fixée par les directives, les États membres peuvent être poursuivis devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), cependant cette procédure a rarement abouti à des sanctions effectives. Il est également possible pour les États membres de prendre des dispositions allant dans le sens d'une accélération de la libéralisation sans attendre la publication des directives concernées. On a ainsi pu observer des différences dans la mise en œuvre de la législation européenne. La Grande-Bretagne avait déjà largement ouvert son marché des télécommunications à la concurrence avant la publication des directives européennes et avec le large soutien de British Telecom et du gouvernement. En revanche, la France, l'Allemagne ou l'Italie ont souvent mis du temps à transposer les directives européennes en droit national dépassant souvent les délais impartis. Cette marge de manœuvre dans le calendrier de transposition des directives confère aux gouvernements un pouvoir particulièrement important, notamment au début du processus de libéralisation. Tout retard pris dans la transposition ralentit automatiquement la libéralisation d'un secteur, comme c'est actuellement le cas en France avec la libéralisation du marché de l'électricité.

Malgré l'influence de la législation européenne, les gouvernements disposent d'un certain degré de liberté dans la transposition des directives. Ces marges de manœuvre leur permettent de tenir compte des spécifications nationales et notamment de l'adaptation des consommateurs-électeurs à la nouvelle organisation des marchés (Thatcher, 1999).

2.2 La définition et le contrôle des obligations de service universel

La Commission européenne et les États membres jouent chacun un rôle dans la définition des obligations de service universel. La Commission, à travers ses directives,

détermine un ensemble minimal de prestations appartenant au service universel tandis que les États membres, au nom du principe de subsidiarité, disposent d'une certaine liberté pour introduire des obligations additionnelles à celles définies au niveau européen.

a) Le cadre réglementaire

Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la définition et le contenu du service universel sont d'abord précisés au niveau européen et ensuite transposés en droit national par les États membres. Ces derniers peuvent élargir le contenu de ce service si le financement est assuré par le budget de l'État.

Pour retrouver les bases du service universel dans la législation française, il convient de se référer à la définition des directives européennes. L'exercice est cependant complexe si l'on entreprend un examen chronologique de ces directives. Ce n'est, en effet, qu'en 1995 que l'on observe l'apparition de certains services obligatoires comme la facturation détaillée, la mise à disposition des annuaires et de postes téléphoniques publics ou les conditions spécifiques pour venir en aide aux utilisateurs handicapés et aux personnes ayant des besoins particuliers (directive 95/62/CE).

Il faut attendre 1998, et la directive 98/10/CE, pour trouver une définition arrêtée du service universel et de son contenu. Le service universel y est défini comme « un ensemble de services minimal défini d'une qualité donnée, qui est accessible à tous les utilisateurs indépendamment de leur localisation géographique et, à la lumière de conditions spécifiques nationales, à un prix abordable ». Le périmètre des activités soumises à de telles contraintes est également défini dans cette directive et comprend la fourniture d'accès, les services de renseignements téléphoniques et d'annuaire, la gratuité des appels d'urgence, l'établissement de postes téléphoniques publics payants, des mesures spécifiques en faveur des utilisateurs handicapés ou ayant des besoins sociaux spécifiques ou encore la portabilité du numéro. Par la suite, la directive « service universel » du paquet télécom élargit ce périmètre à l'accès fonctionnel à internet. Notons toutefois qu'en réalité ces communications sont acheminées par le réseau téléphonique commuté et donc déjà prises en compte *de facto* dans le périmètre du service universel.

Au niveau national, les États membres peuvent élargir le contenu des obligations de service universel proposé par les instances communautaires. Le financement de ces nouvelles obligations doit cependant relever du budget de l'État. Cela explique sans doute que le contenu du service universel défini par la loi de réglementation des télécommunications de 1996 soit en tous termes identique à celui proposé au niveau européen (art. L35-4 du CPT). Nous pouvons toutefois noter que le service universel n'est qu'une des trois composantes du service public défini par la loi de 1996. Les deux autres composantes sont les services obligatoires et les missions d'intérêt général⁵³ ; elles ne proposent cependant pas un élargissement décisif des obligations définies au niveau communautaire.

b) Le cadre réglementaire

La marge de manœuvre dont disposent les États membres semble davantage résider dans le contrôle des tarifs des obligations de service universel que dans le contenu de ces obligations. A ce titre, nous pouvons constater que la loi de réglementation des télécommunications de 1996 confère au Ministre chargé des télécommunications le pouvoir d'homologuer les tarifs du service universel proposés par France Télécom.

Cette procédure a été entièrement modifiée depuis la transposition de la directive « service universel » du paquet télécom. Tout d'abord, cette directive prévoit que les États membres organisent un mécanisme de désignation des opérateurs « efficace, objectif, transparent et non discriminatoire qui n'exclut a priori aucune entreprise » (article 8). En d'autres termes, tout opérateur, et pas uniquement France Télécom, peut être chargé de fournir le service universel. Ensuite, elle précise que ce sont désormais les autorités de régulation nationales qui sont chargées de surveiller « l'évolution et le niveau des tarifs de détail » des obligations de service universel.

⁵³ Les services obligatoires concernent la fourniture sur l'ensemble du territoire d'une offre de services d'accès au réseau numérique intégration de services (RNIS), de liaisons louées, de services avancés de téléphonie vocale (numéros gratuits ou surtaxés) ou de service de télex. Les opérateurs chargés du service universel sont tenus de fournir ces services obligatoires (art. L35-5 du CPT). La dernière composante concerne des missions d'intérêt général telles que la participation à la défense nationale et à la sécurité du territoire ou le développement de la recherche et de la formation dans le secteur des télécommunications (art. L35-6 du CPT).

La loi du 31 décembre 2003, qui transpose en droit national cette directive européenne, tient compte de ces recommandations. Depuis cette date, le Ministre chargé des télécommunications désigne les opérateurs chargés de fournir les obligations de service universel à l'issue d'un appel d'offre portant sur les conditions techniques et tarifaires ainsi que le coût net de fourniture des prestations. Le contrôle des tarifs du service universel est désormais effectué par l'ART.

2.3 Les limites de la politique industrielle dans un environnement libéralisé

Le développement du secteur des télécommunications est venu de politiques interventionnistes ayant permis à la France de rattraper son retard dans ce domaine. La libéralisation du marché semble aujourd'hui devoir limiter le rôle du gouvernement en matière de politique industrielle.

L'entrée sur le marché d'opérateurs privés et l'ouverture du capital des anciens monopoles publics ne permettent plus aux gouvernements de décider des orientations stratégiques du secteur, comme le développement de certains services ou l'extension du réseau, et ce d'autant plus que le capital de l'opérateur historique a été ouvert aux investisseurs privés. L'instrument de la nationalisation et de la gestion des entreprises publiques est également atténué par la discipline du marché, si bien que, quel que soit le mode de propriété de l'opérateur, la décision d'investir dans un projet doit prendre en compte les conditions de la concurrence.

Par ailleurs, les autorités politiques ont perdu l'usage des principaux outils de la politique industrielle, notamment celui des subventions. Les directives européennes n'envisagent que peu la possibilité pour les gouvernements d'entreprendre une politique industrielle nationale. L'intervention du gouvernement est contrainte par l'article 91 du traité de l'UE limitant les aides d'État. Les politiques industrielles nationales doivent s'inscrire dans un cadre européen qui semble davantage privilégier les mesures horizontales⁵⁴ (Commission européenne, 2002-b). La volonté du gouvernement français d'imposer aux opérateurs une contribution obligatoire pour la recherche⁵⁵ a d'ailleurs

⁵⁴ Il s'agit de mesures visant à créer des conditions-cadres favorables à la compétitivité industrielle ; par exemple des mesures visant à promouvoir l'esprit d'entreprise ou l'innovation au profit de l'ensemble des entreprises.

⁵⁵ Décret 96-1175 du 27 décembre 1996 (article D98-1 du CPT) imposant aux opérateurs alternatifs de consacrer 5% du montant de leurs investissements à la recherche et développement.

immédiatement été critiquée par la Commission européenne (Commission européenne, 1997)⁵⁶.

Le rôle des autorités politiques se trouve alors limité à donner un élan politique, à mobiliser les acteurs ou à créer des conditions réglementaires favorables (Vedel, 1996). A ce titre, on peut retrouver certaines prescriptions réglementaires générales conférant aux régulateurs nationaux la charge de veiller « au développement de l'emploi, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur » (art. L32-1 du CPT) ou certaines contraintes dans le cahier des charges des opérateurs, notamment en ce qui concerne l'aménagement du territoire (art. L33-1 du CPT). Ce dernier point est cependant à nuancer par l'absence d'instruments précis permettant aux régulateurs d'atteindre ces objectifs.

Les missions de régulation politique appartiennent principalement aux représentants démocratiques dès lors qu'il s'agit de mettre en œuvre une nouvelle réglementation ou de traiter des problèmes d'intérêt général. Parallèlement, l'agence de régulation indépendante est bien responsable des questions nécessitant une forte expertise juridique, technique et économique. Dans la section suivante, nous verrons cependant que ce constat est à nuancer : l'autorité politique s'est vue confier certaines missions de régulation économique tandis que l'agence de régulation indépendante intervient dans certains domaines de la régulation politique.

Section 2 – Pouvoirs économiques du gouvernement et pouvoirs politiques de l'agence de régulation

Dans de nombreux pays de l'Union européenne, la séparation des responsabilités entre le Ministre chargé des télécommunications et l'agence de régulation indépendante n'a pas reproduit précisément la distinction énoncée entre régulation politique et régulation économique. En nous intéressant au cas français, nous mettons en évidence les compétences de régulation économique du gouvernement et celles de régulation politique

⁵⁶ Notons que cette obligation n'a cependant pas été retirée de la loi. Elle s'ajoute à l'obligation portée au cahier des charges de France Télécom de consacrer 4% de son chiffre d'affaires à la recherche et développement.

de l'agence de régulation. Nous précisons également les évolutions liées à la transposition du paquet télécom modifiant les compétences des régulateurs.

1 – Pouvoirs économiques du gouvernement

Dans les pays à forte tradition interventionniste, les ministres chargés des télécommunications disposent de compétences non négligeables sur le processus de régulation économique. En réclamant une séparation fonctionnelle et structurelle de la fonction de régulation et des activités inhérentes à la propriété des opérateurs, la directive cadre du paquet télécom a cependant remis en cause l'intervention gouvernementale dans le processus de régulation.

1.1 La régulation des tarifs de détails

En France, le gouvernement dispose du dernier mot en ce qui concerne la régulation des tarifs de détail, non seulement pour le service universel, mais aussi pour les services où il n'existe pas de concurrence. Même si ces tarifs régulés font l'objet d'un avis préalable de l'ART, c'est au Ministre en charge des télécommunications et de l'économie que revient le pouvoir d'homologation (article L36-7 du CPT). Ce pouvoir est parfaitement discrétionnaire puisque le Ministre n'est aucunement obligé de motiver sa décision.

La loi 2004-669 du 9 juillet 2004 transposant le paquet télécom a remis en cause le pouvoir ministériel d'homologation. L'article 15 de cette loi confère à l'ART le droit d'accepter ou de refuser la mise en œuvre des tarifs de détail de l'opérateur historique. Conformément à la législation européenne, le gouvernement, encore actionnaire de France Télécom, doit donc perdre ses prérogatives dans ce domaine. Notons cependant que cette disposition n'est que partiellement mise en œuvre à l'heure actuelle. Les tarifs du service universel sont du ressort de l'ART seulement depuis le 1^{er} février 2005⁵⁷. Pour les services où la concurrence n'est pas suffisamment développée, l'agence de régulation doit, dans un premier temps, identifier les opérateurs puissants sur chaque marché

⁵⁷ Décret 2005-75 du 31 janvier 2005 relatif au contrôle des tarifs du service universel des communications électroniques.

pertinent⁵⁸ défini par la Commission européenne, avant de pouvoir récupérer les pouvoirs du Ministre.

1.2 L'octroi des licences

L'agence de régulation ne détient pas non plus l'exclusivité des pouvoirs économiques liés à l'attribution des licences. En France, c'est le Ministre chargé des télécommunications qui, après instruction de l'agence, octroie les licences aux opérateurs (article L33-1 du CPT).

L'autorisation pour l'ouverture d'un réseau public ou pour la fourniture de services de télécommunications n'est pas un acte purement administratif. Cette autorisation prend en compte des considérations d'ordre public, de défense ou de sécurité nationale, des contraintes techniques de disponibilité des fréquences et les capacités techniques et financières des opérateurs. Elle est soumise à un cahier des charges assez contraignant où apparaissent les notions d'intérêt général (environnement, sécurité), de consistance du service (zone géographique, normes techniques), de conditions de fourniture (permanence, confidentialité, égalité de traitement des utilisateurs)⁵⁹ (Barbet, Gonzalez, 1999).

Notons que le régime d'autorisation tel qu'il est défini par la loi française est plus contraignant que celui envisagé par la législation européenne. La loi française considère en effet le non-respect du cahier des charges comme un motif de refus d'autorisation, alors que le droit communautaire l'envisage comme des contraintes pouvant être imposées à un opérateur par ailleurs autorisé. De plus, ce cahier des charges va au-delà des exigences essentielles imposées par les directives européennes dans la mesure où les motifs de refus d'autorisation intègrent des considérations économiques découlant du droit de la concurrence⁶⁰. Ces considérations économiques font référence aux droits et

⁵⁸ La définition des marchés pertinents constitue l'une des tâches majeures confiées à l'ART en application du nouveau cadre juridique issu de la transposition des directives européennes. Le régulateur doit définir les marchés pertinents, c'est-à-dire susceptibles de faire l'objet d'une régulation spécifique, en s'inspirant de la liste établie par une recommandation de la commission. L'analyse de la situation et des conditions de concurrence sur ces marchés permet de désigner, s'il y a lieu, les opérateurs en situation de dominance. Il appartient ensuite à l'ART d'identifier les obligations proportionnées qu'il convient de leur imposer pour pallier les insuffisances de la concurrence sur un marché.

⁵⁹ Article L33-1 du Code des Postes et Télécommunications.

⁶⁰ Pour le droit communautaire, l'autorisation d'exploitation a trait au respect des « exigences essentielles ». Ces exigences essentielles sont définies comme « les raisons d'intérêt général et de nature non économique

obligations de l'exploitant en matière d'interconnexion ou à des conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale ou à des conditions pour assurer l'interopérabilité des services (Berlin, 1997). Grâce à la multiplication des motifs permettant de refuser l'octroi d'une licence, le gouvernement dispose d'un pouvoir plus ou moins discrétionnaire lui permettant d'influencer l'entrée des opérateurs sur le marché.

Depuis la transposition du paquet télécom, et notamment de la directive « autorisation », cette procédure a été modifiée. L'établissement et l'exploitation de réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont désormais libres, sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'ART, bien que les droits et obligations mentionnés ci-dessus soient toujours en vigueur (article L34-1 du CPCE). L'agence de régulation peut cependant entreprendre une procédure de sanction pouvant aller jusqu'à une suspension de la licence en cas de manquements constatés de la part des opérateurs (article L36-11 du même Code). Cette nouvelle procédure vise à faciliter l'accès des opérateurs au marché. Elle s'inscrit dans le cadre de la transposition de la directive « autorisation » et concerne donc l'ensemble des États membres, y compris ceux où l'opérateur historique a été entièrement privatisé.

1.3 La répartition des coûts du service universel

Les compétences du Ministre chargé des télécommunications concernent également les contributions dues par les différents opérateurs au titre du service universel. Le montant de ces contributions est proposé par l'ART mais il est formellement arrêté par le Ministre. L'influence politique passe également par la définition du cadre réglementaire puisque l'article L35-3 du CPT précise les modalités des contributions des opérateurs au financement du service universel. Un fond de compensation du service universel a ainsi été créé, auquel chaque opérateur contribue au prorata de son volume de trafic (article L35-3 du CPT). Par ailleurs, France Télécom est désigné comme l'opérateur chargé de fournir le service universel.

qui peuvent amener un État membre à imposer des conditions relatives à l'établissement et/ou à l'exploitation de réseaux de télécommunications ».

La directive « service universel » du paquet télécom a cependant imposé au législateur français de revoir certains points de sa réglementation initiale. Cette directive rappelle la méthode de calcul du coût net des obligations de service universel en prescrivant d'inclure « l'avantage commercial éventuel que retire une entreprise désignée pour fournir le service universel » (article 12). Cela signifie que le régulateur doit prendre en compte les avantages induits ou immatériels liés à la fourniture du service universel comme les effets de réputation ou les recettes liées aux appels consécutifs à la consultation de l'annuaire téléphonique. C'est ce dernier point qui a précipité la transposition de la directive « service universel » dans la législation française. Plusieurs opérateurs exerçant sur le marché français ont en effet déposé une plainte auprès de la CJCE pour dénoncer la non-prise en compte de ces avantages immatériels dans le calcul du coût du service universel. La CJCE a condamné la France pour sa méthode de calcul et lui a imposé de modifier sa législation. Les modifications ont été apportées par la loi 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom (article L35-3 du CPT).

1.4 Dispositions générales

En dehors de ces compétences clairement définies, la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 accorde au Ministre chargé des télécommunications des fonctions plus générales qui en font un acteur à part entière de la libéralisation du secteur. Ainsi, le premier article du Code des Postes et Télécommunications précise que « la fonction de régulation du secteur des télécommunications est (...) exercée par le Ministre chargé des télécommunications et par l'Autorité de régulation des télécommunications ». Chacun doit, dans le cadre de ses attributions respectives, veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale, au développement de l'emploi, de l'innovation et de la compétitivité ou au respect des obligations de défense et de sécurité publique (article L32-1). On retrouve ensuite la possibilité pour le Ministre de recueillir, auprès des opérateurs, les informations ou documents qu'il juge nécessaires voire de procéder à des enquêtes auprès de ces opérateurs (article L32-4).

En outre, le Ministre chargé des télécommunications occupe une place centrale pour toutes les questions liées à la coopération internationale. Aux côtés de l'Autorité, il veille à

ce que soit assurée l'égalité de traitement des opérateurs acheminant le trafic international (article L33-1). Il représente également la France dans les organisations internationales et communautaires compétentes dans le domaine des télécommunications (article L36-5). Lors des réunions du COCOM⁶¹, c'est lui qui détient le droit de vote, alors que l'Autorité ne fait que siéger et donner son avis. Il nomme également certains membres de la Commission Supérieure du Service Public des Postes et Télécommunications (CSSPPT)⁶² qui veille à l'évolution équilibrée du secteur des télécommunications et notamment au respect des principes du service universel. Le Ministre peut également intervenir en saisissant l'agence de régulation afin qu'elle exerce son pouvoir de sanction s'il constate une transgression des dispositions législatives de la part des opérateurs (article L36-11).

L'ensemble de ces missions, même s'il ne s'agit pas de compétences de régulation spécifiques, permet au gouvernement d'occuper une place centrale dans le processus de régulation. Il peut ainsi consulter les acteurs ou impulser une direction particulière au développement du secteur (emploi, compétitivité...). Ces dispositions générales n'ont en outre pas été modifiées par la transposition du paquet télécom.

Parmi les moyens indirects dont dispose le gouvernement pour influencer l'organisation économique du secteur, nous pouvons citer l'obligation qui lui était faite de conserver directement plus de la moitié du capital de France Télécom (article 1^{er} de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990). Le fait que l'État soit actionnaire majoritaire de l'opérateur historique, permet au gouvernement de nommer son président et donc d'influer sur sa stratégie en l'utilisant comme levier pour appliquer sa propre vision du développement du secteur. Cette emprise est cependant soumise à la contrainte de la concurrence, la firme devant acquérir une indépendance suffisante pour faire passer ses objectifs commerciaux et financiers avant les objectifs politiques de son principal actionnaire. Pour différentes raisons, cette disposition législative a cependant été modifiée et l'État est désormais autorisé à détenir une part inférieure à 50% du capital de l'opérateur historique (loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003). Concrètement, son pouvoir sur l'opérateur n'est pas profondément modifié puisqu'il reste encore le premier actionnaire de France Télécom. Nous discuterons de ce point dans le chapitre suivant.

⁶¹ COmité des COMmunications électroniques (ou COMunications COMmittee). Comité rassemblant la Commission européenne et les autorités de régulation nationales en vue d'améliorer l'application cohérente de la législation communautaire et d'assurer l'application uniforme des mesures nationales.

⁶² voir la loi 90-568 du 2 juillet 1990 pour les missions de la CSSPPT et art.4 de la LRT 96.

Si l'on adopte une vision très large des missions nécessaires au bon accomplissement des services publics, on peut comprendre le compromis ayant motivé l'attribution des pouvoirs économiques au gouvernement.

Le respect des missions de service public dépend des clauses contenues dans les licences, de l'abordabilité des tarifs ou encore des contributions demandées aux opérateurs pour compenser les surcoûts liés à l'exercice de ces missions. Ceci explique sans doute que, même s'il ne dispose d'aucune compétence dans le domaine central des tarifs d'interconnexion, le gouvernement soit présent à tous les stades du processus de régulation : de l'homologation des licences à celle de certains tarifs de détail en passant par la définition du service universel. Il conserve donc encore une partie de ses prérogatives acquises lorsque le secteur était encore monopolistique. Après avoir envisagé les pouvoirs de régulation politique octroyés à l'agence de régulation indépendante, nous étudierons dans les chapitres suivants l'impact d'une telle répartition des compétences sur le processus de libéralisation.

2 – Pouvoirs politiques de l'agence de régulation

Le gouvernement étant à l'origine de la législation nationale, il n'a accordé à l'agence de régulation indépendante aucune compétence effective dans le domaine de la régulation politique. Lorsque l'ART est liée à des missions de régulation politique, son pouvoir est fortement encadré par la législation.

Concernant le service universel, les missions de l'ART restent limitées, dans le cadre réglementaire initial, à des décisions objectives concernant l'évaluation du coût net de ce service et le montant des contributions des opérateurs. L'ART ne dispose que d'un avis consultatif quant à la décision politique de redéfinition du service universel. Tous les quatre ans, elle est consultée et rend un avis public sur le rapport remis par le gouvernement au Parlement concernant l'évolution des obligations du service universel (article L35-7 du CPT).

Dans la définition et la mise en œuvre de la politique publique, le rôle de l'ART est, aux côtés du Ministre chargé des télécommunications, de veiller « au développement de

l'emploi, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des télécommunications ». Cependant, elle n'est pas chargée de définir les objectifs publics prioritaires. Comme le souligne son rapport d'activité de 1997 « la politique publique trouve naturellement sa définition dans une décision de l'autorité politique », il n'appartient pas au régulateur indépendant « de fixer les lignes d'une politique générale, qui sont du ressort du gouvernement et du Parlement ».

Dans le processus réglementaire également, l'ART dispose d'un pouvoir uniquement consultatif. L'article L36-5 du Code des Postes et Télécommunications précise que l'ART est consultée pour les projets de loi, de décret ou de règlement relatifs au secteur des télécommunications et participe à leur mise en œuvre. Seul le gouvernement peut ensuite proposer une loi au Parlement en tenant compte ou non des propositions de l'agence de régulation. Néanmoins, comme le souligne L.Boy (2000), l'attribution du pouvoir réglementaire peut être plus complexe qu'il n'y paraît. Pour cet auteur, il serait erroné de penser que la réglementation revient à fixer les grandes orientations du secteur alors que la régulation se caractériserait par les « petites décisions quotidiennes ». Par son action et ses décisions, l'ART peut être amenée à structurer largement le secteur et donc à influencer sur les réglementations. Par exemple, en statuant sur les conflits liés à l'interconnexion, elle construit peu à peu les droits des nouveaux entrants à l'interconnexion. Ainsi, les instances de régulation traduisent un processus d'inversion dans la production des normes en ce sens que la norme émane désormais du concret, c'est à dire des contentieux. De ce fait, la régulation sectorielle se présente comme un mécanisme de construction permanente de droits subjectifs⁶³ permettant à l'agence de régulation d'exposer sa propre vision du droit de la régulation (Boy, 2001). Ce pouvoir quasi législatif de l'agence de régulation, bien que non conforme à la tradition constitutionnelle française, lui permet d'adapter continuellement les règles générales à la réalité du marché (Frison Roche, 2001).

En conclusion, le pouvoir de l'agence de régulation n'empiète pas sur le processus de régulation politique, en dehors du pouvoir de réglementation indirect présenté ci-dessus. Il lui permet toutefois de réunir en son sein les pouvoirs exécutif, législatif et

⁶³ C'est à dire fondés sur la liberté et la volonté de l'individu (par opposition au droit objectif lié à la contrainte étatique).

judiciaire. Il est alors nécessaire de s'assurer que l'agence de régulation respecte les principes d'impartialité, de transparence et de proportionnalité⁶⁴.

Conclusion du chapitre 2

En étudiant la répartition des compétences entre le pouvoir politique et l'autorité indépendante, nous pouvons constater que la législation édictée en 1996 n'a que partiellement tenu compte de la distinction entre régulation économique et régulation politique, et donc de l'architecture institutionnelle imposée par les autorités européennes.

Si l'agence de régulation indépendante intervient dans l'ensemble du processus de régulation économique, une partie de ses compétences ne sont que consultatives. C'est en effet le gouvernement qui détient le pouvoir d'homologation dans les domaines de l'attribution des licences ou de la régulation tarifaire. Ce dernier dispose également du dernier mot, après instruction de l'ART, en ce qui concerne la répartition du financement du service universel entre les opérateurs. Parallèlement, la capacité de l'agence de régulation à influencer le processus de régulation politique semble assez limitée. Son pouvoir est uniquement consultatif dans le domaine de l'élaboration de la réglementation et dans la définition de l'évolution des obligations de service universel.

Les directives du paquet télécom ont cependant contraint le législateur à modifier le cadre institutionnel de la régulation en imposant une réelle séparation structurelle entre la fonction de régulation et les activités inhérentes au contrôle des opérateurs. Sauf à privatiser l'ancien monopole, le législateur a donc été contraint de laisser l'agence de régulation indépendante seule compétente pour gérer la partie économique du processus de libéralisation. Néanmoins, cette modification du cadre réglementaire national est intervenue plus de huit ans après le début du processus de régulation. Pendant cette période, nous avons donc assisté à une mise en œuvre conjointe des missions de régulation économique par deux autorités distinctes. Partant de ce constat, notre objectif dans les chapitres suivants sera de rendre compte des objectifs des deux autorités et de

⁶⁴ Principe interdisant que les pouvoirs de l'autorité ne soient utilisés plus qu'il n'est requis.

leurs interactions. Nous serons alors à même d'évaluer, sous l'angle de l'efficacité économique, les directives dont l'objectif est d'évincer les autorités politiques du processus de régulation économique au profit des agences de régulation indépendantes.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

La littérature économique s'est peu penchée sur le problème de la répartition des compétences entre les régulateurs sectoriels du marché des télécommunications. Certains auteurs (Majone, 1997-a ; Curien, 2000-a) ont seulement constaté, *a posteriori*, que les missions relevant du critère objectif de l'efficacité économique sont attribuées à des agences de régulation indépendantes, tandis que les missions relevant de la réglementation et de l'intérêt général incombent aux autorités politiques.

Cette vision est partagée par la Commission européenne qui, dès 1997, prône une séparation juridique, fonctionnelle et structurelle des missions de régulation et du contrôle des opérateurs. L'étude de la loi française de réglementation des télécommunications de 1996 révèle cependant que le législateur n'a que partiellement tenu compte de cette distinction entre régulation économique et régulation politique dans la répartition des compétences entre ces deux acteurs.

Cette partie, met notamment évidence le fait que le Ministre chargé des télécommunications disposait de larges prérogatives dans le domaine de la régulation économique (octroi des licences, homologation des tarifs de détail, répartition du financement du service universel entre les opérateurs...) jusqu'à la transposition du paquet télécom. Ce n'est qu'avec cette transposition, rappelant la position défendue par la Commission en 1997, que le gouvernement français s'est vu destitué de la plupart de ses prérogatives dans le domaine économique. L'agence de régulation est ainsi devenue l'unique régulateur sectoriel auquel incombe la charge de mettre en œuvre la régulation économique.

En manifestant sa volonté d'éliminer tout biais politique dans le processus de régulation, la Commission a privilégié le recours à une agence de régulation indépendante dans le processus de régulation économique. Toutefois, il convient de s'interroger sur les conséquences d'un tel choix. En effet, pour mener à bien ses missions, il faut s'assurer

que l'agence de régulation cherche uniquement à promouvoir l'efficacité économique. Le chapitre suivant traite de cette question. Après être revenu sur les objectifs privés défendus par les autorités politiques dans le secteur des télécommunications, nous montrerons que l'agence de régulation peut, elle aussi, avoir des objectifs privés capables de remettre en cause l'efficacité du processus de libéralisation.

Notons que les raisonnements présentés ici peuvent être transposés à la régulation d'autres secteurs nouvellement déréglementés. En effet, l'analyse de la loi française de réglementation des télécommunications menée ici sous un angle institutionnel et les conclusions dégagées ne sont spécifiques ni au secteur des télécommunications, ni au cas français.

En France, dans les secteurs de l'électricité et du gaz, le ministre chargé de l'énergie dispose également de larges prérogatives dans le processus de régulation économique. A l'instar du Ministre chargé des télécommunications, il détient le pouvoir d'accorder les autorisations aux fournisseurs de services⁶⁵, d'homologuer les tarifs de vente appliqués aux consommateurs non éligibles⁶⁶, d'arrêter les coûts du service public et les contributions des différents opérateurs⁶⁷. Dans le domaine particulièrement sensible de la tarification du réseau, il a le pouvoir d'homologuer les tarifs d'utilisation du réseau après avis de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE)⁶⁸.

Pour revenir au marché des télécommunications, nous pouvons observer, qu'au niveau européen, certains pouvoirs de régulation économique incombent également aux autorités politiques : par exemple, l'octroi des licences (Royaume-Uni, Espagne), l'homologation des tarifs de détail (Espagne), le plan de numérotation (Italie). En Belgique, l'agence de régulation des télécommunications (IBPT) est même représentée et gérée par le Ministre compétent pour les matières relatives aux télécommunications.

⁶⁵ Article 5 de la loi 2003-8 du 3 janvier 2003 relative au marché du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie.

⁶⁶ Article 7. Les consommateurs non éligibles sont déterminés en fonction d'un certain seuil de consommation. Les ménages ne peuvent pas, pour l'instant, être des consommateurs éligibles.

⁶⁷ Article 5 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

⁶⁸ Article 5 de la loi 2003-8.

L'étude que nous mènerons ci-après sur la répartition efficace des compétences entre les autorités politiques et les autorités indépendantes dans le secteur des télécommunications peut être transposée à d'autres secteurs ou à d'autres États, en tenant toutefois compte de certaines de leurs spécificités.

DEUXIÈME PARTIE :

OBJECTIFS ET STRATÉGIES DES RÉGULATEURS

La question de la répartition des compétences de régulation sectorielle entre une autorité indépendante et une autorité politique exige de connaître les objectifs qui guident chacun de ces deux régulateurs. Ce préalable est indispensable pour pouvoir déterminer les conséquences d'une directive ou d'une loi qui retirerait le pouvoir de régulation à l'un de ces deux acteurs.

Si, comme le postule la théorie de l'économie publique normative (« *public interest theory* ») initiée par Pigou, les réglementeurs ou les régulateurs sont considérés comme des acteurs bienveillants cherchant à maximiser le bien-être collectif, la répartition des compétences entre un régulateur indépendant et un régulateur politique n'aurait pas de conséquences en termes d'efficacité sur le processus concurrentiel. Les deux acteurs, poursuivant les mêmes objectifs et disposant de la même information, prendraient en effet les mêmes décisions. Il ne résulterait éventuellement de cette situation qu'une perte d'efficacité liée à la duplication des coûts de régulation.

Cependant, depuis les travaux de Stigler (1971), les réglementeurs et les régulateurs ne sont plus supposés avoir pour seul objectif l'efficacité économique. L'attention se porte désormais sur la capture des régulateurs par les entités régulées qui vont influencer la détermination et la mise en œuvre de la politique publique. L'économie positive de la réglementation révèle l'influence des groupes de pressions organisés sur les décisions du réglementeur du secteur ; la réglementation y est analysée comme un service échangé entre les décideurs et les entreprises régulées (« *interest group theory* »).

La nouvelle économie publique est ensuite venue compléter ces travaux en introduisant l'existence d'une asymétrie d'information entre le régulateur et les entreprises régulées, permettant de justifier l'existence de la rente dont bénéficient ces dernières (Laffont et Tirole, 1993). Nous laisserons de côté ces dernières avancées étant donné que nous cherchons surtout à montrer l'existence d'une convergence d'intérêt entre les régulateurs et les entreprises régulées. Ces dernières n'ont alors généralement nul besoin de dissimuler des informations au régulateur qui tend à adhérer à leurs intérêts. La libéralisation doit être envisagée comme un moyen de redistribuer les bénéfices de la régulation entre les différents groupes d'intérêt : opérateur historique, opérateurs alternatifs et consommateurs.

La première étape de notre analyse consiste à identifier quel groupe d'intérêt parvient à influencer les décisions de chaque régulateur. Selon que les régulateurs

cherchent à défendre les opérateurs alternatifs, l'opérateur historique ou les consommateurs, le processus de libéralisation est affecté différemment. La seconde étape consiste à envisager les régulateurs comme des institutions cherchant à maximiser leur sphère de compétences en identifiant les raisons spécifiques qui peuvent les pousser à atteindre un tel développement.

Plus précisément, si l'on s'intéresse aux objectifs des autorités politiques, l'approche de l'école des choix publics (Downs, 1957 ; Buchanan et Tullock, 1962 ; Niskanen, 1971) nous indique que les décideurs politiques poursuivent des intérêts personnels souvent éloignés de l'intérêt général, notamment afin de maximiser leurs chances de réélection ou leur sphère de compétence. En adaptant ces travaux au cadre de la nouvelle économie de la régulation, nous montrons que le gouvernement peut chercher à protéger l'opérateur historique des pressions concurrentielles (chapitre 1). Son objectif est de favoriser l'émergence d'un champion national afin d'assurer la sécurité et la continuité de la fourniture des services de télécommunications. Par ailleurs, lorsque l'État est encore actionnaire de l'ancien monopole, il peut vouloir maximiser ses dividendes ou la valorisation de son patrimoine en cherchant à augmenter le profit de l'opérateur public. En outre, nous envisageons que la propriété publique peut permettre à l'autorité politique de disposer d'un levier de politique sectorielle dans la mesure où l'opérateur historique peut se défaire de certaines pressions concurrentielles.

Ces défaillances de l'intervention gouvernementale ne doivent pas pour autant amener à conclure immédiatement à la supériorité d'une agence de régulation indépendante dans la mise en œuvre de la régulation économique. Cette dernière poursuit également des objectifs privés dont la réalisation peut altérer le processus concurrentiel. Les objectifs privés de l'agence de régulation sont à comprendre au regard des relations qu'elle peut entretenir avec les opérateurs. Si la théorie met en évidence le risque de capture de l'agence de régulation par les firmes régulées, elle nous renseigne cependant peu sur l'identification des firmes qui parviennent à influencer ses décisions.

L'objet du deuxième chapitre est de déterminer les objectifs privés de l'agence de régulation, en identifiant la catégorie d'opérateurs (l'opérateur historique ou les opérateurs alternatifs) qui parvient à influencer ses décisions. Cette analyse nous amène à soutenir que l'agence de régulation adhère aux objectifs des nouveaux opérateurs privés en développant notamment l'argument selon lequel les missions qui lui sont assignées

l'amènent à s'opposer systématiquement à la stratégie de l'opérateur historique. Nous mettons également en évidence le fait que, à l'instar du gouvernement, l'agence de régulation indépendante cherche à maximiser sa sphère de compétence. Son objectif est de survivre au développement de la concurrence dans le secteur et d'éviter de disparaître au profit des autorités générales de la concurrence.

Dans un troisième chapitre, nous cherchons à vérifier nos propositions théoriques dans le cas français, en mettant en évidence les divergences qui ont pu survenir entre l'ART et le Ministre chargé des télécommunications dans la mise en œuvre du contrôle tarifaire.

Chapitre III

LES OBJECTIFS PRIVÉS DU GOUVERNEMENT

L'école des choix publics avance que le gouvernement cherche à maximiser ses chances de réélection au détriment du bien-être social. Pour atteindre cet objectif final, les différents courants de pensée de cette école lui prêtent un comportement tour à tour opportuniste, idéologique, maximisateur de ressources budgétaires ou de son domaine de compétences. Dans la réalité, le comportement du gouvernement peut être expliqué par toutes ces caractéristiques. C'est pourquoi notre raisonnement prendra en compte l'ensemble de ces approches dans le but ultime de déterminer quel est l'acteur qui peut le plus bénéficier du pouvoir de régulation du gouvernement.

Comme nous l'avons annoncé précédemment, trois types d'acteurs sont susceptibles d'être favorisés par le gouvernement : l'opérateur historique, les opérateurs alternatifs et les consommateurs. Le gouvernement doit arbitrer entre ces groupes pour maximiser ses chances de réélection⁶⁹. Pour comprendre comment le gouvernement arbitre entre ces différents intérêts, nous nous référons à l'approche de Van Winden (1983) pour rendre compte des facteurs pouvant influencer les décisions gouvernementales. Cet auteur distingue les contraintes relevant de la pression des acteurs de celles relevant de la structure environnementale. Dans le premier cas, il s'agit du lobbying s'exerçant sur le gouvernement dans le but d'obtenir des décisions qui n'auraient pas été prises en l'absence de ce lobbying. Dans le second cas, un groupe d'intérêt n'a pas nécessairement besoin d'exercer de pression sur le gouvernement pour obtenir des décisions favorables, dans la mesure où l'intérêt du gouvernement est justement de prendre des mesures favorisant ce groupe. L'influence du groupe d'intérêt sur le gouvernement est alors dite

⁶⁹ Notons que la stratégie consistant à favoriser systématiquement les consommateurs, sous prétexte qu'ils détiennent le droit de vote, n'est pas nécessairement optimale pour le gouvernement. Même si ces derniers sont également électeurs, les bénéfices qu'ils peuvent retirer de la régulation (comme une diminution des prix) ne représentent qu'une partie marginale des éléments déterminant leur vote. Une stratégie alternative du gouvernement peut consister à maximiser ses recettes budgétaires grâce ses compétences de régulation pour ensuite en redistribuer les bénéfices à des groupes d'intérêt ciblés.

structurelle (« *structural coercion* »). Nous soulignons que malgré les pressions des associations d'opérateurs privés ou de consommateurs, il existe une convergence d'intérêt entre l'opérateur historique et le gouvernement qui va pousser naturellement ce dernier à protéger l'ancien monopole.

Le mode de propriété de l'opérateur historique va bien sûr influencer les décisions du gouvernement. Nous distinguons les intérêts spécifiques du gouvernement représentant l'État actionnaire de ceux, plus généraux, du gouvernement représentant l'État régulateur⁷⁰. Par objectifs de l'État régulateur nous entendons les objectifs poursuivis par le gouvernement quel que soit le mode de propriété de l'ancien monopole (public ou privé). Il s'agit d'objectifs généraux qui sont poursuivis à la fois par un gouvernement ayant choisi de privatiser l'opérateur historique et par un gouvernement encore propriétaire de cet opérateur.

La mise en évidence des objectifs privés de l'État régulateur nous permet de dresser un panorama des acteurs pouvant bénéficier du processus de régulation et des moyens dont ils disposent pour faire pression sur le gouvernement (section 1). Nous déterminons ensuite les objectifs spécifiques du gouvernement lorsque ce dernier est encore actionnaire de l'opérateur historique (section 2). Cette distinction permet de tenir compte de l'évolution des objectifs des autorités politiques à un moment où les États abandonnent peu à peu leurs droits de propriété sur les anciens monopoles.

Notons enfin que la possibilité pour le gouvernement d'atteindre ses objectifs privés dépend des contrôles exercés sur son action. Intervenant au même niveau hiérarchique que l'agence de régulation indépendante, il est soumis aux mêmes contrôles que cette dernière. Afin d'éviter les redondances, nous traiterons du contrôle du régulateur politique en même temps que celui de l'agence de régulation, dans le chapitre suivant.

Section 1 – Les objectifs de l'État régulateur

Quel que soit le mode de propriété de l'opérateur historique, le gouvernement garde toujours un intérêt dans le secteur des télécommunications. En premier lieu, il

⁷⁰ Que nous appellerons respectivement, pour simplifier la formulation, objectifs de l'État actionnaire et objectifs de l'État régulateur.

existe des liens unissant l'opérateur au pouvoir exécutif puisque ce dernier est toujours soucieux de la bonne santé économique de l'ancien monopole. La libéralisation ne remet pas en cause la volonté d'assurer la viabilité d'un champion national capable de résister à la concurrence et d'assurer la continuité de la fourniture du service sur le territoire. En outre, les gouvernements ne peuvent accepter de perdre leur influence dans des secteurs relevant historiquement du service public. Ils cherchent à conserver un maximum de prérogatives afin de pouvoir répondre aux multiples influences auxquelles sont généralement soumis les décideurs politiques.

1 – La création d'un champion national

Nous pouvons distinguer deux volets dans la politique de champion national menée par le gouvernement. D'une part, il cherche à limiter les prises de participation étrangères dans le capital de l'opérateur historique afin de le conserver dans le giron national. D'autre part, il cherche à assurer la stabilité de l'opérateur afin de garantir la continuité du service.

1.1 Maintenir l'opérateur dominant dans le giron national

Le premier volet de la politique gouvernementale consiste à éviter que l'opérateur historique ne soit contrôlé par des capitaux étrangers. Étant donnée l'importance stratégique du secteur sur le plan économique, social ou militaire, il n'est pas envisageable que les services de télécommunications, ou de l'énergie, soient fournis par des entreprises totalement imperméables à l'intérêt national (Ballbe et Padros, 2001 ; Doyle, 1996). Cet objectif se manifeste par la volonté affichée par les gouvernements européens de créer des barrières à l'entrée dans le capital de l'opérateur historique.

Par définition, l'actionnariat majoritairement public permet la mise à l'écart des capitaux étrangers. En revanche, lorsque la firme a été privatisée, les gouvernements souhaitant protéger l'opérateur historique doivent avoir recours à des instruments plus subtils. Nous pouvons ainsi observer que de nombreux gouvernements (en Grande-Bretagne, au Canada ou en Nouvelle-Zélande, par exemple) se sont octroyés une *golden share* (ou *kivi share*) leur permettant de disposer d'un droit de veto lors de certaines restructurations industrielles (fusion, prise de participation) (Goldstein, 2000, Schultz,

1990). Cela permet aux gouvernements de se prémunir contre le risque de voir l'opérateur dominant, le plus souvent chargé des missions du service universel, être contrôlé par des capitaux étrangers moins influençables que les dirigeants d'une ancienne entreprise publique. En Grande-Bretagne, la privatisation a même, dans une certaine mesure, renforcé les pouvoirs du gouvernement sur l'opérateur historique par la présence d'un agent gouvernemental qui surveille de l'intérieur de l'entreprise les principales transactions de marché (Wolfe, 1999).

L'octroi de *golden share* ne trouve aucune justification économique ; il s'agit d'une disposition politique témoignant de la volonté du gouvernement de conserver un moyen de contrôle sur l'opérateur historique, malgré sa privatisation. La Commission européenne, ne pouvant influencer sur le mode de propriété des opérateurs, condamne ces relations privilégiées entre le pouvoir exécutif et l'ancien monopole. Concernant ces *golden share*, elle a à plusieurs reprises traduit devant la Cour européenne de justice certains États (Italie, Pays-Bas, Danemark) en dénonçant ces pratiques anti-concurrentielles comme constituant un obstacle à la libre circulation des capitaux et à l'intégration du marché européen.

1.2 Garantir la continuité du service

Le second volet de cette politique de champion national est d'assurer l'émergence d'une entreprise capable de garantir la continuité de la fourniture du service. Les tentatives de différents gouvernements européens de fournir des aides financières aux anciens monopoles témoignent des objectifs défendus par les autorités politiques. Lors de la crise qui a touché le secteur des nouvelles technologies entre 2000 et 2001, de nombreux opérateurs historiques ont vu leur viabilité affaiblie par certaines acquisitions onéreuses et hasardeuses. Certains gouvernements sont intervenus pour assurer que les opérateurs nationaux puissent continuer à garantir leurs engagements. L'État français a ainsi garanti à France Télécom une aide de neuf milliards d'euros pour assurer sa liquidité. Bien que cette aide n'ait finalement pas été versée, la déclaration du Ministre de l'économie a permis de rassurer les partenaires de l'opérateur et d'éviter que ce dernier ne se trouve en situation de cessation de paiement.

Les périodes de crise ne sont pas les seules périodes qui voient les gouvernements tenter de fournir des fonds aux opérateurs. Les transferts directs ou indirects de l'État

peuvent révéler que les autorités politiques sont parfois plus enclines à favoriser les intérêts financiers de l'entreprise que les leurs. Ainsi, l'État français a accordé entre 1,2 et 1,7 milliards d'euros à France Télécom correspondant à des avantages liés au régime dérogatoire de taxe professionnelle entre 1994 et 2002⁷¹. L'exécutif européen n'a pas manqué de condamner l'opérateur historique à rembourser cette somme à l'État français, mais ce dernier a fait appel de la décision pourtant en sa faveur, montrant que ses intérêts financiers pouvaient passer après ceux de l'opérateur. Au Royaume-Uni, le gouvernement est également soupçonné par la Commission d'avoir accordé à British Telecom, pourtant privatisé, certaines faveurs fiscales ayant faussé la concurrence⁷².

Tout comme la Commission s'attache à empêcher les autorités politiques nationales de créer des barrières à l'entrée des opérateurs historiques, elle est amenée à condamner les aides d'État de nature à fausser le jeu concurrentiel⁷³ (Matheu, 2003). Ces pratiques à la logique purement nationale sont en effet en contradiction avec l'émergence de champions européens.

2 – La maximisation de la sphère de compétences du gouvernement

Durant la période de monopole, les autorités publiques disposaient de larges prérogatives dans le contrôle de l'opérateur historique. Elles étaient chargées de la réglementation de leurs activités tout en en étant propriétaires. Ces prérogatives leur permettaient d'influencer une partie de l'économie pour atteindre des objectifs économiques, sociaux ou électoraux. Avec le processus de libéralisation, le gouvernement peut perdre ce pouvoir de contrôle au profit d'agences de régulation indépendantes. Il est néanmoins peu probable de voir le gouvernement se séparer de l'ensemble de ses prérogatives dans le secteur. En partie parce que ce secteur, grâce aux gains de productivité qu'il génère, peut influencer le développement de l'économie dans son

⁷¹ Notons que la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 prévoyait que le produit des impôts locaux versés par France Télécom serait versé sur le compte de l'État. Les avantages accordés par le gouvernement à France Télécom étaient donc bien réalisés au détriment des finances de l'État et pas de celles des collectivités locales.

⁷² Voir le communiqué de presse de la Commission, 19 janvier 2005, IP/05/63.

⁷³ Des sanctions ont été envisagées à l'encontre de l'État français pour l'« aide financière orale » qu'il aurait apportée à l'opérateur lorsque celui-ci a connu des difficultés financières en décembre 2002.

ensemble. Mais également parce que ce pouvoir offre au gouvernement la possibilité de continuer à satisfaire les différents groupes de pression (Buchanan et Tullock, 1962).

2.1 Influencer les grandes orientations du secteur

L'amélioration de la croissance économique ou de l'emploi salarié sont des enjeux qui peuvent permettre au gouvernement d'augmenter ses chances de réélection. Les contraintes du Pacte de stabilité et de croissance et l'indépendance de la politique monétaire limitent cependant les marges de manœuvre des autorités politiques dans ces domaines. Les pouvoirs de réglementation et de régulation peuvent permettre aux autorités publiques de récupérer certaines marges de manœuvre (Majone, 1996-b) d'autant que le secteur des télécommunications peut avoir un fort impact sur l'économie réelle.

La fourniture de services de télécommunications et, en particulier, les offres internet à haut débit affectent l'offre et la productivité de nombreux secteurs d'activité. Dans le secteur privé, le haut débit rend possibles le commerce électronique et la création de nouveaux marchés, permettant ainsi aux entreprises de se développer et de diminuer leurs coûts grâce aux gains de productivité procurés par une meilleure circulation de l'information et la transformation des chaînes de production. Le tourisme, la finance ou le secteur informatique sont les secteurs pouvant le plus bénéficier des avancées technologiques. Dans le secteur public, le haut débit peut accroître l'efficacité, la disponibilité et la portée des services dans des domaines privilégiés de l'action publique tels que la santé, l'éducation et les services gouvernementaux, tout en induisant d'importants effets de démonstration dans d'autres secteurs économiques (OCDE, 2003). Par ces canaux, le développement des infrastructures et des services de télécommunications contribue à la croissance du PIB.

Roller et Waverman (2001) s'intéressent spécifiquement aux infrastructures de télécommunications dans 20 pays de l'OCDE entre 1971 et 1990. Ils montrent que, au-delà d'un taux de pénétration seuil (évalué à 40%), le développement de ces infrastructures a un impact significativement positif sur la croissance économique. Colecchia et Schreyer (2001) ont étudié plus largement l'impact des investissements en

technologies de l'information et de la communication (TIC) ⁷⁴ sur la croissance du PIB. Leur étude, portant sur neuf pays de l'OCDE⁷⁵, montre que les investissements en TIC ont contribué à la croissance du PIB à hauteur de 0,2% à 0,5% entre 1980 et 2000 avec un impact plus important depuis 1995 (entre 0,3% et 0,9% selon les pays). Plus précisément, ces investissements ont permis d'augmenter la croissance française de 0,35% par an, de 0,38% en Allemagne, de 0,48% au Royaume-Uni et de 0,87% aux États-Unis. Ces résultats sont en conformité avec les études similaires, notamment celle de Cette, Mairesse et Kocoglu (2002) qui s'intéresse spécifiquement au cas français et montre que les technologies de l'information ont permis d'accroître la productivité par tête de 1,09% par an et le taux de croissance du PIB de 0,36% par an entre 1995 et 2000.

Les technologies de l'information et de la communication influencent également la création d'emplois par deux canaux principaux. D'une part, le secteur des TIC a connu un développement important depuis les années 90 et a permis la création de très nombreux emplois dans ce secteur. Une étude portant sur vingt pays membres de l'OCDE⁷⁶ montre qu'en 2000, seize millions de personnes étaient employées dans le secteur des TIC, ce qui représente 6,4% de l'emploi privé (ce taux est de 7,3% pour la France). Le taux de croissance annuel moyen de l'emploi salarié dans le secteur (4% sur la période 1995-2000) est trois fois supérieur à celui du reste du secteur privé (OCDE, 2002-b). D'autre part, en augmentant la productivité des travailleurs et l'activité économique, les TIC contribuent à la création d'emplois dans l'ensemble des secteurs de l'économie (Gille et Marti, 2000).

Le seul développement de la concurrence peut être le moyen le plus efficace pour permettre à l'économie réelle de profiter des innovations technologiques. Cette vision est cependant remise en cause dans les pays à forte tradition interventionniste où les dirigeants politiques jugent nécessaire l'intervention des autorités publiques pour permettre à l'économie réelle de bénéficier de la libéralisation de certains secteurs. Il s'agit de mettre en œuvre une politique publique adéquate pour encourager la diffusion des

⁷⁴ Ici, les données regroupent les investissements en matériels informatiques, en logiciels et en matériel de communication (accès à internet notamment).

⁷⁵ Allemagne, Australie, Canada, États-Unis, Finlande, France, Italie, Japon et Royaume-Uni.

⁷⁶ L'Europe des quinze (à l'exception du Luxembourg, de l'Irlande et de la Grèce), le Canada, le Japon, la Norvège, les États-Unis, la Corée, l'Australie, la République Tchèque et le Mexique.

TIC. Il n'est alors pas rare de voir le Ministre chargé des télécommunications recevoir les acteurs du marché, comme ce fut par exemple le cas en France durant la crise qui a touché le secteur en 2001 où ces acteurs ont été réunis pour « envisager la participation de l'État à la reprise dans le secteur des télécommunications »⁷⁷. La maîtrise des compétences de régulation économique est un des instruments de cette politique publique, notamment lorsqu'elle permet de déterminer les tarifs des services associés à ces nouvelles technologies. Le gouvernement cherche alors à disposer d'un maximum de compétences dans la régulation du secteur des télécommunications afin de créer des conditions économiques favorables à sa réélection.

2.2 Satisfaire les groupes d'intérêt

Le gouvernement cherche également à disposer de pouvoirs suffisants pour pouvoir « offrir les services de régulation » (Stigler, 1971 ; Laffont et Tirole, 1991-a) aux groupes d'intérêt dans le but de recevoir le prix que ces derniers sont prêts à payer pour obtenir ces services (Kane, 1984). Le gouvernement est en relation avec davantage de groupes d'intérêt que ne peut l'être une agence de régulation indépendante. Il est soumis à la contrainte électorale et peut recevoir des contributions en nature ou en numéraire de la part des firmes présentes dans le secteur (Grossman et Helpman, 1994). Le gouvernement est donc sensible à certaines sollicitations dont est exempte l'agence de régulation indépendante, notamment de la part des électeurs ou de certaines entreprises consommatrices de télécommunications. Pour maximiser les recettes liées à l'offre de ces services de régulation, il peut chercher à accroître sa production, c'est-à-dire à accroître ses pouvoirs de régulation, afin de redistribuer les bénéfices de son action entre les différents acteurs.

a) L'influence des opérateurs de télécommunications

Quel que soit le statut de l'opérateur historique, ce dernier et les opérateurs alternatifs sont en concurrence pour obtenir des décisions favorables de la part du régulateur politique. Chacun dispose de moyens de pression spécifiques pour influencer les décisions de cette autorité.

⁷⁷ Christian Perret, Secrétaire d'État à l'industrie, cité par Réseau et Télécoms, 27 novembre 2001.

Les opérateurs alternatifs entretiennent des relations étroites avec le gouvernement qui peuvent leur permettre d'influencer ses décisions. Ces entreprises, avant même d'opérer dans le secteur des télécommunications, ont été de fortes contributrices aux campagnes électorales⁷⁸ et offrent encore souvent des prestations ou des points de chute aux dirigeants politiques. En outre, les nouveaux opérateurs de télécommunications sont généralement des filiales de groupes étroitement liées à des intérêts industriels comme les travaux publics ou les services aux collectivités (Bouygues, Vivendi), l'environnement (Vivendi) ou les médias (Vivendi, Bouygues).

Le lien avec le secteur des médias fait ressortir un aspect important des liens entre les entreprises et les autorités politiques. L'implantation dans la communication donne aux groupes industriels un moyen de pression sur le pouvoir politique qui leur a permis de faciliter leur accès aux marchés publics (Chevallier, 1999) et qui peut leur permettre aujourd'hui d'exercer sur le marché des télécommunications dans des conditions favorables. Par ailleurs, ce lien entre les grands groupes de communication et l'État est également personnel du fait des relations étroites qui unissent leurs dirigeants et ceux de l'appareil d'État, les dirigeants des grandes entreprises françaises étant souvent issus des grands corps de l'État⁷⁹ (Chevallier, 1999).

Les opérateurs alternatifs sont cependant en concurrence avec l'opérateur historique pour influencer les décisions gouvernementales. Le premier atout de l'opérateur historique, même privatisé, reste sa puissance économique et politique. En termes de chiffre d'affaires, de parts de marché et du nombre d'employés, l'opérateur historique domine largement ses concurrents, ce qui lui permet de bénéficier de moyens de pression importants sur les décisions gouvernementales.

⁷⁸ L'article de N. Sauger (2004) montre par exemple, qu'en 1994, les sociétés Bouygues et Alcatel faisaient partie des entreprises ayant le plus contribué au financement des partis politiques en France. Depuis 1995, les partis politiques ne peuvent cependant plus être financés par des personnes morales, les contributions ne peuvent provenir que de particuliers ou de subventions publiques. Il est toutefois possible pour un dirigeant d'entreprise de contribuer à titre personnel au financement des partis politiques. Notons également que les dons provenant des entreprises publiques sont interdits par la loi 88-227 du 11 mars 1988 (art. 11.4).

⁷⁹ Le cursus de l'ex-PDG de Vivendi, J.M. Messier, est dans ce sens emblématique des trajectoires des hauts fonctionnaires dans lesquelles se succèdent les périodes dans l'administration (inspection des finances), le politique (membre du cabinet d'E. Balladur en 1986) et le monde des affaires (Lazard en 1988, puis la Compagnie générale des Eaux en 1994) (Chevallier, 1999).

L'influence est également politique dans la mesure où ses dirigeants entretiennent des liens personnels avec les dirigeants politiques. L'exemple de Thierry Breton, passé du poste de président de France Télécom à celui de Ministre de l'économie et des finances est à ce titre particulièrement significatif. De plus, si les anciens monopoles ne peuvent se targuer d'exercer dans des secteurs influents tels que les médias ou les travaux publics, leur appartenance historique, et toujours actuelle, au domaine du service public leur permet de diffuser les impulsions politiques auprès de l'ensemble des consommateurs. Ils restent ainsi liés inextricablement aux autorités politiques.

Quel que soit le mode de propriété de l'opérateur historique, le gouvernement est soumis à des pressions émanant de différents groupes d'intérêt entre lesquels il doit arbitrer. La maximisation de ses compétences de régulation peut lui permettre de redistribuer une partie des bénéfices de la régulation à chacun des opérateurs.

La mise en évidence des moyens de pression dont disposent les opérateurs ne nous permet pas, contrairement à l'argument précédent sur le champion national, de déterminer quelle catégorie d'opérateurs a le plus d'influence sur les décisions du gouvernement. Les arguments présentés tendent cependant à montrer que le gouvernement ne doit pas être systématiquement amené à prendre des décisions favorables à la même catégorie d'opérateurs.

b) Les consommateurs des services de télécommunications

En dehors des opérateurs, le gouvernement est également sensible aux intérêts des groupes formés par les consommateurs de services de télécommunications. Il peut s'agir de certaines entreprises ayant une forte consommation des services de télécommunications ou plus simplement des consommateurs individuels.

Concernant les entreprises, ces dernières ont un fort intérêt à l'introduction de la concurrence et au développement des services avancés de télécommunications. Par exemple, les entreprises ayant une consommation importante de services de télécommunications, comme celles proposant des services commerciaux, financiers ou d'assurance, ont tout intérêt à voir la concurrence se développer pour obtenir une diminution du prix des communications longue distance (Teske, 1991). De même, les

firmes proposant des biens informatiques ou des équipements terminaux doivent préalablement voir se développer les services de télécommunications (haut débit, UMTS...) pour développer leur propre production. Ces firmes, par les pressions exercées sur les gouvernements, ont fortement contribué à déclencher le processus de libéralisation dans les pays européens (Thatcher, 1999). Elles gardent toujours un intérêt à l'intensification de la concurrence et constituent donc un groupe de pression pouvant influencer les décisions des régulateurs.

Les consommateurs individuels de services de télécommunications forment également un groupe de pression pouvant influencer les décisions gouvernementales. Leur regroupement en comités de consommateurs⁸⁰ leur permet d'améliorer l'efficacité de la pression exercée. Ils agissent en faveur d'une diminution des prix et donc d'une introduction rapide de la concurrence dans le secteur tout en revendiquant le maintien des missions de service public.

Le gouvernement, en particulier, se doit de tenir compte de leurs intérêts, non seulement parce qu'ils sont censés être les bénéficiaires du processus de libéralisation, mais également parce qu'il peut perdre leur soutien électoral. A la différence des agences de régulation indépendantes, le gouvernement est sensible aux pressions électorales dans la mesure où la maximisation de ses chances de réélection constitue un objectif prioritaire de son action. Il doit donc s'assurer que le développement de la concurrence ne se fasse pas au détriment d'une majorité de consommateurs.

Même si ces derniers ne font pas nécessairement directement le lien entre l'action gouvernementale et le montant de leur facture téléphonique, ils peuvent le juger, et éventuellement lui retirer leur soutien électoral, sur des considérations plus globales comme la volonté qu'il affiche de libéraliser l'ensemble du secteur public ou, plus généralement encore, son degré d'intervention dans de l'économie. A ce titre, le secteur des télécommunications est à considérer comme l'une des composantes du secteur public, sa libéralisation faisant partie intégrante de la réforme en cours de ce secteur (énergie, poste, retraites...). Le gouvernement doit donc prendre en compte le signal que représente le secteur des télécommunications lors de l'établissement de sa politique

⁸⁰ Tels que l'Association française des utilisateurs du téléphone et des télécommunications (AFUITI), ou encore l'association UFC Que Choisir, particulièrement active dans le secteur des télécommunications français.

générale vis-à-vis du secteur public. Dans les pays à forte tradition interventionniste, il doit notamment s'attacher à défendre les valeurs du service universel pour que la libéralisation du secteur ne paraisse pas impliquer une remise en cause du modèle social national. La question du tarif du service universel ou de l'aménagement du territoire doit alors être au centre de ses préoccupations.

La contrainte électorale permet ainsi de réintroduire les intérêts des consommateurs dans les décisions de régulation. En France, le Ministre chargé des télécommunications est régulièrement intervenu pour limiter la hausse de certains tarifs relevant du service universel ou négocier la couverture du territoire par les réseaux haut débit ou mobiles. Dans ce dernier domaine, on peut par exemple se référer au dispositif permettant la couverture de 1488 communes françaises non encore desservies par un réseau mobile à la fin de l'année 2001. L'État a négocié les investissements réalisés par les sociétés SFR et Orange en échange d'une taxation plus favorable de leurs revenus UMTS⁸¹. Plus récemment, les consommateurs et leurs relations avec les opérateurs ont été au centre d'une table ronde organisée par le ministère de l'industrie qui a abouti à des avancées importantes sur certaines demandes des associations de consommateurs : gratuité du temps d'attente sur les centres d'appel, réduction des délais de résiliation, limitation à douze mois des contrats pour tous les types de prestations⁸²...

Le gouvernement est donc soumis à de multiples intérêts et pressions sur son action dans la libéralisation du marché des télécommunications. Certains groupes souhaitent voir la concurrence se développer pour pouvoir bénéficier des baisses de tarifs et de la création de nouveaux services (les opérateurs alternatifs, les consommateurs de services de télécommunications). D'autres cherchent à ralentir le processus concurrentiel (les dirigeants et syndicats de l'opérateur historique) ou à le modérer (les consommateurs individuels). Le gouvernement doit arbitrer entre ces intérêts divergents en prenant en compte ses propres intérêts, comme la défense d'un champion national.

L'intérêt pour le gouvernement de disposer d'un maximum de pouvoir de régulation est qu'il peut favoriser chacun des groupes de pression même si leurs objectifs paraissent

⁸¹ Voir le communiqué de presse du 30 novembre 2001 du Ministère de l'industrie.

⁸² Voir le communiqué de presse du Ministère de l'industrie du 27/09/2005

antagonistes. La redistribution des bénéfices de la régulation entre les différents groupes d'intérêt permet ainsi au gouvernement de maximiser son utilité (Peltzman, 1976 ; Becker, 1983).

Une fois mises en évidence les pressions que peut subir l'autorité politique, l'objectif est de déterminer quel est leur impact global sur le déroulement du processus concurrentiel. La réponse à cette question est délicate dans la mesure où il est difficile de comparer le niveau de pression de chacun des groupes et donc leur influence nette sur les décisions gouvernementales. Le facteur idéologique peut être un des éléments de réponse à cette question. Un gouvernement menant une politique économique libérale accordera un poids plus important aux intérêts des acteurs souhaitant voir la concurrence se développer, alors qu'un gouvernement menant une politique économique interventionniste sera plus sensible aux intérêts de l'opérateur historique. La prise en compte du mode de propriété de l'opérateur historique peut avoir une double utilité. Tout d'abord, le fait que l'ancien monopole n'ait pas été privatisé peut témoigner de la volonté du gouvernement de ne pas se désengager totalement du secteur des télécommunications et ainsi mettre en lumière l'intérêt qu'il porte à l'ancien monopole. Ensuite, elle peut permettre de mettre en évidence de nouveaux objectifs privés défendus par le gouvernement. Dans la prochaine section, nous complétons notre analyse en intégrant l'impact de la propriété publique sur le processus de libéralisation.

Section 2 – L'impact de la propriété publique sur le processus de libéralisation

Pour comprendre les relations entre le gouvernement et l'opérateur public dans un environnement libéralisé, il est nécessaire de rendre compte de leurs interactions durant la période de monopole. Durant cette période, l'autorité politique, libre de toute contrainte institutionnelle, a montré comment elle pouvait envisager son pouvoir d'action sur les entreprises publiques. Même si notre objectif n'est pas de dresser un bilan du fonctionnement de la propriété publique, un rappel de l'action gouvernementale durant la période de monopole s'avère être un préalable nécessaire pour comprendre l'impact du mode de propriété de l'opérateur sur le processus de libéralisation. Si le gouvernement se voit accorder des missions de régulation alors que l'opérateur public n'a pas été

entièrement privatisé, le risque est de voir perdurer ce type de relations durant la période de libéralisation.

Ce problème n'a pourtant reçu que peu d'attention de la part de la littérature économique, notamment parce que les relations entre le gouvernement et l'opérateur public avaient été largement traitées durant la période de monopole (Laffont et Tirole, 1991-b ; Laffont, 1996, Foster, 1992 ; Foreman-Peck et Millward, 1994 ; Duch, 1991), mais aussi parce que la plupart des opérateurs publics de télécommunications ont vu leur capital s'ouvrir à des investisseurs privés à l'occasion de l'ouverture du marché à la concurrence. Depuis la libéralisation du secteur, de nombreux États restent cependant actionnaires de l'opérateur historique et leurs moyens de contrôle ont évolué, permettant ainsi aux gouvernements d'influencer les décisions des opérateurs.

Il est donc nécessaire d'étudier plus attentivement l'impact de la propriété publique sur les objectifs du gouvernement pour comprendre l'évolution du processus de libéralisation. Ces arguments viennent compléter l'analyse développée ci-dessus pour définir de manière exhaustive les objectifs des autorités politiques en matière de régulation. Afin d'établir un lien entre la notion d'État actionnaire et l'action du gouvernement, précisons qu'en France l'État actionnaire est personnifié, aux termes des lois du 6 janvier 1948 et du 25 juillet 1949, par le Ministre des finances. La loi de 1948 prescrit que « le Ministre des Finances est le seul ordonnateur principal habilité à souscrire, acquérir, aliéner ou gérer les participations de l'État » (art.36).

1 – Étude des relations gouvernement – monopole public et transition vers la concurrence

L'objet de cette sous-section est de rendre compte des relations entre l'opérateur public et l'autorité politique. Nous rappelons comment les pouvoirs de réglementation du monopole ont pu être utilisés pour atteindre des objectifs sans rapport avec le secteur des télécommunications. Nous envisageons ensuite dans quelle mesure l'action réglementaire des autorités européennes sur le mode de propriété des anciens monopoles est susceptible de remettre en cause les relations privilégiées entre ces deux acteurs.

1.1 L'attitude dirigiste de l'autorité politique

Dans la plupart des pays industrialisés, la situation de monopole dans le marché des télécommunications était associée à l'existence d'un opérateur public. L'hypothèse centrale de ce mode d'intervention était que la fixation des prix et des normes de qualité dans l'intérêt public pouvait être plus facilement atteinte par une nationalisation que par l'imposition de règles formelles émises par des autorités externes (Majone, 1996-c). Ce système permettait au gouvernement d'agir directement sur l'offre de services de télécommunications en en fixant lui-même les prix en fonction de sa vision des impératifs du service public, tout en se prémunissant théoriquement de l'opportunisme des dirigeants et des défaillances de l'initiative privée vis-à-vis de l'intérêt général.

Que ce soit dans les secteurs stratégiques de l'énergie, du transport ferroviaire ou des télécommunications, l'État disposait d'instruments lui permettant de mettre en œuvre sa politique industrielle. Il s'est comporté en actionnaire patient en finançant les investissements indispensables au développement des entreprises puis en constituant des « champions nationaux » aptes à faire face à l'ouverture des marchés européens et mondiaux.

Cependant, les aides apportées à l'opérateur n'étaient pas sans contrepartie. Le gouvernement a notamment utilisé l'entreprise publique pour maximiser ses recettes budgétaires et pour accompagner sa politique économique et sociale (Bergougnoux, 2000, Bauby, 2003). L'opérateur historique est alors devenu un des instruments de la politique redistributive du gouvernement. En pratique, les décisions d'investissement et de fixation des prix des services étaient marquées par des considérations politiques et fiscales de court terme, telles que l'inflation, la protection de l'emploi et l'emprunt public (Thatcher, 1997 ; Cohen, 1990).

Le gouvernement a, en premier lieu, fixé les tarifs proposés aux consommateurs-électeurs afin de diminuer les disparités géographiques ainsi que les coûts politiques et sociaux liés à une tarification excessive. Les ménages ont bénéficié de subventions croisées indirectes de la part des entreprises : les charges d'accès et les tarifs des communications locales étaient fixés en deçà des coûts réels et le déficit en résultant était financé par des subventions croisées en provenance des appels longue distance, ces derniers étant davantage supportés par les entreprises que par les ménages (Thatcher, 1999). Le gouvernement a également soutenu les ventes de certains équipements

terminaux à travers les commandes de l'opérateur et recouru à de nombreuses embauches au nom de ce dernier.

Par ailleurs, les profits dégagés par l'opérateur ont largement servi à combler les déficits budgétaires de l'État, le gouvernement n'hésitant pas à venir « puiser dans la caisse transformant ainsi l'entreprise en collecteur d'impôts » (Cohen, 1990) pour maximiser ses propres recettes budgétaires⁸³ ou celles d'autres entreprises publiques. L'exemple le plus flagrant fut l'utilisation de France Télécom pour fournir des fonds à Bull et aux AGF au début des années 90 (Thatcher, 1997). Les décisions concernant les prix, les emplois et l'investissement ont vu une implication étroite de l'exécutif politique, l'état des finances publiques étant le moteur des décisions gouvernementales. Comme le souligne Edmond Alphandéry, ancien Ministre de l'économie, « l'État a des préoccupations budgétaires. Dans certaines périodes telles que celles que nous vivons ou que j'ai vécues alors que j'étais à Bercy, celles-ci ne sont pas sans incidences sur la gestion des entreprises publiques » (Diefenbacher, 2003).

Les responsables politiques ont ainsi outrepassé le simple cadre de leurs missions en utilisant leurs pouvoirs pour remplir des objectifs davantage politiques qu'économiques. Cette intrusion d'objectifs politiques dans les décisions de l'entreprise a cependant été remise en cause par certains analystes et par les dirigeants de l'entreprise. Dès 1967, le rapport Nora⁸⁴ soulignait la nécessité d'autonomie des entreprises publiques et de la clarification des rapports entre entreprises publiques et tutelle étatique. Il s'agissait de se défaire d'une tutelle trop étroite des pouvoirs publics, pouvant aboutir à transformer les entreprises publiques en instruments passifs et peu efficaces de la politique économique et sociale du gouvernement. Progressivement, ces entreprises ont vu croître leur autonomie de gestion, réduisant le pouvoir discrétionnaire que le gouvernement pouvait exercer sur elles.

Cette position a été relayée par leurs dirigeants qui, las de devoir financer des activités sans rapport avec le secteur des télécommunications tout en voyant leurs investissements soumis à la contrainte budgétaire, ont cherché à s'émanciper de la tutelle

⁸³ Les télécommunications étaient alors une administration dotée d'un budget annexe dont les excédents pouvaient être directement versés au budget général de l'État (Maisl, 1996)

⁸⁴ Rapport Nora sur les entreprises publiques, 1967, Paris, La Documentation française.

gouvernementale. Leur expertise technico-économique leur a permis de prendre le pas sur les moyens de contrôle de cette tutelle, ce qui leur a permis de retrouver des marges de manœuvre et d'influer de manière décisive sur les décisions publiques (Cartelier, 2003). Il n'était alors pas surprenant de voir le président de France Télécom tenter d'influencer le directeur général des postes et télécommunications lorsque ce dernier prenait des décisions par trop défavorables à l'opérateur (Lasserre, 2002). Par ce biais, les dirigeants des entreprises publiques ont été amenés à définir eux-mêmes le contenu de l'intérêt national (Bauby, 2003).

Nous avons alors assisté à un rééquilibrage des tarifs de l'opérateur qui se sont rapprochés de la nouvelle structure de coût résultant de l'introduction de nouvelles technologies. Ce rééquilibrage a pu bénéficier aux entreprises au détriment de nombreux clients résidentiels, ce qui n'a pas manqué de mécontenter les électeurs et le gouvernement. En outre, l'intervention politique dans les décisions de l'opérateur a incité ses dirigeants à faire pression, à l'instar des autorités européennes, pour une réforme de l'intervention publique. Ils arguaient que leur manque d'autonomie constituait un obstacle à leur développement face à la concurrence internationale, notamment de la part de British Telecom qui, privatisé de longue date, disposait d'un avantage certain pour entrer sur les marchés européens. En Allemagne, en Italie et en France, ces pressions ont largement contribué à la mise en oeuvre des réformes proposées par la Commission européenne (Thatcher, 1999).

1.2 L'intégration européenne et les entreprises publiques

Les dérives de l'intervention publique dans la gestion des monopoles n'ont pas conduit l'Union européenne à se prononcer sur le mode de propriété des opérateurs durant le processus de libéralisation. Elle fait valoir le principe de neutralité vis-à-vis de ce mode de propriété (article 295 du traité de l'UE), les nationalisations ou privatisations étant considérées comme des choix relevant de la compétence des États membres. Elle distingue la libéralisation des services d'intérêt économique et général du statut des entreprises les assurant.

Outre la volonté souverainiste des États membres, une des raisons pouvant expliquer que la Commission n'intervienne pas dans ce domaine est qu'un mode de gestion plus strict peut être imposé à l'entreprise publique par un marché concurrentiel

aussi bien que par une privatisation. En d'autres termes, que la gestion de l'opérateur soit disciplinée par des intérêts privés ou par la concurrence, l'impact sur le processus de libéralisation sera le même. Le principe de neutralité de la Commission européenne s'accompagne en effet d'un autre principe selon lequel le comportement des entreprises publiques doit être identique à celui des entreprises privées. De même, la collectivité publique « propriétaire » de l'entreprise doit avoir le même comportement qu'un actionnaire traditionnel avisé. Toute contribution des pouvoirs publics à l'entreprise en sa possession est ainsi suspecte d'être une aide d'État, condamnée par le Traité si elle vient fausser le jeu de la concurrence. En quelque sorte, une entreprise peut être publique, à condition d'être identique à une entreprise privée...

Ce second principe pourrait expliquer l'apparente neutralité de la Commission européenne vis-à-vis du mode de propriété de l'opérateur historique. Cette position n'est cependant que partiellement justifiée. S'il est vrai que les gouvernements européens, et ce, que l'opérateur historique ait été privatisé ou non, peuvent avoir des objectifs identiques, les relations entre le pouvoir politique et un opérateur encore nationalisé sont nettement plus partisans que celles établies avec une entreprise privatisée. Le Ministre chargé des télécommunications dispose de suffisamment de pouvoirs discrétionnaires pour poursuivre des objectifs personnels. Le contrôle pesant sur son action est assez faible, puisqu'il n'a aucune obligation de justifier ses décisions, de demander conseil à une quelconque institution ou de publier un rapport annuel. Les seules contraintes pesant sur lui sont celles relatives au contrôle de toute décision gouvernementale, c'est-à-dire le recours juridique des décisions administratives, les questions parlementaires ou plus généralement la responsabilité parlementaire (Thatcher, 1998). Nous reviendrons plus précisément sur ce point dans le chapitre suivant.

Il ne s'agissait pas dans cette sous-section de dresser un bilan du fonctionnement des entreprises publiques et de conclure sur la supériorité d'un mode de propriété sur un autre. Notre objectif était de montrer que l'intervention gouvernementale peut dépasser les limites fixées par le cadre légal régissant la réglementation des monopoles publics. La prise en compte d'objectifs électoraux dans les missions de l'opérateur a en effet contribué à accentuer l'ambiguïté des objectifs poursuivis par ses gestionnaires. Cette

situation peut nous servir de base pour envisager les relations entre le gouvernement et l'opérateur public durant la période de libéralisation.

Avant d'entreprendre cette analyse, notons toutefois que, en dehors du Luxembourg, aucun opérateur de télécommunications n'est entièrement détenu par des capitaux publics depuis le début de la libéralisation du marché. Les États ont été peu à peu amenés à ouvrir le capital de ces opérateurs. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que les gouvernements souhaitent se désengager du secteur des télécommunications puisque ces privatisations partielles ont souvent été guidées par des objectifs budgétaires (l'ouverture du capital de France Télécom en 1997 a permis à l'État français de respecter les contraintes budgétaires fixées par le traité de Maastricht) ou par la nécessité de favoriser les alliances internationales⁸⁵.

2 – Les objectifs privés de l'État actionnaire

En l'absence de contraintes au niveau national ou européen, le cadre des relations entre l'État et l'opérateur public a peu évolué malgré l'ouverture du marché à la concurrence. A l'instar de son comportement durant la période de monopole, le gouvernement peut chercher à utiliser l'opérateur historique pour maximiser ses recettes budgétaires et à le protéger des pressions concurrentielles pour accroître ses marges de manœuvre de politique sectorielle.

2.1 La maximisation des dividendes et de la capitalisation boursière

En tant qu'actionnaire, même non majoritaire, le gouvernement s'intéresse à la santé financière et au développement de l'entreprise. Son objectif est de maximiser les dividendes qu'il est susceptible de toucher ainsi que la valorisation boursière de l'entreprise, s'il projette une nouvelle ouverture du capital.

Les résultats de la gestion des entreprises publiques ont un impact direct sur les finances publiques *via* les dividendes et les opérations en capital et un impact indirect *via*

⁸⁵ Le rachat des opérateurs Orange et Equant par France Télécom aux opérateurs Vodafone et SITA (Société Internationale de Télécommunications Aéronautiques) a été, en partie, financé par le versement d'actions de France Télécom à ces deux sociétés.

la valeur du patrimoine. Les dividendes annuels sont enregistrés dans un compte qui alimente directement le budget de l'État au même titre que les autres recettes non fiscales. Ces recettes liées aux dividendes des entreprises publiques sont substantielles. Selon les années, elles représentent entre 1 et 1,5 milliard d'euros pour l'ensemble des entreprises dont l'État est actionnaire. Pour France Télécom, les dividendes se sont élevés à 743 millions d'euros en 1998, 647 millions d'euros en 1999 et 645 millions d'euros en 2000 ; pour 2001, eu égard aux difficultés financières de l'opérateur historique, l'État a accepté la proposition de France Télécom d'un versement des dividendes en action pour une valeur proche de 600 millions d'euros (Larcher, 2002).

Ces contributions représentent la rémunération du capital dont l'État a doté l'entreprise et suscitent régulièrement des critiques. Le mode de calcul du coût du capital, parfois fixé dans les contrats d'entreprise, est sujet à des inflexions circonstancielles, l'État conservant toujours la tentation de prélever par ce biais, en cas de besoin budgétaire, des ressources supplémentaires (Bauby, 2003). En septembre 2001, l'État a ainsi accru de 1,2 milliard d'euros la contribution due par EDF et GDF, au titre des dividendes, par rapport au montant qui aurait résulté de l'application des règles fixées dans les contrats de groupe signés six mois plus tôt⁸⁶ (Albert, Buisson, 2002).

Pour permettre aux entreprises publiques d'augmenter leurs profits, et donc ses propres dividendes, le gouvernement peut être amené à utiliser ses pouvoirs de réglementation ou de régulation pour placer l'entreprise dans un contexte favorable. Ce fut par exemple le cas lorsque le Ministre chargé des télécommunications a homologué en septembre 2000 une augmentation du prix de l'abonnement demandée par France Télécom en novembre 1999. Cette homologation était pourtant suspendue depuis près d'un an suite à l'avis défavorable émis par l'ART. Il est difficile de ne pas faire le rapprochement entre cette décision favorable à France Télécom et les difficultés financières que pouvait rencontrer l'opérateur touché par la crise du secteur des télécommunications durant cette période. L'annonce de l'augmentation du prix de l'abonnement s'est d'ailleurs accompagnée d'une hausse du cours de l'action (+2,04%) dans un contexte boursier pourtant défavorable.

⁸⁶ On pourrait aussi évoquer la soulte versée pour le paiement des pensions des agents de France Télécom. Dans le cadre du passage au système de contribution libératoire, la loi du 2 juillet 1990 modifiée a imposé à France Télécom de verser une contribution forfaitaire exceptionnelle de 5,72 milliards d'euros à l'État en 1997.

Concernant la valorisation de son patrimoine, le gouvernement peut également espérer une importante manne financière. Le total net des recettes de cessions d'actifs publics de 1986 à 2002 s'est élevé à 59 milliards d'euros (Albert, Buisson, 2002), dont plus de 12 milliards d'euros pour l'ouverture du capital de France Télécom (Larcher, 2002). Ces recettes ont été majoritairement consacrées à la dotation des entreprises publiques (33,5 milliards d'euros), mais elles ont également contribué à financer les dépenses courantes (plus de 12 milliards d'euros pendant la crise du début des années 90) et le désendettement de l'État (près de 9 milliards d'euros, principalement de 1986 à 1988) (Albert, Buisson, 2002).

Le cours de l'action de l'opérateur est un élément déterminant pour décider de la poursuite de l'ouverture du capital. Le gouvernement est particulièrement attentif aux soubresauts des cours boursiers qui sur-réagissent parfois aux annonces des résultats semestriels ou des mouvements inhérents à la vie de l'entreprise (Lasserre, 1997). L'État français a ainsi vu ses actifs augmenter de 30 milliards d'euros le 3 mars 2000 lorsque le cours de l'action France Télécom a progressé de 25% suite à l'annonce par son président d'une éventuelle mise sur le marché de ses activités Internet (Le Monde daté du 4 mars 2000).

Face à l'ampleur des sommes en jeu, le risque est de voir le gouvernement utiliser ses pouvoirs de régulation pour défendre « son » entreprise face aux pressions concurrentielles et créer ainsi des conditions favorables à une augmentation des cours boursiers. Bien évidemment, les pouvoirs de régulation ou d'actionnaire du gouvernement ne peuvent lui permettre de contrôler le cours de l'action de l'opérateur. Cependant, même en influençant légèrement le cours des actions, les retombées financières peuvent être conséquentes. En mars 2000, lorsque le cours de l'action de France Télécom était à son plus haut niveau, une augmentation du cours de 1% entraînait une plus value de 1,2 milliards d'euros pour l'État.

2.2 L'utilisation de l'opérateur historique comme levier de politique économique

Les intérêts du gouvernement dans le secteur des télécommunications ne se limitent pas à protéger l'entreprise publique pour accroître ses ressources budgétaires. Comme nous l'avons souligné dans la section précédente, le gouvernement peut également

souhaiter conserver un certain contrôle sur le développement du secteur. La propriété publique est un instrument qui peut permettre au gouvernement d'atteindre plus facilement cet objectif.

a) L'impact de la gestion des entreprises publiques sur l'économie réelle.

Un des objectifs du gouvernement est de contrôler le développement du secteur des télécommunications, notamment pour pouvoir bénéficier de son impact positif sur l'économie réelle. La propriété publique peut être considérée comme un instrument permettant au gouvernement d'atteindre plus facilement cet objectif dans la mesure où elle permet d'imposer à l'opérateur de prendre en compte ses orientations économiques générales.

Dans cette perspective, les relations entre l'État et France Télécom sont à comprendre dans un ensemble plus global qu'est celui des entreprises publiques. En effet, l'État français est présent dans de nombreux secteurs (transports, énergie, postes et télécommunications...) et sa stratégie industrielle est d'autant plus efficace qu'elle s'applique uniformément dans chacun de ces secteurs. En d'autres termes, il est nécessaire d'aborder la notion d'État actionnaire dans un contexte général, et pas seulement dans le secteur des télécommunications, pour appréhender les liens entre l'État et les entreprises publiques dans un environnement libéralisé. A l'instar des autres entreprises publiques, France Télécom peut ainsi contribuer, aux côtés de l'État, à pallier les fluctuations conjoncturelles. Elle est susceptible d'influencer l'évolution de la demande et des prix grâce à ses investissements, sa masse salariale et ses tarifs.

A long terme, les entreprises publiques peuvent amplifier l'effet des politiques structurelles menées par le gouvernement, en servant de relais concrets à ses décisions, notamment en matière de restructurations sectorielles, d'aménagement du territoire, de maîtrise technologique ou d'évolutions sociales (Barel et alii, 1997). Par exemple, quand l'ancien Premier ministre français, L. Jospin, souhaitait faire entrer la France dans la « société de l'information »⁸⁷, il disposait avec l'opérateur historique d'un support idéal pour mener cette politique. La présence de France Télécom dans six pôles de compétitivité, sélectionnés par le premier Ministre Dominique De Villepin en juillet 2005,

⁸⁷ Programme d'action gouvernemental, lancé en 1998, visant notamment à favoriser la diffusion des nouvelles technologies de l'information dans l'enseignement, l'administration publique ou les entreprises.

témoigne également de l'implication de l'opérateur dans la politique industrielle du gouvernement. L'opérateur historique est en effet l'entreprise la plus souvent représentée, avec Thalès, alors que les autres opérateurs de télécommunications ne participent pas à ce projet.

Pour pouvoir utiliser l'opérateur public comme un instrument dans la mise en œuvre de la politique publique, il est préférable que les pressions concurrentielles s'exerçant sur l'opérateur soient réduites. Comme le souligne le rapport sur la gestion des entreprises publiques (Diefenbacher, 2003), le développement de la concurrence a entraîné une modification en profondeur des relations entre l'État et les entreprises publiques afin de leur permettre d'acquiescer une « réelle autonomie de gestion » en matière de salaires, de tarifs ou d'investissements. Pour conserver certaines marges de manœuvre lui permettant d'orienter les investissements de l'opérateur public en accord avec sa stratégie électorale, le gouvernement doit donc chercher à diminuer les pressions concurrentielles s'exerçant sur cet opérateur. La conséquence pour l'opérateur historique n'est cependant que dans le cas de la maximisation des dividendes puisque ce dernier sera ensuite engagé dans des activités sans rapport avec la maximisation de son profit.

b) Les moyens de contrôle de l'État actionnaire

La propriété publique ne fait pas qu'influencer les objectifs poursuivis par le gouvernement ; elle lui confère également un moyen de contrôle supplémentaire sur le processus de libéralisation du secteur. Elle lui permet d'influer sur les décisions stratégiques de l'opérateur malgré l'ouverture de son capital et la libéralisation du marché.

La première prérogative de l'État (et donc du gouvernement) sur l'entreprise publique est celle de la nomination de ses dirigeants, notamment celle du président directeur général et de certains membres du conseil d'administration. Le nombre d'administrateurs représentant l'État dépend de la part de capital détenue par ce dernier. Ainsi, au sein du conseil d'administration de France Télécom, outre le président de l'opérateur, on pouvait recenser 7 administrateurs de l'État en 2003 (sur 21), 5 en 2004 (sur 15) puis 4 en 2005 (sur 16). Cette représentation de l'État au Conseil d'administration joue un rôle particulièrement important car c'est en son sein que sont prises « l'ensemble

des décisions relatives aux grandes orientations stratégiques, économiques, sociales, financières ou technologiques de la société »⁸⁸.

Dans les grandes entreprises publiques, un ou plusieurs autres représentants de l'État peuvent également y siéger. Au sein de France Télécom, les statuts de l'entreprise prévoient la présence de deux censeurs au conseil d'administration. Il s'agit de commissaires du gouvernement qui ont pour mission de relayer les objectifs de la politique sectorielle du pouvoir exécutif. Comme le souligne le récent rapport sur la gestion des entreprises publiques (Diefenbacher, 2003), ces derniers ne disposent pas de statut réglementairement défini mais siègent au conseil d'administration, avec voix consultative, et peuvent se faire communiquer tous documents et procéder à toutes vérifications, demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour d'une réunion du conseil et, dans certains cas, une seconde délibération.

Les conséquences de cette participation publique dans le processus décisionnel de l'opérateur ne sont pas aussi évidentes qu'il peut y paraître quant au contrôle effectif de l'opérateur par les autorités politiques.

Certes, elle permet au gouvernement de disposer d'un instrument de contrôle sur la gestion de l'entreprise publique. La nomination des dirigeants étant à la discrétion du gouvernement ou du Président de la République⁸⁹, elle est généralement réalisée en fonction d'affinités politiques. Il est alors plus facile pour les autorités politiques d'interférer sur les décisions de l'opérateur en faisant transiter leurs positions par des dirigeants qu'ils ont eux-mêmes nommés.

Pour autant, la multiplicité des représentants de l'État et les conditions de leur nomination ne les préparent pas véritablement à faire la nécessaire synthèse entre l'intérêt social de l'entreprise et les différents objectifs poursuivis par l'État ou le gouvernement. En effet, ces représentants sont essentiellement des fonctionnaires issus de ministères différents dont la nomination, comme le relevait Marcel Roulet⁹⁰, semble correspondre

⁸⁸ Article 1 du règlement intérieur du conseil d'administration de France Télécom (www.francetelecom.com).

⁸⁹ Le seul impératif à respecter étant l'indépendance des nominés vis-à-vis de l'entreprise. Notamment, l'intéressé ne peut pas exercer de fonctions dans l'entreprise lorsque, durant les cinq dernières années, il a été chargé soit de surveiller soit de contrôler l'entreprise en question, soit de passer avec elle des marchés ou des contrats ou de donner un avis sur ces derniers

⁹⁰ Rapport sur la représentation de l'État actionnaire remis au ministre des finances, M. Marcel Roulet (1999), ancien président de France Télécom et de Thomson, cité par Diefenbacher (2003).

davantage à une succession de décisions individuelles qu'à une réelle stratégie d'ensemble. Cette situation n'a pas évolué significativement depuis lors. Se trouvent ainsi représentés d'une manière segmentée les intérêts divers et parfois contradictoires de l'État – intérêts patrimoniaux, budgétaires et sectoriels.

Le constat dressé par Élie Cohen, ancien administrateur de France Télécom, confirme les manquements mis en évidence par M. Roulet : « des représentants de l'État, délégués ou directeurs d'administration centrale, viennent là, non pour promouvoir l'intérêt social de l'entreprise, mais pour défendre le point de vue de chacun de leur ministère [...]. Le directeur du Budget vient défendre les intérêts du Budget, le directeur du Trésor, les intérêts du Trésor. Personne au fond n'a en vue l'intérêt général » (Diefenbacher, 2003). Cette organisation insuffisante entre les différents représentants de l'État et le manque d'instructions de la part du gouvernement les amènent (en dehors du représentant de la direction du Trésor) à peu s'exprimer durant les conseils d'administration, diluant ainsi l'influence des différents organes ministériels dans les décisions de l'opérateur.

Cette situation n'implique cependant pas nécessairement une diminution du biais politique dans le processus décisionnel de l'opérateur. Comme le souligne le rapport sur la gestion des entreprises publiques (Diefenbacher, 2003), il semble que, faute d'instructions de la part des différents ministères, les représentants de l'État soutiennent alors le président de France Télécom qui bénéficie de la légitimité d'une nomination en Conseil des ministres et de l'agrément du Premier ministre dans sa prise de décision. Ce dernier peut ainsi veiller à ce que les entreprises publiques prennent en compte les orientations macroéconomiques qu'il définit, qu'il s'agisse de l'emploi, des relations sociales, de la stratégie industrielle, du développement durable ou de l'aménagement du territoire. La diminution du nombre de représentants de l'État suite à l'ouverture du capital n'a alors qu'une incidence relative tant que le gouvernement dispose du pouvoir de nomination du président de l'opérateur.

Cette section nous a permis de mettre en évidence les objectifs spécifiques poursuivis par l'État actionnaire. Il apparaît que le mode de propriété publique influence sans équivoque l'action du gouvernement en le poussant à protéger l'opérateur historique

des pressions concurrentielles afin de maximiser ses recettes budgétaires et d'utiliser l'opérateur historique comme levier de sa politique économique.

Conclusion du chapitre 3

L'objectif de ce chapitre était de déterminer quels acteurs sont susceptibles de bénéficier des pouvoirs de régulation du gouvernement. En envisageant les différentes facettes des objectifs privés des autorités politiques, nous avons montré que, pour atteindre ces objectifs, le régulateur politique était amené à protéger l'opérateur historique des pressions concurrentielles.

Nous avons rendu compte des différentes pressions et des intérêts qui pouvaient le lier aux acteurs du marché.

Nous avons montré qu'en tant qu'actionnaire de l'entreprise, le gouvernement poursuit des objectifs spécifiques qui peuvent l'amener à renforcer la position de l'opérateur sur le marché. Un opérateur puissant lui permet de disposer d'un levier pour développer sa politique industrielle et de dégager d'importantes recettes liées aux dividendes ou à la vente de ses actions. Comme nous l'avons vu, ces deux objectifs ne sont pas pour autant les seuls intérêts de l'État actionnaire. Ils peuvent être renforcés par la volonté du gouvernement de protéger un champion national, parfois au détriment de la concurrence nationale ou européenne.

La prise en compte des multiples acteurs intervenant dans le secteur vient toutefois atténuer les relations entre pouvoirs publics et opérateur historique. Le gouvernement, pour maximiser ses chances de réélection et les contributions à ses futures campagnes électorales, doit arbitrer entre de nombreux intérêts divergents. Parallèlement à la défense de l'opérateur historique, il doit satisfaire certains groupes de pression qui souhaitent voir la concurrence se développer rapidement dans le secteur. Pour cela, il doit conserver le maximum de pouvoirs de régulation afin de s'assurer du soutien économique des opérateurs alternatifs et du soutien électoral des consommateurs. Certains de ces objectifs sont néanmoins antinomiques. Aussi, après avoir analysé les objectifs des agences de régulation, nous mettrons en évidence les interactions ayant eu lieu entre le Ministre

chargé des télécommunications et l'ART lors de la mise en œuvre du contrôle tarifaire, pour déterminer lequel de ces objectifs est privilégié par le gouvernement.

Chapitre IV

COMPORTEMENTS STRATÉGIQUES ET CONTRÔLE DE L'AGENCE DE RÉGULATION

La création d'autorités de régulation indépendantes constitue une innovation dans les paysages institutionnels nationaux des pays de l'Union Européenne. Disposant à la fois du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, ces autorités cumulent des fonctions jamais réunies au sein d'une seule institution. Elles ont reçu pour principale mission de mettre en œuvre les règles à même de créer des conditions favorables à l'émergence de la concurrence. Elles sont pour cela amenées à protéger les opérateurs alternatifs des comportements anti-concurrentiels de l'opérateur historique.

Certaines théories mettent cependant en avant le risque de capture du régulateur par les entreprises régulées, modifiant ainsi les objectifs poursuivis par ce dernier (Stigler, 1971 ; Peltzman, 1976 ; Spiller, 1990 ; Martimort, 1999). Le poids accordé aux bénéficiaires des entités régulées augmente alors au détriment de la maximisation du bien-être social. Cependant, le cadre théorique utilisé pour rendre compte de la capture des régulateurs sectoriels est celui de la réglementation des monopoles naturels. Dans ce cadre, l'unique firme régulée est le monopole et c'est nécessairement elle qui parvient à influencer les décisions du régulateur.

La libéralisation du marché introduit de nouveaux opérateurs dans l'analyse ; il est alors nécessaire d'identifier la catégorie d'opérateurs (opérateur historique ou opérateurs alternatifs) qui parvient à influencer les décisions de l'agence de régulation⁹¹. Toutefois, sans avoir l'expertise suffisante pour analyser chaque décision de l'agence de régulation, il est difficile de déterminer si une décision particulière a été prise sous l'influence de

⁹¹ Comme le soulignent G. Marcou et F. Moderne (2005), « la représentation des consommateurs est le maillon faible de tous les dispositifs de régulation ». Leurs moyens pour influencer les décisions de l'agence de régulation (financiers ou organisationnels) sont moins efficaces que ceux dont disposent les opérateurs. C'est pourquoi, nous centrerons notre analyse des comportements stratégiques de l'Autorité sur sa capture par les intérêts privés.

certains opérateurs ou compte tenu de l'intérêt général et des conditions particulières du marché.

Pour traiter cette question, notre approche est principalement théorique. Nous montrons que le processus de régulation du marché des télécommunications réunit les conditions propices à la capture de l'agence de régulation (section 1). Nous soulignons alors que l'agence de régulation peut être plus sensible aux intérêts des opérateurs alternatifs qu'à ceux de l'ancien monopole. Nous avançons également que l'objectif de maximisation de la sphère de compétence de l'agence peut l'amener à faire perdurer certaines contraintes pesant sur l'opérateur historique. En effet, lorsque la concurrence sur le marché sera suffisamment développée, les agences de régulation sectorielles doivent voir leurs compétences diminuer, puis disparaître, au profit des autorités générales de la concurrence. Cette prévision peut les amener aujourd'hui à chercher à justifier leurs attributions en continuant à réguler des segments de marché qui pourraient s'autoréguler.

Dans une seconde section, nous identifions les instruments pouvant permettre au régulateur d'atteindre ses objectifs privés. En effet, le cadre législatif préconise lui-même une régulation asymétrique des firmes régulées, imposant à l'opérateur historique de nombreuses contraintes dont les opérateurs alternatifs sont exempts. L'agence de régulation dispose également d'une autonomie lui conférant certains pouvoirs discrétionnaires qu'elle peut utiliser pour atteindre ses objectifs personnels. Nous montrons que l'utilisation de ces pouvoirs discrétionnaires est rendue possible par les défaillances du contrôle hiérarchique s'exerçant sur l'Autorité.

Nous appuyons notre argumentation en apportant un certain nombre d'exemples. Ces exemples permettent de former un « faisceau d'indices » allant dans le sens de notre proposition théorique soutenant que l'agence de régulation est influencée par les opérateurs alternatifs.

Section 1 – Les objectifs privés de l'agence de régulation

Depuis l'article de Stigler (1971), les théories avançant que les législateurs ou les régulateurs cherchent à maximiser une fonction d'utilité collective (« *public interest theory* »)

n'ont plus réellement cours. L'accent est désormais mis sur les objectifs privés que défendent les agences de régulation. Pour déterminer ces objectifs privés, nous nous référerons à la théorie de la capture des régulateurs (« *interest group theory* » ou « *capture theory* ») ainsi qu'à la théorie de la bureaucratie de Niskanen (1971).

La première s'intéresse aux influences que rencontre l'agence de régulation lorsqu'elle prend ses décisions. Les différentes théories sur le comportement des régulateurs suggèrent que ces décisions sont influencées par les autorités publiques (le Parlement, le Président ou les cours de justice), les intérêts privés des firmes ou les réactions des consommateurs. En pratique, le régulateur est donc soumis à de multiples pressions entre lesquels il doit arbitrer. Certaines théories mettent l'accent sur une capture du régulateur par le Parlement (« *Congressional dominance* ») (Weingast et Moran, 1983) ou sur l'indépendance du régulateur qui, du fait de son expertise, échappe au contrôle parlementaire et dispose ainsi d'une autonomie lui permettant de défendre ses objectifs privés (« *bureaucratic autonomy* ») (Moe, 1985). Notre étude se place dans ce second cas. En effet, la spécificité de la régulation sectorielle est d'être mise en œuvre par des autorités indépendantes qui sont théoriquement à l'abri de l'influence politique, permettant d'exclure pour l'instant l'approche accordant une place prépondérante à l'influence parlementaire. Nous examinons donc les pressions émanant des opérateurs et des consommateurs pour expliquer la capture de l'agence de régulation.

Le comportement des agences de régulation est également influencé par la perspective de voir leurs prérogatives diminuer au fur et à mesure que la concurrence se développera dans le secteur. En nous référant à la théorie de la bureaucratie (Niskanen, 1971), nous montrons que les agences de régulation sont incitées à accroître le périmètre de leurs compétences et la taille de leur administration. Cet objectif, outre les problèmes d'efficacité qu'il peut engendrer, est susceptible d'affecter l'efficacité du processus de régulation dans la mesure où l'augmentation des contraintes réglementaires pesant sur l'opérateur puissant peut aller à l'encontre du développement d'un marché concurrentiel.

1 – L'influence des opérateurs sur les décisions de l'agence de régulation

L'indépendance des régulateurs vis-à-vis des entreprises régulées est nécessaire au bon fonctionnement du processus de régulation. Pour s'assurer de cette indépendance,

certaines mesures ont été définies par les législations nationales, par exemple en interdisant la reconversion professionnelle des membres de l'agence de régulation dans les firmes du secteur régulé. Cependant, cette indépendance, affichée officiellement comme principe, n'est pas réalisable en pratique pour le régulateur, notamment parce que l'implication des entreprises régulées est indispensable au bon accomplissement de ses missions.

Les auteurs s'étant intéressés au phénomène de la capture des institutions par les entreprises régulées ont principalement développé leur théorie dans le cadre de la réglementation des secteurs monopolistiques où, par définition, une seule entreprise était régulée (Laffont et Tirole, 1993). La régulation des industries de réseau propose un nouveau cadre aux théories de la capture du régulateur. En effet, deux types d'entreprises sont susceptibles d'influencer ses décisions : l'ancien monopole et les opérateurs alternatifs. Ces deux groupes ayant des intérêts opposés, il lui sera impossible de prendre des décisions favorisant simultanément chacun d'entre eux. En d'autres termes, lorsque l'agence de régulation doit prendre une décision, elle peut être influencée soit par l'ancien monopole soit par les opérateurs alternatifs.

A la différence des autorités politiques qui détiennent une partie du capital de l'ancien monopole, l'agence de régulation n'est liée institutionnellement à aucune des entreprises régulées. Il est donc difficile de déterminer *a priori* la catégorie d'opérateurs qui a le plus d'influence sur ses décisions. Les auteurs s'étant intéressés à la capture ont généralement repris les analyses menées durant la période de monopole et n'ont pas cherché à identifier la catégorie d'opérateurs qui parvient à influencer les décisions de l'agence ; ils supposent généralement que cette dernière est capturée par l'ancien monopole (Laffont et Tirole, 2000 ; Perrot, 2003 ; Baur, 2005) ou envisagent cette capture en termes généraux sans relever l'existence d'opérateurs poursuivant des objectifs opposés (Thatcher, 2002 ; Gehring, 2004). Pour identifier la catégorie d'opérateurs qui parvient à influencer les décisions de l'agence, il est alors nécessaire de mobiliser les instruments théoriques à notre disposition.

Laffont et Tirole (1993) présentent un certain nombre de moyens dont disposent les entreprises régulées pour influencer le régulateur : les transferts monétaires, les emplois réservés, les relations personnelles entre les deux parties, la critique publique des

décisions rendues et les transferts effectués vers certains élus « haut placés » pour qu'ils influencent à leur tour les décisions du régulateur.

A partir de ces cinq éléments, nous allons, d'une part, chercher à montrer que la régulation sectorielle est un terrain propice à la capture de l'agence de régulation. D'autre part, nous allons chercher à déterminer la catégorie d'opérateurs qui peut utiliser le plus efficacement ces moyens et qui parvient ainsi à influencer les décisions de l'agence de régulation. Pour appuyer notre démarche, et lorsque ces éléments théoriques ne nous permettent pas d'identifier clairement la catégorie d'opérateurs qui parvient à influencer les décisions de l'agence, nous faisons intervenir certains exemples empiriques.

1.1 Les transferts de richesse vers l'agence de régulation

Pour rendre compte des transferts pouvant s'opérer entre les opérateurs et l'agence de régulation, nous allons étudier la source de ces transferts avant de nous interroger sur la forme qu'ils peuvent prendre.

a) L'origine des transferts

Dans la régulation des industries de réseau, la capture est rendue possible par les rentes informationnelles dont peuvent bénéficier les entreprises régulées et qu'elles peuvent ensuite redistribuer au régulateur, sous forme de transferts monétaires ou d'emplois réservés pour les membres de l'agence, en échange de décisions favorables. Par exemple, dans le cadre d'une régulation *price cap*, si le régulateur observe de faibles coûts de production pour l'opérateur⁹², il doit être amené à fixer des prix plafonds peu élevés⁹³, afin de contenir la rente de l'opérateur.

La distorsion se produit si la firme incite le régulateur à ne pas dévoiler l'information qu'il a acquise sur ses coûts, en lui versant une partie de la rente qu'elle obtient grâce à des prix plafonds élevés. De même, dans le cadre de contrat de remboursement des coûts (*cost-plus*), le régulateur peut être incité à déclarer des coûts plus élevés que ses observations, si la firme lui propose une compensation en échange de sa complaisance.

⁹² Ces coûts de production correspondent dans ce cas au développement et à la maintenance du réseau de l'opérateur historique.

⁹³ Les prix correspondent dans ce cas aux tarifs d'accès au réseau.

Ces mécanismes de capture, élaborés pour décrire les relations entre les monopoles naturels et leur tutelle, ont été transposés au cadre de la régulation des infrastructures essentielles durant le processus de libéralisation (Laffont et Tirole, 2000). Cette transposition en l'état est cependant imparfaite dans la mesure où elle ne tient pas compte des nouveaux acteurs opérant sur le marché des télécommunications et notamment des opérateurs alternatifs.

Si l'opérateur historique peut utiliser sa rente pour rémunérer un régulateur qui rendrait une décision qui lui est favorable, il est tout à fait envisageable que les opérateurs alternatifs puissent agir de la même manière. Reprenons l'exemple des plafonds de prix pour les infrastructures essentielles : si le régulateur observe des coûts de production élevés pour l'opérateur historique mais qu'il fixe un plafond de prix d'accès au réseau peu élevé, cela permet aux nouveaux entrants de bénéficier d'une rente qu'ils peuvent à leur tour utiliser pour rémunérer le régulateur pour une telle décision favorable.

La prise en compte des opérateurs alternatifs induit une symétrie dans le mécanisme de capture et ne permet donc pas d'affirmer que l'agence de régulation est nécessairement influencée par l'opérateur historique.

b) La forme des transferts

Pour répondre plus précisément à la question de la capture du régulateur, il est nécessaire de déterminer comment la rente obtenue par les opérateurs peut se transformer en instrument de rémunération du régulateur.

La rente perçue par les opérateurs est clairement de forme monétaire dans la mesure où elle induit une sur-tarification ou une sous-tarification des infrastructures essentielles, selon que l'agence de régulation soit capturée par l'opérateur historique ou les opérateurs alternatifs.

La contrepartie versée au régulateur peut cependant prendre différentes formes. Les opérateurs peuvent ainsi proposer des pots-de-vin sous forme monétaire, des avantages en nature (matériel de télécommunications, repas d'affaire, voyages...) ou des emplois réservés pour les membres de l'agence. La corruption sous forme monétaire est cependant assez théorique et il est peu probable, du fait de son caractère illégal, que les membres d'une agence de régulation acceptent une somme d'argent, ni même que les

entreprises en proposant (Laffont et Tirole, 1993). En revanche, le fait de pouvoir disposer d'un emploi rémunérateur dans une des entreprises régulées peut inciter les personnels de l'agence à prendre des décisions en faveur de ces entreprises. Ce risque de capture des membres de l'Autorité est d'autant plus important dans une institution qui favorise la mobilité de son personnel et « dans laquelle il n'est ni possible, ni souhaitable d'envisager un déroulement de carrière complet » (ART, 1999). Il est alors probable de voir ses membres migrer vers un opérateur à la fin de leurs contrats afin de valoriser leurs compétences sectorielles.

A la différence d'autres pays industrialisés (États-Unis, Royaume-Uni), la France n'interdit pas la reconversion des personnels de l'agence de régulation dans les entreprises régulées. Au plus, la loi de réglementation des télécommunications de 1996 interdit aux membres du collège de l'ART d'exercer, simultanément à leur mandat, une activité professionnelle ou de détenir de manière directe ou indirecte des intérêts dans une entreprise du secteur des télécommunications, de l'audiovisuel ou de l'informatique (article L36-2 du Code des Postes et Télécommunications). Rien n'est dit sur la reconversion professionnelle, qu'il s'agisse des membres du collège ou du personnel de l'agence. Ces derniers sont uniquement soumis aux règles encadrant le départ vers le secteur privé des agents publics⁹⁴. Ces règles consistent principalement en un examen déontologique s'ils souhaitent poursuivre leur carrière dans une entreprise du secteur des communications électroniques. Cependant, pour ne pas décourager les candidats potentiels, les commissions de déontologie s'efforcent d'assurer la bonne application de la loi « sans esprit taton » (Conseil d'État, 2001) et permettent presque automatiquement aux membres de l'Autorité de rejoindre les entreprises régulées. L'exemple de Dominique Roux, à notre connaissance seul membre du collège de l'ART à avoir rejoint les effectifs d'un opérateur, semble confirmer les liens existant entre l'Autorité et les opérateurs alternatifs. Un an après la fin de son mandat à l'ART, ce dernier a rejoint le conseil d'administration de la société Iliad (Free) en 2006.

⁹⁴ Ces règles sont issues du code pénal (article 432-13 sur la prise illégale d'intérêt) et du statut général de la fonction publique (article 72 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 et décret n°91-109 du 17 janvier 1991 pour la fonction publique d'État).

Les formes que peut prendre la rémunération de l'agence de régulation ne nous renseigne pas sur l'identification des groupes qui parviennent à influencer ses décisions. En effet, il est tout aussi possible pour l'opérateur historique que pour les opérateurs alternatifs de proposer un pot-de-vin ou une reconversion professionnelle aux membres de l'agence.

Parmi les opérateurs alternatifs, nous pouvons cependant distinguer les « petits » opérateurs des « grands » opérateurs, c'est-à-dire ceux qui disposent d'un chiffre d'affaires et d'un nombre d'employés suffisamment importants pour pouvoir opérer un transfert de richesse vers les membres de l'agence.

Parmi les « grands » opérateurs, on retrouve généralement les opérateurs grand public tels que Cegetel (chiffre d'affaires de 1,3 milliards d'euros en 2003), SFR (CA de 6,7 milliards d'euros en 2003), 9 Cégétel (CA de 2,58 milliards d'euros en 2004), Bouygues Télécom (CA de 3,3 milliards d'euros et 7000 employés en 2003), ou les filiales françaises des opérateurs historiques européens (British Telecom, Deutsche Telecom, Telecom Italia). Parmi les « petits » opérateurs, on retrouve les opérateurs spécialisés dans la vente de services aux entreprises ou les opérateurs régionaux tels que Completel (CA de 125 millions d'euros en 2003), Hub Télécom (CA de 67 millions d'euros en 2004 et effectif de 250 personnes), Outremer Télécom (CA de 68 millions d'euros en 2004 et effectif de 380 salariés en 2005), XTS Télécom (CA de 13,8 millions d'euros et 45 salariés en 2003)⁹⁵.

L'essentiel des parts de marché et du chiffre d'affaires du secteur étant partagé entre France Télécom et les « grands » opérateurs alternatifs, le jeu concurrentiel, et donc l'influence exercée sur l'agence de régulation, s'opère entre des concurrents ayant des moyens financiers suffisants pour opérer un transfert de richesse vers les membres de l'agence. L'argument relatif au transfert de richesses vers le régulateur ne nous permet donc pas de déterminer quelle catégorie d'opérateurs parvient à influencer ses décisions. Nous allons donc étudier les autres éléments théoriques proposés par Laffont et Tirole.

⁹⁵ Source : www.aforstelecom.fr ou les sites internet des opérateurs concernés.

1.2 Les relations entre l'agence de régulation et les entreprises régulées

Outre les transferts proposés au régulateur par les firmes régulées, Laffont et Tirole (1993) suggèrent que les relations personnelles entre ces acteurs peuvent également influencer le régulateur dans sa prise de décision. Le terme de « relations personnelles » contient cependant une dimension subjective difficile à évaluer de l'extérieur. D'une part, il sous-entend une relation presque amicale ou tout du moins exempte de conflits entre les deux parties. D'autre part, il peut faire référence au lobbying exercé par les opérateurs sur l'agence de régulation dans la mesure où l'attitude des opérateurs est nécessairement empreinte d'un aspect pragmatique qui vise au final à convaincre l'agence de régulation de prendre des décisions en leur faveur.

Pour tenter d'apprécier ces relations personnelles, nous allons alors nous référer à différents critères : la fréquence des relations entre l'agence de régulation et les firmes, la qualité ou la nature de ces relations et enfin la manière dont les firmes sont organisées pour exercer leur lobbying auprès du régulateur.

a) La fréquence des contacts

La fréquence des contacts entre un décideur public et des entités régulées est un indicateur de l'influence que peuvent avoir les intérêts privés sur la prise de décision publique. Qu'il s'agisse de contacts écrits (Schneider et Naumann, 1982) ou de rencontres formelles (Zeigler et Baer, 1969) et informelles (Figueiredo et Tiller, 2001), la fréquence des relations permet aux groupes d'intérêt d'obtenir plus facilement des décisions favorables. En ce sens, la régulation sectorielle, davantage que la régulation générale de la concurrence, est un domaine propice à la capture des décideurs publics.

La mise en œuvre de la régulation nécessite que le régulateur dispose d'un maximum d'informations comptables, financières ou commerciales sur les firmes avant de prendre ses décisions. Il se doit d'entretenir avec chaque opérateur des relations étroites afin d'obtenir plus facilement des informations fiables. Ces informations peuvent permettre aux opérateurs de modifier la perception de l'intérêt public du régulateur ; il aura tendance à identifier cet intérêt public à celui des firmes qu'il régule (Kahn, 1971), altérant le processus de régulation. Le degré croissant d'interdépendance entre les responsables de la régulation et les opérateurs tend ainsi à renforcer le risque de capture de l'agence de régulation (OCDE, 1999-a).

La régularité des relations entre les entreprises régulées et le régulateur permet en outre à ce dernier d'être doté d'une connaissance technique approfondie qui accroît le risque de capture. En effet, l'expertise technique des membres de l'agence leur permet d'être des employés ou des lobbyistes particulièrement précieux pour les firmes régulées. Ces arguments amènent à penser que les organismes de régulation sectorielle sont davantage exposés à la capture que les organismes à compétence générale telles que les autorités générales de la concurrence (Miller, Shughart et Tollison, 1984 ; Neven, Nuttall et Seabright, 1993 ; OCDE, 1999-a). La question est alors de déterminer quels sont les opérateurs qui entretiennent les relations les plus régulières avec l'agence de régulation et qui peuvent ainsi parvenir à la capturer.

Structurellement, l'opérateur historique a davantage de contacts avec l'agence de régulation que les nouveaux entrants dans la mesure où, en tant qu'opérateur puissant, il est soumis à de nombreux contrôles dont les opérateurs alternatifs sont dispensés. Il est en relation constante avec le régulateur lorsqu'il s'agit de soumettre une nouvelle offre de détail, le catalogue d'interconnexion ou les estimations du coût du service universel. Ces procédures réclament un échange d'informations récurrent entre les deux parties, ce qui peut permettre de renforcer leurs liens.

Au niveau empirique, nous pouvons cependant observer que les opérateurs alternatifs ne sont pas exclus du processus de décision. L'ancien président de l'ART, J.M. Hubert, souligne l'importance d'intégrer ces derniers au processus consultatif lorsqu'il déclare que « l'implication des acteurs du secteur est pour l'Autorité un élément essentiel de sa méthode de travail, qui s'avère encore plus nécessaire sur les sujets prospectifs. Pour que la régulation soit effective, les acteurs économiques doivent être constamment consultés ». (Extrait du discours de J.M. Hubert devant l'association professionnelle TENOR, mai 1999). En soulignant l'importance des sujets prospectifs, il établit clairement la nécessité de la consultation des opérateurs alternatifs pour analyser l'évolution future du marché. Il s'agit de consulter ceux sur qui une décision de l'opérateur historique ou du régulateur va avoir impact, et donc notamment les nouveaux opérateurs privés. Comme le souligne le Conseil d'Etat (2001), l'ART fait partie des autorités administratives indépendantes consultant le plus les acteurs du secteurs. Entre 1997 et 2006, elle a lancé plus de soixante consultations publiques, appels à commentaires, appels à projet ou à questionnaires. Ces consultations permettent aux

opérateurs alternatifs de jouer un rôle dans la plupart des domaines de la régulation économique, qu'il s'agisse de l'évaluation des coûts du service universel, des méthodes de valorisation de la boucle locale ou plus généralement de l'analyse des marchés pertinents.

Les opérateurs alternatifs sont ainsi introduits dans le processus consultatif. Le critère faisant référence au nombre de contacts entre le régulateur et les opérateurs ne permet donc pas de déterminer clairement les opérateurs qui auront le plus d'influence sur les décisions de l'agence de régulation.

b) La nature des contacts

Pour apprécier les relations personnelles entre le régulateur et les opérateurs, nous pouvons également nous référer à la nature de ces relations. A défaut de connaître la forme de leurs relations, nous pouvons nous interroger sur leur fond, c'est-à-dire déterminer si ces deux parties sont structurellement amenées à s'opposer durant le processus de régulation. Nous distinguons alors les relations que l'agence de régulation peut entretenir avec les nouveaux entrants et avec l'opérateur historique. Il apparaît, tout d'abord, que les croyances initiales de l'agence, orientées vers le développement de la concurrence, accentuent l'influence des nouveaux opérateurs privés sur ses décisions. Ensuite, les relations entre l'opérateur historique et l'agence de régulation sont nécessairement conflictuelles, et ce indépendamment du comportement des nouveaux opérateurs.

Le modèle de Potters et Van Winden (1992) peut nous servir de base théorique pour appréhender les conséquences de la convergence d'intérêt entre les opérateurs alternatifs et le régulateur. Ces auteurs montrent qu'un décideur public a plus de chances d'être convaincu par un groupe d'intérêt si ses croyances initiales sont proches des arguments avancés par ce groupe. Cette situation correspond à celle que l'on peut observer dans le secteur des télécommunications. Les croyances initiales de l'agence de régulation sont nécessairement plus proches des opérateurs qui doivent profiter de la libéralisation du marché que de l'opérateur historique dont l'objectif est de ralentir le processus concurrentiel. Ainsi, lorsque le régulateur entreprend une consultation publique ou qu'il examine une offre de détail ou de gros de l'opérateur historique, il est plus réceptif aux informations transmises par les nouveaux entrants qui relatent les pratiques anti-concurrentielles de l'ancien monopole. Il ne s'agit pas d'affirmer que les informations

transmises par les opérateurs alternatifs sont des informations objectives, mais que, lorsque le régulateur les reçoit, il a tendance à leur accorder davantage de crédit qu'à celles provenant d'un opérateur qui cherche à bloquer le développement de la concurrence. Il se peut alors que le régulateur identifie la mission de développement de la concurrence à la défense des nouveaux entrants.

Concernant les relations entre l'opérateur historique et l'agence de régulation, la définition des missions et les instruments à la disposition de l'agence sont par essence source de conflit avec cet opérateur. En effet, sa création se justifie notamment par le besoin d'assurer l'égalité des chances des différents opérateurs et de favoriser leur libre accès aux activités face à la puissance de marché de l'ancien monopole. Ainsi, l'objectif assigné à l'Autorité de développer la concurrence va à l'encontre de celui de l'opérateur historique mais passe nécessairement par le renforcement de la position sur le marché des opérateurs alternatifs. L'intérêt de l'opérateur historique est alors de ralentir le processus concurrentiel et donc d'aller à l'encontre de l'action de l'agence. Ainsi, il sera intrinsèquement plus difficile pour l'opérateur historique d'obtenir des décisions favorables de la part de l'agence.

En outre, dans un cadre où le gouvernement dispose de pouvoirs de régulation économique et les utilise pour protéger un opérateur déjà dominant, l'agence peut chercher à rétablir les conditions de la concurrence en cherchant à pénaliser cet opérateur. Ainsi, plus le gouvernement aura tendance à protéger l'opérateur historique des pressions concurrentielles, plus l'agence de régulation indépendante agira en sens inverse pour favoriser les opérateurs alternatifs.

Dans cette double perspective, l'agence de régulation est amenée à pénaliser l'opérateur historique. Le fait qu'elle avantage les opérateurs alternatifs n'est alors qu'une conséquence indirecte des relations conflictuelles qu'elle entretient avec l'ancien monopole.

Pour les raisons que nous venons d'invoquer, les désaccords entre l'ART et France Télécom sont bien évidemment nombreux et ne doivent pas nous amener à conclure nécessairement que l'action de l'ART va à l'encontre de l'intérêt général. Certains d'entre

eux nous permettent cependant de révéler des situations conflictuelles entre ces deux parties allant au-delà de la seule divergence d'objectifs.

Parmi ces exemples, nous pouvons citer le cas de la candidature de France Télécom pour participer à l'établissement de la boucle locale radio (infrastructure concurrente de la boucle locale « cuivrée »). Pour avoir déposé son dossier avec deux minutes de retard sur l'horaire fixé, France Télécom a vu son dossier refusé par l'ART. Le recours gracieux demandé par l'opérateur a également été rejeté⁹⁶. En reprenant à la lettre le texte des appels à candidature⁹⁷, l'ART était en droit de refuser la candidature de l'ancien monopole. Cette application quelque peu pointilleuse nous semble peu conforme à l'efficacité économique. Le développement d'une nouvelle technologie appelle généralement l'intervention d'acteurs expérimentés et aurait sans doute mérité d'examiner le dossier de l'opérateur historique.

Pour France Télécom, certaines réactions virulentes à l'égard des décisions de l'ART semblent également exclure l'hypothèse d'une connivence entre elles. On peut citer, parmi les nombreux recours de l'opérateur historique contre les décisions de l'Autorité, celui porté devant la Cour d'Appel de Paris en février 2000. Lors de sa décision sur un règlement de différends entre Télécom Développement et France Télécom⁹⁸, l'ART est notamment accusée par l'opérateur historique d'avoir « violé le principe d'impartialité en témoignant (...) d'une préférence manifeste pour la solution réclamée par l'une des parties au différend »⁹⁹. Cette accusation, injustifiée au regard de la décision de la Cour, témoigne des relations particulièrement conflictuelles entre les deux parties.

L'argument théorique sur les croyances initiales du régulateur et la nature de ses relations avec les opérateurs nous paraissent particulièrement intéressants pour expliquer la capture de l'agence de régulation. L'importante divergence existant entre les objectifs défendus par l'opérateur historique et les missions assignées à l'agence de régulation

⁹⁶ Décision 00-156 de l'ART.

⁹⁷ « les dossiers doivent être remis à l'Autorité de régulation des télécommunications avant le 31 janvier 2000 à 12 heures, heure légale. (...) Un dossier de candidature remis postérieurement à cette date sera considéré comme nul et sera écarté de la procédure ».

⁹⁸ Décision 00-30 du 5 janvier 2000 de l'ART.

⁹⁹ Décision du 27 juin 2000 de la Cour d'Appel de Paris, n°2000/02659.

semble justifier qu'il est plus facile pour les nouveaux opérateurs privés d'influencer les décisions du régulateur.

c) L'organisation interne des groupes d'intérêt.

Les relations personnelles entre l'agence de régulation et les opérateurs doivent également être envisagées sous l'angle de l'action stratégique des opérateurs. Si ces derniers cherchent à entretenir des relations amicales avec les membres de l'agence, leur objectif est *in fine* de transmettre efficacement des informations qui leur permettront d'obtenir des décisions favorables. La question de l'efficacité de la transmission de l'information soulève alors le problème de l'organisation interne des groupes des intérêts. En effet, si les opérateurs sont organisés efficacement, ils pourront transmettre une information unique et des revendications cohérentes au régulateur et profiter ainsi des relations amicales qu'ils ont développées.

Un large pan de la littérature sur la capture des régulateurs s'est intéressé à l'organisation des groupes d'intérêt et plus précisément à l'impact de cette organisation sur l'efficacité des pressions exercées. L'une des conclusions de ces analyses est que les pressions exercées sur le régulateur sont d'autant plus efficaces que les groupes de pression sont compacts et homogènes. Selon le paradoxe de l'action collective considéré par Olson (1965), les groupes diffus et numériquement nombreux, à l'instar des contribuables ou des consommateurs, seront les perdants de cette régulation. Ceci est d'autant plus vérifié que l'agence de régulation n'est pas soumise au suffrage électoral, les consommateurs ne peuvent pas influencer directement ses objectifs personnels. Du côté des opérateurs, France Télécom semble théoriquement mieux armé que les opérateurs alternatifs pour exercer son influence au sein de l'agence de régulation. En tant qu'opérateur unique, il forme par définition un groupe compact et homogène. Du fait de sa prépondérance sur le marché, il est un lobby puissant dont l'objectif est de retarder le processus de régulation et d'œuvrer pour alléger les contraintes auxquelles il est soumis.

Empiriquement, nous pouvons cependant constater que, pour contrebalancer les pressions de l'opérateur historique, les opérateurs alternatifs se sont regroupés en associations d'opérateurs. Leur but est d'« assurer la promotion et la défense des intérêts » de leurs membres en devenant l'« interlocuteur privilégié des pouvoirs publics » (www.aforstelecom.fr). Initialement, la plupart des opérateurs étaient regroupés dans

deux associations principales : l'Association des Opérateurs de Services de Télécommunications (AOST) et l'Association Française des Opérateurs Privés en Télécommunications (AFOPT créée en 1996). L'AOST était composée de vingt-six opérateurs de téléphonie fixe¹⁰⁰ et l'AFOPT d'une dizaine de membres¹⁰¹ investissant dans les infrastructures. Ces associations intervenaient notamment pour le développement de la concurrence sur la boucle locale et le maintien du contrôle sur les tarifs de détail de l'opérateur historique.

Ces deux associations ont fusionné le 12 juillet 2001 pour former l'Association Française des Opérateurs de Réseaux et de Services de Télécommunications (AFORST¹⁰²). Cette fusion répond aux exigences de la théorie sur les groupes d'intérêt qui stipule qu'une pression efficace doit provenir d'un groupe compact et homogène. En effet, pour répondre à une consultation publique de l'ART, il est plus efficace qu'une position commune des opérateurs soit émise par l'intermédiaire de cette association.

Reste toutefois que, comme pour toute action collective, peut survenir un problème de free-riding. Certains membres du groupe peuvent limiter leur effort de participation lorsqu'il est question d'exprimer une position commune au régulateur, tout en espérant bénéficier des efforts des autres membres ; l'efficacité de l'action collective est ainsi diminuée. Par ailleurs, ce groupe n'est pas nécessairement constitué de membres totalement homogènes. Chaque entreprise est dans une situation complexe dans la mesure où elle entretient avec les autres membres du groupe des liens de coopération et de concurrence. Même si elles ont tout intérêt à faire front commun face à l'ancien monopole, elles ont parfois des stratégies différentes et se livrent à une concurrence acharnée sur leurs marchés. Ainsi, tous les opérateurs de télécommunications n'ont pas la même stratégie de déploiement de leurs réseaux qui sont elles mêmes différentes des stratégies des fournisseurs d'accès à internet... Il n'est alors pas rare de voir des opérateurs membres de l'AFORST contribuer, parallèlement à l'association, aux consultations publiques de l'ART. La diversité des opinions émises peut atténuer l'impact de leurs déclarations, ces dissonances favorisant la position de l'opérateur historique.

¹⁰⁰ Dont 9 Télécom, AT&T, British Telecom France, Cegetel, MCI Worldcom et Siris.

¹⁰¹ Dont Bouygues Télécom, Cegetel Entreprises, Colt Télécommunications France, 9 Télécom, Completel, GTS Omnicom, Médiaréseaux-UPC, LD Com et SFR.

¹⁰² Cette association regroupe les principaux concurrents de France Télécom, notamment Bouygues Télécom, Cegetel, SFR, 9Telecom, Noos, Tiscali, Telecom Italia France, AT&T, British Telecom France, Deutsche Telecom France ...

L'argument relatif à l'organisation des groupes de pression est donc légèrement en faveur de l'opérateur historique, même si les nouveaux opérateurs privés ont su atténuer cet avantage.

1.3 La critique publique de l'action de l'agence de régulation

Une autre formulation des objectifs privés des agences de régulation suggère que ces dernières cherchent renvoyer un signal positif de leur action. Cette approche énoncée par Joskow (1974) et développée par Noll (1985) est connue sous le terme de l'effet de signal externe (« *external signal effect* »). Elle avance que le régulateur cherche à minimiser les critiques envers son action et les conflits avec les entreprises régulées. En effet, des plaintes ou des critiques à l'encontre de l'agence de régulation peuvent attirer l'attention d'autorités hiérarchiquement supérieures et conduire à une remise en cause de son pouvoir. L'action du régulateur ne peut cependant pas être neutre et engendre nécessairement des critiques de la part de l'opérateur historique ou des nouveaux entrants. En effet, une décision qui sera favorable au premier sera nécessairement défavorable aux seconds, et inversement, si bien qu'une agence de régulation sectorielle est nécessairement soumise à la critique des opérateurs.

D'un point de vue théorique, nous pouvons déterminer quelle catégorie d'opérateurs peut utiliser plus efficacement cet instrument pour influencer les décisions de l'agence. En accord avec l'argument précédent concernant la nature des contacts entre régulateur et régulés, la critique provenant de l'opérateur historique semble inévitable puisque le rôle de l'agence de régulation implique nécessairement qu'elle prenne des décisions défavorables à l'ancien monopole. On peut même penser que des relations non conflictuelles entre ces deux acteurs témoigneraient d'une capture de l'agence de régulation par l'opérateur historique. Parallèlement, des critiques récurrentes des nouveaux opérateurs privés envers l'action du régulateur tendraient à montrer que ce dernier ne parvient pas à mettre en œuvre les conditions de la libéralisation et donc n'accomplirait pas les missions qui lui sont assignées. En conséquence, selon la théorie des signaux externes, l'agence de régulation doit être particulièrement soucieuse de ne pas s'exposer aux critiques des opérateurs alternatifs et donc de prendre des décisions qui leur sont favorables.

Au niveau empirique, il est difficile de tirer des conclusions de l'existence ou non de critiques émanant d'une catégorie d'opérateurs. L'existence de critique peut être tout aussi bien le signe que des opérateurs sont parvenus à influencer les décisions du régulateur ou le signe que, pour ne pas rendre évidente la capture du régulateur, ces opérateurs vont critiquer certaines décisions qui leur sont pourtant favorables. En outre, l'utilisation de cet instrument peut être peut s'avérer moins efficace que ne le préconise la théorie. Pour améliorer les relations personnelles qu'ils entretiennent avec l'agence de régulation, les opérateurs doivent s'abstenir d'une critique systématique de son action, même lorsque les décisions ne leur sont pas favorables. L'absence de critiques ou les critiques positives sont alors peut-être davantage explicatives pour expliquer les relations entre opérateurs et régulateurs.

Nous pouvons ainsi constater que les critiques des opérateurs alternatifs ne sont jamais très virulentes. Ils se gardent de critiquer fortement l'ART, se plaignant tout au plus de la lenteur de son action, sans remettre en cause le fond des décisions. Les déclarations à la presse des opérateurs alternatifs tendent, au contraire, à montrer qu'ils soutiennent l'action de l'ART : « l'ART fait bien son travail, mais manque de moyens et de ressources »¹⁰³ et qu'ils voient en elle un soutien, ce qui les amène à « demander que l'ART ait le maximum de pouvoirs, d'outils, quitte à ne pas s'en servir si cela n'est pas nécessaire, plutôt que de ne pas les avoir »¹⁰⁴. De même, le président du directoire de Cegetel déclarait, suite à une proposition de loi visant à réduire les pouvoirs de l'ART, qu'« enlever des pouvoir à l'ART me paraît dangereux pour la pérennité du secteur concurrentiel dans la téléphonie fixe »¹⁰⁵.

Concernant France Télécom, nous n'avons pas relevé de critiques, positives ou négatives, à l'encontre de l'action de l'ART. Cet opérateur a, en revanche, multiplié les recours auprès d'organismes juridiques (Conseil d'État, Cour d'appel de Paris) contre les décisions de l'Autorité. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement.

¹⁰³ Déclaration de l'association TENOR regroupant constructeurs, opérateurs, fournisseurs de services, consultants... opérant sur le marché des télécommunications, cité par Réseau & Télécoms, 16 février 2001.

¹⁰⁴ Richard Lalande, président de l'AFORST, Les Echos, 15-11-2004.

¹⁰⁵ ZDnet, 12 janvier 2004.

1.4 Les transferts vers les élus « haut placés »

La question de l'influence que peuvent exercer les opérateurs sur certains élus « haut placés » pour qu'ils cherchent à leur tour à influencer les décisions de l'agence de régulation est particulièrement délicate dans le cadre institutionnel que nous avons présenté. Bien que chaque groupe de régulateur puisse effectuer des transferts vers les décideurs politiques, il apparaît que France Télécom est l'opérateur qui entretient les relations les plus étroites avec ces décideurs. L'ancien monopole peut ainsi exercer des pressions plus efficaces sur ces décideurs pour qu'ils tentent ensuite de donner certaines recommandations à l'agence de régulation.

Toutefois, la création d'une agence de régulation repose sur le principe de l'indépendance de cette agence vis-à-vis des dirigeants politiques. Ces derniers peuvent en effet avoir intérêt à influencer l'agence, même en l'absence de pressions de l'opérateur historique. La question pertinente n'est alors pas tant de savoir quels opérateurs peuvent passer par les autorités politiques pour influencer l'agence, mais de savoir si les autorités politiques peuvent influencer les décisions de l'agence. Le cadre légal administrant l'indépendance de l'agence de régulation vis-à-vis du pouvoir politique nous semble essentiel.

A la différence de certains pays où le régulateur indépendant reste sous l'autorité d'un Ministre (Suède, Belgique), la France semble proposer les garanties nécessaires à l'indépendance de l'autorité sectorielle. En tant qu'autorité administrative indépendante, elle ne peut recevoir d'instructions des autorités politiques. Les membres du collège sont irrévocables et leur mandat, dont la durée excède celle des échéances électorales, sont non renouvelables. Ce dispositif assure les garanties minimales d'indépendance de l'agence. Le cadre légal n'est cependant pas le seul élément pouvant influencer sur cette indépendance. Nous reviendrons plus précisément sur ces points dans la section suivante où nous traiterons, entre autre, du contrôle démocratique des agences de régulation indépendantes.

Alors que France Télécom pouvait sembler être le groupe d'intérêt disposant des moyens les plus efficaces pour exercer une pression sur l'agence de régulation, il apparaît, sur la base des premiers arguments théoriques présentés, que les opérateurs alternatifs disposent en réalité de moyens et d'une organisation similaires à ceux de l'opérateur

historique. Les derniers éléments théoriques tendent à montrer que l'agence de régulation est en réalité influencée par les nouveaux opérateurs privés, notamment parce que ses croyances initiales vont dans le sens d'une libéralisation du marché et qu'elle entretient des relations conflictuelles avec l'opérateur historique. Cette proposition théorique est conforme aux « intuitions » pratiques de certains auteurs qui ont étudié la régulation du marché français des télécommunications, notamment celle de J.Chevallier (1999) qui constate que « dans le secteur des télécommunications, tout se passe comme si les nouveaux opérateurs privés pouvaient compter sur l'appui de l'ART pour rééquilibrer les conditions de la concurrence ».

2 – La maximisation de sa sphère de compétences

La compréhension des comportements stratégiques de l'agence de régulation ne se limite pas au problème de l'influence des opérateurs privés. Indépendamment des influences externes qu'elle rencontre, l'agence de régulation poursuit également des objectifs qui lui sont propres, l'amenant à chercher à développer sa sphère de compétences.

A la différence d'autres institutions publiques qui doivent mettre en œuvre des programmes de dépenses directes et qui détiennent une information privée sur leur coût de production, les agences de régulation ne peuvent être considérées comme des institutions cherchant à maximiser leur budget telles que les décrit Niskanen (1971). En effet, elles ne peuvent dissimuler leurs coûts de production car ces derniers sont principalement constitués de coûts en personnel pouvant être facilement estimés par les autorités compétentes. Pour maximiser leur utilité, les agences de régulation doivent alors dissimuler le niveau de régulation optimal afin d'obtenir un élargissement de leurs compétences (Majone, 1996-a). Pour ce faire, elles chercheront, d'une part, à accroître leur pouvoir dans le secteur où elles opèrent, que ce soit au détriment du Ministre chargé des télécommunications ou de l'autorité générale de la concurrence. D'autre part, elles chercheront à profiter de la convergence entre différents secteurs, tels que l'audiovisuel et la poste, pour étendre leurs compétences.

Ce second aspect des objectifs privés de l'agence de régulation mérite d'être souligné car il a un double effet sur le processus de libéralisation. Comme nous l'avons souligné, le

gouvernement cherche lui aussi à étendre ses pouvoirs dans la libéralisation et la régulation des industries de réseau. Dans la perspective d'une répartition des compétences entre ces deux régulateurs, le risque est de voir émerger des situations de conflits où chacune des deux parties va chercher à développer ses pouvoirs au détriment de l'autre. En outre, pour accroître ses compétences, l'agence de régulation peut être amenée à continuer d'imposer des contraintes à l'opérateur puissant sur certains segments du marché alors que ces segments ne présentent plus le besoin d'être régulés.

2.1 Développement des compétences dans le secteur d'origine

Les missions de régulation étant vouées à disparaître au fur et à mesure que la concurrence devient effective, l'autorité de régulation spécialisée est *a priori* une institution transitoire. Cependant, l'ouverture à la concurrence de secteurs anciennement en situation de monopole naturel est un fait inédit. On ne peut donc présumer de la durée de vie des missions de régulation, ni de la nécessité de voir ou non des régulateurs spécialisés chargés, à l'instar des autorités générales de la concurrence, de maintenir durablement la concurrence dans le secteur. L'incertitude sur l'avenir de leurs fonctions est susceptible d'inciter les agences de régulation à développer leurs compétences et donc la taille de leur administration afin de devenir un acteur incontournable du secteur et de se prémunir contre la réduction de leur pouvoir et de leur budget.

En France, l'agence de régulation des télécommunications cherche ainsi à étendre ses pouvoirs actuels au détriment de ceux du Ministre chargé des télécommunications. Jean Marimbert (2001), ancien directeur général de l'ART, rappelait que la dissociation entre l'homologation des tarifs de détail, qui relève du Ministre, et l'approbation des tarifs d'interconnexion, qui relève de l'Autorité, « ne répond pas à une logique cohérente et se prête mal à (...) la sauvegarde et au maintien des conditions de concurrence ». Cette position est également défendue dans les rapports d'activité de l'ART qui stipulent qu'une telle répartition des compétences est « source de complexité et d'ambiguïté » (ART, 1999) et que l'ART « dispose de l'expertise et de la légitimité pour [...] conduire » seule la procédure de contrôle tarifaire (ART, 2001).

Les déclarations des membres de l'Autorité visant à élargir leur périmètre d'action ne se limitent pas aux compétences détenues actuellement par le gouvernement. Les autorités de régulation ne restreignent plus leurs fonctions à une application juridique des

textes mais tendent de plus à intégrer les aspects économiques de la concurrence, se positionnant ainsi directement en alternative aux autorités générales de la concurrence.

Au Royaume-Uni, l'OFTEL a ainsi proposé une réforme visant à étendre son pouvoir en intégrant dans la licence de British Telecom une clause dite de *Fair Trading Condition*. Cette clause de portée très générale interdit à l'opérateur tout comportement ayant effet d'empêcher, de restreindre ou de distordre la concurrence dans les services de télécommunications (Thiebault, 1996). En France, l'ART réclame également « un élargissement de ses missions » malgré l'ouverture des marchés à la concurrence et précise qu'elle « devra, dans les années qui viennent, développer encore plus ses compétences en matière d'analyse économique et financière (...) pour anticiper ou corriger les éventuels effets anti-concurrentiels » de l'action des opérateurs (ART, 2002).

Les agences de régulation spécialisées se préparent ainsi à aborder la troisième phase du processus de régulation (régulation de la concurrence) où leurs fonctions premières pourraient être fortement réduites voire abrogées au profit des autorités de la concurrence. Afin de conserver un rôle, de nombreux régulateurs européens rappellent que le développement de la concurrence sera un « processus plus lent que prévu »¹⁰⁶, ce qui ralentira le rapprochement entre la régulation sectorielle et le droit général de la concurrence.

La volonté de l'agence de régulation d'accroître ou de stabiliser son domaine de compétences peut l'amener à imposer des contraintes non légitimes à certains opérateurs (notamment à l'opérateur historique). Ce point est notamment mis en évidence par l'OCDE (1999-a) qui suggère que les autorités générales de la concurrence « seraient sans doute moins intéressées personnellement à maintenir une réglementation¹⁰⁷ économique sans justification » et devraient donc pouvoir intervenir pour déterminer la nécessité de suspendre les missions de régulation sectorielle lorsqu'un certain seuil de concurrence a été atteint. Cependant seul un petit nombre de pays, dont la France ne fait pas partie, a mis en œuvre une telle mesure, si bien que, dans la plupart des cas, la suspension de la régulation doit être décidée par l'agence de régulation elle-même. Il est alors envisageable de voir perdurer la régulation de certains segments de marché bien que la concurrence y

¹⁰⁶ P.Champsaur, Président de l'ARCEP, interview donnée au Figaro Économie le 3 juillet 2003, www.arcep.fr

¹⁰⁷ Comprendre régulation.

soit suffisamment développée pour que l'application du droit général de la concurrence suffise. Un exemple significatif pourrait être celui de la téléphonie mobile ; l'ART a cherché à imposer une réglementation spécifique à ce segment de marché arguant une « situation d'influence significative conjointe » des trois grands opérateurs sur le marché hexagonal. Face à l'avis défavorable de la Commission européenne concernant une régulation spécifique de ce marché, l'ART a été amenée à retirer ce projet.

2.2 Développement des compétences dans les autres secteurs

La volonté des agences de régulation d'étendre leurs pouvoirs pour perpétuer leur action malgré le développement de la concurrence fait également appel à l'existence d'une convergence des marchés des télécommunications et de l'audiovisuel, voire de la poste et de l'électricité. Cette question ne touche pas directement à la question de la répartition des compétences de régulation dans le secteur des télécommunications. Elle mérite toutefois d'être soulignée, non seulement, pour rendre compte des comportements des agences de régulation, mais également car il s'agit d'un phénomène majeur qui contribue au développement de la société de l'information et qui n'a pour l'instant reçu que peu d'attention de la part de la littérature économique.

Lorsque l'on parle de convergence dans le secteur des télécommunications, on se réfère notamment aux développements technologiques qui permettent aujourd'hui aux réseaux de transporter indifféremment de la voix, des données ou des images¹⁰⁸, si bien que la traditionnelle distinction entre audiovisuel et télécommunications tend à se transformer en une distinction entre contenus et réseaux. Ce phénomène a des implications, notamment réglementaires, qui ne vont pas sans poser la question de la répartition des compétences entre les autorités de régulation des télécommunications et celles de l'audiovisuel (à savoir le Comité Supérieur de l'Audiovisuel, CSA).

Sans entrer dans les détails, on peut rappeler que, malgré une tentative avortée au milieu des années 90 pour créer une agence de régulation commune aux secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications, la question de la répartition des compétences entre les autorités chargées de réguler ces deux secteurs reste récurrente. La principale préoccupation concerne l'attribution des fréquences audiovisuelles. D'après la loi de

¹⁰⁸ Par exemple, le développement du protocole IP (Internet Protocol)

réglementation des télécommunications de 1996, c'est l'ART qui attribue aux opérateurs audiovisuels les fréquences nécessaires à la transmission de leurs programmes¹⁰⁹, le CSA restant compétent pour les fréquences de diffusion. Dès 1999, l'ART se déclare pourtant disposée à réguler tant l'accès aux réseaux et aux services que l'allocation de l'ensemble du spectre des fréquences audiovisuelles (ART, 2000).

A ce jour, l'ART n'a pas récupéré l'ensemble des missions de la régulation audiovisuelle, mais elle est chargée de réguler le secteur postal. Depuis la promulgation de la loi du 21 mai 2005, l'ART a été rebaptisée Autorité de Régulation des Communications Électroniques et de la Poste (ARCEP) et est désormais chargée, avec le Ministre chargé des postes, d'ouvrir progressivement le secteur à la concurrence tout en s'assurant du maintien des obligations de service universel. Alors que la Commission européenne ne préconise pas un tel élargissement des compétences des agences de régulation des télécommunications, on peut noter que l'Allemagne, les Pays-Bas, le Portugal, la Suède ou la Belgique ont également chargé leur régulateur des télécommunications de remplir les missions concernant la libéralisation du marché postal. Les régulateurs italien, nord-américain, britannique et autrichien ne disposent pas de ces dernières compétences, mais sont chargés de la régulation du secteur audiovisuel, tandis que le régulateur finlandais est compétent sur les trois secteurs que sont les télécommunications, la poste et l'audiovisuel. Le régulateur allemand s'est également vu confier la régulation du marché de l'énergie alors que la libéralisation de ce marché a débuté sans régulateur sectoriel.

Il n'existe pas de modèle unique permettant d'expliquer quels nouveaux secteurs en voie de libéralisation doivent être régulés par les agences de régulation des télécommunications. La diversité des combinaisons retenues par les pays européens témoigne cependant du fait que les régulateurs indépendants voient, à leur initiative, leurs compétences augmenter. Une analyse économique plus approfondie, au-delà des seuls aspects d'économie politique, serait souhaitable pour rendre compte de l'efficacité économique de l'attribution de compétences relevant d'un autre secteur économique aux régulateurs des télécommunications. Cette analyse dépasse cependant le cadre de notre étude qui, dans cette section, vise à rendre compte des comportements stratégiques des acteurs.

¹⁰⁹ C'est-à-dire le segment qui va de l'organe d'émission (un studio par exemple) vers l'émetteur de radiodiffusion.

Les objectifs privés de l'agence de régulation indépendante apparaissent diamétralement opposés de ceux défendus par le gouvernement. Nous avons montré qu'elle tend à adhérer aux objectifs des opérateurs alternatifs alors que l'autorité politique épouse la plupart des objectifs de l'opérateur historique. Par ailleurs, elle va chercher à étendre ses pouvoirs au détriment de son homologue politique mais également de l'autorité générale de la concurrence. Nous allons maintenant chercher à mettre en évidence les pouvoirs à la disposition de l'agence de régulation indépendante afin de déterminer si la loi lui confère un pouvoir discrétionnaire suffisant pour atteindre ses objectifs privés.

Section 2 – Pouvoirs discrétionnaires et contrôle hiérarchique de l'agence de régulation

Pour permettre l'introduction de la concurrence, les agences de régulation sectorielles se sont vues octroyer de nombreuses compétences de régulation économique. Ces compétences s'accompagnent d'un certain pouvoir discrétionnaire nécessaire pour assurer la flexibilité du processus de régulation dont les objectifs sont parfois très largement définis (Cowen, 2000 ; Thatcher, 1998). Ces pouvoirs discrétionnaires peuvent cependant amener l'agence à transiger sur certains des objectifs d'intérêt public pour défendre ses objectifs personnels.

Pour atténuer le risque de voir l'agence de régulation détourner ses pouvoirs à son profit, un mécanisme de contrôle de ses décisions a été mis en place. L'agence de régulation est ainsi soumise à un contrôle juridictionnel (administratif et judiciaire), démocratique (Parlement et gouvernement), mais également supranational (Commission européenne). Nous verrons cependant que la plupart de ces contrôles hiérarchiques connaissent certaines limites et ne permettent pas de remettre en cause l'autonomie décisionnelle et institutionnelle de l'Autorité.

1 – Les marges de manœuvre discrétionnaires de l'agence de régulation

Les objectifs privés de l'agence de régulation ne peuvent avoir une incidence sur le processus de libéralisation que si cette dernière dispose des moyens nécessaires pour les atteindre. Toutes les compétences de régulation dont dispose l'agence peuvent contribuer à lui permettre d'atteindre ses objectifs privés. Il est cependant nécessaire qu'elles soient associées à une certaine marge de manœuvre discrétionnaire pour pouvoir être utilisées par l'agence.

Dans cette sous-section, nous mettons en évidence ces marges de manœuvre discrétionnaires en montrant qu'elles peuvent lui permettre de défendre les opérateurs alternatifs au détriment de l'opérateur historique. Nous distinguerons deux principales sources de pouvoirs discrétionnaires dont peut bénéficier l'agence de régulation. D'une part, nous soulignons que les missions et les instruments confiés à l'Autorité par le législateur ne sont pas sans ambiguïté au regard des objectifs qu'elle poursuit. En effet, le contenu même de la loi préconise, sans la définir, une concurrence « loyale » entre les opérateurs et permet à l'Autorité de déterminer les contraintes imposées à l'opérateur historique. D'autre part, l'exercice des missions de régulation sectorielle nécessite une expertise qui permet à l'Autorité d'atténuer les contrôles pesant sur son action.

1.1 Les marges de manœuvre accordées par la législation

Les législations française et européenne utilisent parfois une terminologie dénuée de fondements économiques et qui offre au régulateur la possibilité de définir lui-même certaines obligations. Il revient ainsi au régulateur de définir les notions de prix « abordable » caractérisant le service universel, de demandes « raisonnables » d'accès au réseau auxquelles l'opérateur puissant doit répondre ou encore de rémunération « raisonnable » des capitaux employés. L'exemple le plus marquant concerne la définition même de la concurrence qui est définie comme devant être effective et « loyale » entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de télécommunications¹¹⁰.

¹¹⁰ Article L32-1 du Code des Postes et Télécommunications.

Les principes d'une concurrence loyale, que l'on retrouve également dans la législation européenne¹¹¹, ne sont pas définis par la loi et sont étrangers au droit général de la concurrence. La concurrence, qui doit conduire à l'efficacité productive et allocative, prend un sens différent lorsque l'on introduit la notion de loyauté. Dans ce cas, son objet est de protéger les concurrents eux-mêmes en limitant les armes stratégiques des offreurs dans la compétition ou en leur assurant une certaine égalité des chances (Jenny, 1996).

Il n'existe cependant aucune définition économique et juridique de la concurrence loyale, ce qui laisse une marge discrétionnaire à l'Autorité pour juger des comportements des opérateurs, notamment de l'opérateur puissant qui est directement concerné par cette mention. Par exemple, dans la régulation des tarifs d'accès au réseau, l'objectif de concurrence loyale permet à l'Autorité de choisir la méthode de tarification en accordant une place plus ou moins importante à l'efficacité ou à la loyauté. La méthode de Ramsey-Boiteux, qui permet d'atteindre l'objectif d'efficacité, peut être évincée sous prétexte qu'en fixant les tarifs d'interconnexion à des niveaux différents pour tous les opérateurs, elle ne permet pas d'assurer la loyauté de la concurrence. A l'inverse, le principe de loyauté peut conduire à des solutions contraires à l'optimum économique mais tout de même retenues par l'Autorité (Jenny, 1996).

Derrière la notion de concurrence loyale, se loge également l'idée de régulation asymétrique, sous-entendue dans la loi de réglementation des télécommunications, et explicitement inscrite dans les moyens que se donne l'ART (ART, 1999). La régulation asymétrique prévoit l'application d'obligations spécifiques à l'opérateur dominant. Elle constitue l'une des principales spécificités de la régulation sectorielle par rapport à celle du droit de la concurrence. Elle s'explique par la situation particulière dans laquelle se trouve l'opérateur dominant et qui justifie de le soumettre à des obligations renforcées.

En effet, l'opérateur historique est en position dominante en raison du monopole dont il a longtemps bénéficié et qui lui procure encore des avantages après la libéralisation du marché, tels que la forte notoriété dont il bénéficie auprès des consommateurs, sa maîtrise des installations essentielles, sa bonne connaissance du marché, sa présence sur l'ensemble des segments de marché, notamment son réseau étendu qui lui permet un accès direct à l'ensemble des consommateurs. Cet avantage

¹¹¹ Voir par exemple l'article 21 de la directive 95/62/CE (ONP), l'article 4 du règlement n°2887/2000 (dégrouper) ou l'article 12 de la directive 2002/19/CE (directive « accès » du paquet télécom).

intrinsèque exige que l'opérateur puissant soit soumis à des obligations dont sont exempts les nouveaux opérateurs privés. Il s'agit de l'homologation des tarifs de détail, de l'obligation qui lui est faite de publier un catalogue d'interconnexion et de proposer une offre de dégroupage de sa boucle locale, ainsi que, jusqu'à la loi du 31 décembre 2003, de la fourniture du service universel. D'une certaine manière, il ne s'agit plus de lutter contre l'abus de position dominante tel que le préconise le droit de la concurrence, mais de lutter contre la position dominante elle-même.

Notre propos n'est pas d'affirmer que la régulation asymétrique est une mesure anti-concurrentielle. Elle est indispensable à la libéralisation d'un marché où opère un ancien monopole. En légitimant les contraintes imposées à l'opérateur historique, cet instrument peut cependant permettre à l'agence de régulation de lui imposer des contraintes excessives dans le but de favoriser les opérateurs alternatifs.

1.2 L'expertise économique comme source de pouvoirs discrétionnaires

Pour mettre en œuvre la régulation asymétrique et obtenir une concurrence loyale, l'agence de régulation sectorielle est dotée d'une expertise spécifique qui lui permet de prendre des décisions difficiles à remettre en cause. L'étude des avis et décisions rendus publics par l'ART peut nous permettre d'identifier certains domaines où les décisions de l'ART sont fondées sur des critères ou hypothèses plus ou moins subjectifs et donc à l'origine de pouvoirs discrétionnaires.

a) Le contrôle tarifaire

La régulation des tarifs de détail de l'opérateur est caractéristique de la marge de manœuvre discrétionnaire dont dispose le régulateur. Lorsqu'il s'exprime sur une offre de l'opérateur historique consistant en une diminution de prix, le régulateur est le seul arbitre entre les intérêts à long terme du développement de la concurrence entre opérateurs et l'intérêt immédiat du consommateur à bénéficier d'une baisse de prix envisagée par l'opérateur historique, mais susceptible de nuire à la concurrence par des effets de prédation ou de ciseaux tarifaires (Marimbert, 2001). Cet arbitrage dépend grandement de la manière dont le régulateur perçoit les capacités concurrentielles des opérateurs alternatifs et donc des informations que lui transmettent ces derniers. S'ils parviennent à convaincre le régulateur qu'une diminution des tarifs de l'opérateur historique peut

affaiblir leur position concurrentielle, l'agence de régulation peut ne pas approuver une offre pourtant favorable aux consommateurs.

Plus précisément, lorsque le régulateur doit apprécier le caractère anti-concurrentiel d'une offre de l'ancien monopole, il effectue généralement un test de ciseau tarifaire (ou de *squeeze*) pour déterminer si des opérateurs alternatifs efficaces sont en mesure de fournir une offre concurrente. Par exemple, France Télécom détenant, en 2002, 99,8%¹¹² de parts de marché de l'accès au réseau téléphonique pour la clientèle résidentielle, un opérateur alternatif est obligé d'acheter les services d'interconnexion à France Télécom pour proposer une offre concurrente. Or, ces services sont vendus en fonction du nombre et de la durée des appels ; les hypothèses de consommation sont donc essentielles pour déterminer le coût subi par les opérateurs alternatifs et donc si une offre génère un effet de ciseau tarifaire. Même si France Télécom propose des hypothèses de consommation, l'ART n'est pas tenue de les suivre et peut effectuer les tests avec ses propres estimations¹¹³. La publication d'avis motivés oblige cependant l'ART à garder une certaine cohérence des hypothèses retenues lorsqu'elle examine la modification d'une offre existante. La marge discrétionnaire devient plus importante lors de la création d'une offre par France Télécom puisque l'ART doit établir de nouvelles hypothèses de consommation.

La remise en cause des hypothèses de consommation fournies par France Télécom ne signifie pas que l'agence de régulation soit capturée par les opérateurs alternatifs, mais que cette dernière dispose de pouvoirs discrétionnaires suffisants pour désapprouver une offre de France Télécom ; il lui suffit d'augmenter les taux de consommation d'un forfait jusqu'à rendre l'offre « *squeezante* ».

b) L'évaluation des bénéfices immatériels liés à la fourniture du service universel

La détermination du coût net du service universel peut également procurer un pouvoir discrétionnaire à l'agence de régulation, notamment lorsqu'il s'agit de calculer les bénéfices immatériels liés à la fourniture de ce service. Comme le précise l'ART dans son

¹¹² Voir l'avis 04-500 de l'ART.

¹¹³ Voir par exemple des avis 04-32 et 04-105 où l'ART estime que certains taux de consommation des forfaits (ratio durée de communication / durée du forfait) proposés par France Télécom sont « particulièrement bas » (inférieurs à 50%) et préfère retenir l'hypothèse de 80%.

avis 02-329, il est difficile d'évaluer de manière « précise » ces bénéfices immatériels et particulièrement ceux liés à l'image de marque de l'opérateur. Cette évaluation est fondée sur des sondages d'opinion basés sur des critères qualitatifs et dont la transposition chiffrée dépend de « conventions méthodologiques toujours discutables » (CSSPCE, 2004). Elle laisse à l'agence de régulation une marge de manœuvre discrétionnaire pour influencer la répartition du profit des opérateurs. Pour l'année 2004, l'ART a ainsi estimé les bénéfices liés à l'image de marque à plus de 81 millions d'euros ; une estimation bien plus proche de celle proposée par les opérateurs alternatifs (91 millions d'euros) que par France Télécom (11,9 millions d'euros)¹¹⁴...

c) La procédure d'attribution des licences de la boucle locale radio

La procédure de sélection des opérateurs souhaitant déployer une boucle locale radio ¹¹⁵ a également permis à l'ART d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Cette procédure visait à sélectionner les opérateurs sur un ensemble de critères plus ou moins définis par la loi : capacité à stimuler la concurrence au bénéfice des utilisateurs, ampleur et rapidité de déploiement des infrastructures, capacité du candidat à atteindre ses objectifs, contribution au développement de la société de l'information, optimisation de l'usage du spectre, contribution à l'emploi et à la protection de l'environnement. Ces critères se sont ainsi vu attribuer des coefficients de pondération définis par l'ART elle-même. Elle a ensuite quantifié certaines appréciations qualitatives sur la capacités des opérateurs à remplir ces différents critères en vue d'attribuer une note à chacun des opérateurs. Comme précédemment, la méthodologie qui consiste à quantifier des appréciations qualitatives offre certaines marges de manœuvre à l'Autorité et génère des résultats discutables.

Une fois encore, il ne s'agit pas de remettre en cause la détention de pouvoirs discrétionnaires par le régulateur. Ils résultent de l'importance et de la spécificité des missions du régulateur et sont nécessaires pour assurer la flexibilité du processus de libéralisation (Thatcher, 1998). Notre objectif était uniquement de mettre en évidence les

¹¹⁴ Décision 05-0917 de l'ART.

¹¹⁵ Voir l'article de Bourreau (2001) pour une vision économique et technique du déploiement de la boucle locale radio.

domaines les plus évidents où existe un tel pouvoir¹¹⁶. Nous allons maintenant montrer que l'expertise sectorielle dont bénéficie l'ART, en plus de lui procurer ces marges de manœuvre discrétionnaires, peut rendre plus difficile le contrôle exercé sur son action.

2 – Le contrôle hiérarchique de l'agence de régulation

En contrepartie des marges de manœuvre laissées à l'Autorité, de son indépendance vis-à-vis du pouvoir politique et de l'étendue de ses pouvoirs (exécutifs, législatifs et judiciaires), celle-ci est soumise à un contrôle *a posteriori*. Le législateur a organisé le contrôle hiérarchique de l'ART sous deux formes principales. D'une part, elle est soumise à un contrôle juridictionnel en ce qui concerne le contentieux de ses actes réglementaires et individuels. D'autre part, elle est soumise à un contrôle démocratique exercé par le Parlement ou le gouvernement, devant permettre à la société civile d'exercer son droit de regard sur son action globale. Un troisième contrôle, moins formel, peut être identifié au niveau européen, dans la mesure où la Commission européenne procède annuellement à une évaluation des avancées des régulations nationales en soulignant les éventuels manquements des ARN.

Pour être efficace, le contrôle doit cependant respecter plusieurs caractéristiques. Tout d'abord, il faut que les contrôleurs aient les compétences nécessaires pour surmonter l'avantage informationnel du régulateur et évaluer son action. Ensuite, ils doivent disposer de moyens pour pouvoir influencer l'action de l'agence de régulation s'ils constatent un manquement de sa part. Nous verrons que ces caractéristiques sont rarement réunies au sein d'une même institution, permettant ainsi à l'agence de régulation de mettre en œuvre sa propre vision de la régulation sans qu'elle puisse être réellement remise en cause.

2.1 Le contrôle juridictionnel

Le recours contre les décisions judiciaires ou administratives des agences de régulation s'inscrit dans le droit constitutionnel. En exerçant un contrôle sur les décisions

¹¹⁶ La liste des exemples cités est bien sûr non exhaustive. Edwards et Waverman (2006) soulignent ainsi le pouvoir discrétionnaire associé au calcul des charges d'interconnexion.

des agences de régulation, les autorités judiciaires doivent les inciter *ex ante* à prendre une décision conforme aux intérêts de l'ensemble des parties concernées (Shapiro, 1992). Nous montrerons que le contrôle judiciaire rencontre cependant certaines limites, notamment du fait de l'expertise sectorielle dont bénéficie le régulateur indépendant.

a) Présentation du contrôle juridictionnel

Le contrôle juridictionnel s'exerçant sur l'Autorité de Régulation des Télécommunications s'effectue à un double niveau. En tant qu'administration, elle est soumise, tout comme le Ministre chargé des télécommunications, au contrôle de la juridiction administrative, c'est-à-dire celui du Conseil d'État. Ce dernier peut intervenir pour traiter des contentieux liés aux actes réglementaires des autorités administratives. Dans le secteur des télécommunications, il lui revient, en outre, de statuer sur l'homologation des tarifs de détail si un opérateur décide d'entreprendre un recours. Certaines décisions de l'ART peuvent par ailleurs faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris. Il s'agit des décisions relevant des règlements de différends relatifs à l'interconnexion (art. L36-8 du CPT).

La répartition des compétences entre ces deux juridictions est ainsi résumée par le Conseil constitutionnel¹¹⁷ : « dans le silence de la loi, le contentieux de l'ART relève de manière générale du juge administratif ; ce n'est que dans le cas particulier où elle intervient pour trancher des litiges contractuels privés, que la loi prévoit une exception ». Nous pouvons mettre en avant certaines limites pour chacune de ces juridictions.

b) Les limites du contrôle juridictionnel

La première limite du contrôle juridictionnel est celle de la capacité des juges à intégrer les normes économiques et techniques requises pour pouvoir juger de l'action du régulateur. Cette entreprise est rendue d'autant plus difficile que, comme nous l'avons vu, la loi donne un large pouvoir d'appréciation à l'agence de régulation. Par exemple, les articles L34-8 et L36-8 du Code des postes et télécommunications qui organisent les compétences de l'Autorité en matière de règlement des litiges liés à l'interconnexion permettent à l'ART d'imposer toute prestation d'interconnexion qu'elle juge

¹¹⁷ Décision du 23 juillet 1996.

« raisonnable » au regard des besoins du demandeur et des capacités de l'opérateur sollicité à l'offrir. De même, elle peut modifier un tarif d'interconnexion dès lors qu'elle estime qu'il « crée une charge excessive ».

Sur la base de ces appréciations, il peut s'avérer difficile pour un juge de renverser une décision de l'agence de régulation. La remise en cause de la décision du régulateur peut s'avérer particulièrement délicate dans le cadre du recours contre les décisions relatives aux règlements de différends. En vertu de l'article R11-5 du CPCE, l'ART, bien qu'ayant statué en première instance, peut en effet présenter ses observations à la Cour d'appel de Paris et défendre sa position.

En l'absence de remise en cause des décisions de l'Autorité, les opérateurs peuvent avoir intérêt *a priori* à ne pas entreprendre de procédure contre ces décisions, et ce d'autant plus qu'ils souhaitent éviter de se retrouver en porte-à-faux vis-à-vis de ce régulateur avec lequel ils sont condamnés à vivre en tête-à-tête (Conseil d'État, 2001).

Si l'on observe les recours engagés auprès de la Cour d'appel et du Conseil d'État et les décisions rendues, nous pouvons mettre en avant certains faits stylisés pouvant confirmer cette première limite.

Sur les 20 procédures d'appel qui ont été engagées suite à une décision de l'ART relative à un litige lié à l'interconnexion entre 1997 et fin 2005, seules deux ont été annulées par la Cour d'appel de Paris.

Dans le premier cas, dans un litige opposant France Télécom à la société Iliad, la Cour a annulé la décision de l'ART pour non-respect du principe du contradictoire¹¹⁸. France Télécom avait déposé un recours pour n'avoir pas disposé de suffisamment de temps pour discuter certaines observations de son contradicteur. La Cour a cependant confirmé le fond de cette décision en imposant à France Télécom les dispositions retenues par l'Autorité, bien qu'elle dispose du pouvoir d'adopter une nouvelle décision.

Dans le second cas, la Cour a été saisi par Western Télécom suite au refus de l'ART d'imposer des mesures conservatoires à France Télécom après que cette dernière a interrompu la fourniture de certaines prestations pour un litige de facturation¹¹⁹. L'opérateur alternatif demandait à l'ART d'enjoindre à France Télécom de lui maintenir

¹¹⁸ Arrêt du 6 avril 2004.

¹¹⁹ Arrêt du 17 août 2005.

son accès au trafic international en le fixant à 50% du tarif pratiqué par l'opérateur historique. La Cour a partiellement réformé la décision de l'ART en imposant à France Télécom de reprendre la fourniture de ses prestations de transit international au tarif qu'elle pratiquait initialement. La procédure prévoit que toute demande de mesures conservatoire déposée auprès de l'ART doit s'accompagner d'une demande de fond pour laquelle l'Autorité dispose d'un délais de 4 à 6 mois pour se prononcer (article R11-1 du CPCE). La décision de l'ART sur la demande de fond, dans un rapport particulièrement long (62 pages), a débouté la société Western Télécom de l'ensemble de ses demandes. Notons que la Cour a alors entièrement suivi la décision de l'ART en rejetant le recours de l'opérateur alternatif.

Il est difficile de se prononcer sur les raisons pouvant expliquer l'absence de remise en cause des décisions du régulateur ; cela peut signifier que les décisions rendues par l'ART sont en parfaite conformité avec le droit et les règles économiques ou que, malgré les capacités d'expertise économique de la Cour, cette dernière n'a pas les compétences suffisantes pour remettre en cause les hypothèses ou les méthodes de calcul retenues par l'Autorité.

Si l'on s'intéresse aux 13 recours engagés auprès du Conseil d'État entre 1997 et fin 2005, nous pouvons constater qu'un seul a porté sur le fond d'une décision de l'ART¹²⁰. Dans tous les autres cas, le Conseil d'État a été saisi de recours en annulation pour excès de pouvoir. Il peut alors annuler la décision sur une base uniquement juridique, mais ne peut la modifier. L'exemple le plus récent est relatif à un recours de France Télécom contre la non-publication par l'ART de la méthode de calcul des tarifs d'accès à la boucle locale ; le Conseil d'État a donné raison à France Télécom, mais sans remettre en cause la méthode de calcul de l'ART. Cette dernière a alors pu rétablir *a posteriori* les tarifs qu'elle avait initialement calculés.

La seconde limite du contrôle s'exerçant sur les décisions de l'ART découle sans doute de la première. Elle est relative aux délais nécessaires aux organismes de recours pour rendre leur décision. Concernant le Conseil d'État, le délai moyen entre la date du

¹²⁰ Recours des sociétés Scoot France et Fonecta du 02/08/2002 contre une décision de l'ART relative aux numéros servant aux services de renseignements.

recours et celle de la décision est de 16,3 mois. Le recours devant le Conseil d'État n'étant pas suspensif, quand bien même sa décision serait favorable au requérant, il serait difficile de rétablir *a posteriori* les conditions de la concurrence. Concernant la Cour d'appel de Paris, le délai moyen n'est que de 5,6 mois et ne souffre donc pas de cette seconde limite. Son action est cependant limitée dans la mesure où la Cour ne peut intervenir que suite à règlement de différends. Pour toutes les autres décisions de l'ART, les opérateurs sont donc confrontés au manque d'expertise et au délai nécessaire au Conseil d'État pour rendre sa décision.

Il est difficile de conclure cette sous-section sans faire référence au mécanisme britannique de contrôle des régulateurs par les juges. La compétence d'appel des décisions prises par les régulateurs revient à une juridiction spécifique nouvellement créée, le *Competition Commission Appeal Tribunal*. Les membres de ce tribunal sont à la fois des juristes, des économistes, des comptables, des hommes ou femmes d'affaires ou autres personnes expérimentées. Chacun de ces membres suit ensuite une formation afin de se spécialiser dans les domaines qui ne sont initialement pas de sa compétence. Ces *Appeal Tribunal* ont des pouvoirs de pleine juridiction et doivent rendre leur décision dans un délais de six mois (Bellamy, 2004). La création d'une telle juridiction, dont l'efficacité pratique n'est pas analysée ici, a le mérite de souligner les défaillances de l'appareil judiciaire traditionnel et les moyens envisagés pour y remédier.

2.2 Le contrôle démocratique

La question du contrôle démocratique des régulateurs est souvent traitée comme un problème d'agence par la littérature économique (voir Estache et Martimort, 1999 pour une revue de la littérature). Le problème est de déterminer comment contraindre ces autorités à se conformer aux préférences des dirigeants politiques. Il s'agit d'arbitrer entre les coûts d'incitation (coûts du contrôle ou de réformation de la loi...) et les gains découlant d'une mise en conformité du comportement de l'agence de régulation.

Cette analyse ne prend cependant pas en compte les contraintes institutionnelles à l'origine même de l'existence des autorités indépendantes. En effet, si les dirigeants politiques peuvent influencer leurs décisions, il n'y a, par définition, plus d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique. La question du contrôle démocratique des agences de

régulation est alors indissociable des questions relatives à leur indépendance. Le dispositif de contrôle démocratique de l'ART défini par la loi de réglementation des télécommunications de 1996 prend en compte cette contrainte institutionnelle en limitant les pouvoirs de contrôle des autorités politiques. Nous montrons, tout d'abord, que les contrôles existants sont relativement limités, notamment parce qu'ils portent davantage sur l'action générale de l'agence plutôt que sur des décisions particulières. Nous montrons, ensuite, que les possibilités de sanctions donnant suite à ce contrôle ne sont pas précisément définies par le cadre législatif.

a) Le dispositif de contrôle de l'agence de régulation

Les deux principales questions qui émergent quant au dispositif du contrôle démocratique sont relatives à la détermination des institutions qui effectuent ce contrôle et à l'étendue de ce contrôle.

Le Parlement et le gouvernement étant les principales institutions centrales disposant d'une légitimité démocratique, c'est à eux que doit revenir le pouvoir de contrôler l'action de l'agence de régulation. Cependant, le gouvernement étant lui-même régulateur, par l'intermédiaire du Ministre chargé des télécommunications et du Ministre de l'économie, il peut difficilement se trouver en situation de contrôleur de l'agence de régulation par l'intermédiaire du Premier Ministre. Les responsabilités en matière de contrôle que lui confère le code des postes et télécommunications sont ainsi plus limitées que celles dont dispose le Parlement.

La question porte ensuite sur les moyens dont disposent les autorités démocratiques pour contrôler les comportements de l'agence de régulation indépendante. Le premier moyen est un moyen de contrôle *ex ante*. Il consiste en la nomination des membres du collège de l'ART par des autorités démocratiques pour un mandat d'une durée de six ans. Trois des cinq membres, dont le Président, sont nommés par décret, les deux autres étant nommés par les présidents des assemblées parlementaires¹²¹. Cette procédure permet de donner un ancrage démocratique à l'exercice des missions de régulation. Cependant, il ne s'agit que d'un mécanisme de contrôle *ex ante* dont l'efficacité reste limitée dans la mesure où le mandat de ces membres est irrévocable et non renouvelable.

¹²¹ Depuis 2005, le collège est composé de deux nouveaux membres nommés également par les Présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat (article L130 du CPCE).

Outre ce pouvoir de nomination, les autorités politiques peuvent exercer leur contrôle en auditionnant l'ART sur son action. A la différence du modèle américain¹²², la procédure encadrant ces auditions n'est pas clairement définie et ne prévoit pas que les commissions parlementaires puissent imposer des recommandations à l'Autorité. Il est ainsi prévu que l'ART remette chaque année son rapport d'activité au gouvernement et au Parlement. Ce n'est ensuite que devant les commissions permanentes du Parlement que l'ART doit rendre compte de son action au cours d'auditions ponctuelles (article L36-14 du CPI). Ces auditions sont cependant facultatives et les organes parlementaires y ont rarement recours (Conseil d'État, 2001), si bien qu'il n'existe aucun programme pour assurer le suivi de l'action des AAI (Pochard, 2001).

Le caractère facultatif des auditions de l'ART constitue la première limite du contrôle démocratique en France. Les caractéristiques de la Constitution et les traditions politiques françaises ne prédisposent pas les organes parlementaires à exercer un contrôle continu sur les autorités administratives indépendantes (Conseil d'État, 2001).

La seconde limite, qui explique sans doute la première, est le manque d'expertise des commissions permanentes dans le domaine technique de la régulation sectorielle (Thatcher, 1998 ; Estache et Martimort, 1999). Ce manque d'expertise altère la capacité de ces organes à remettre en cause les décisions de l'autorité sectorielle.

Ce manque d'expertise peut cependant être nuancé si l'on examine la composition de ces commissions. Certains de leurs membres font également partie de la Commission supérieure du service public des postes et communications électroniques (CSSPPCE) qui intervient régulièrement, à titre consultatif, dans le domaine des télécommunications. En outre, cette commission peut être consultée par les commissions permanentes du Parlement sur tout sujet relevant de sa compétence : contrôle du développement équilibré de la concurrence dans le secteur, transposition des directives européennes et évolution de la législation nationale, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre du service universel. Elle établit également chaque année un rapport sur l'action de l'ART en ce qui concerne le service public (article L125 du CPCE). Cette dernière mission constitue en elle-même une forme de contrôle démocratique de l'Autorité dans la mesure où la CSSPPCE est composée principalement de parlementaires. A la lecture de ces rapports,

¹²² Voir par exemple l'étude de Conac (2002) sur le contrôle démocratique de la *Securities and Exchange Commission* (SEC).

nous devons cependant constater qu'il s'agit davantage d'une synthèse des avis donnés par cette commission que d'une réelle évaluation de l'action de l'ART.

L'étendue du contrôle de l'action de l'agence de régulation n'est qu'un des éléments du contrôle démocratique. Pour être efficace, il doit s'accompagner d'un mécanisme de sanction ou de réformation des décisions de l'agence. Ces mécanismes ne sont cependant pas précisément prévus par la loi française.

b) Des mesures contraignantes limitées

Comme le souligne le Conseil d'État (2001), le pouvoir des commissions parlementaires sur l'action des autorités administratives indépendantes n'est pas clairement défini. Suite à l'audition d'une agence de régulation indépendante, la loi ne prévoit aucun mécanisme particulier permettant de modifier la décision prise ou d'y opposer un veto, comme cela peut être le cas aux États-Unis (Thatcher, 2005).

Le Parlement doit alors utiliser les moyens de contrainte dont il dispose généralement. Le premier de ces moyens est le pouvoir législatif. Le Parlement, sur proposition du gouvernement, peut modifier la loi pour retirer certains pouvoirs du champ de compétences de l'Autorité. Dans un cas extrême, on peut même imaginer qu'il puisse faire disparaître cette agence. Néanmoins, le vote de la loi n'est pas un instrument utilisable quotidiennement si bien qu'il ne pourrait intervenir qu'en cas de défaillance évidente, répétée et volontaire de l'agence.

Le budget de l'ART provenant du budget général de l'État, bien que la loi permette la perception de ressources propres, le Parlement peut également jouer sur cette variable pour sanctionner les éventuels manquements de l'agence. Cependant, comme dans le cas de la modification législative, une diminution de son budget n'imposerait qu'une sanction générale à l'agence. Elle ne permettrait pas de modifier une décision particulière qu'elle aurait pu prendre en dépit de l'intérêt général. De plus, comme le souligne la Commission européenne, le financement de l'agence de régulation doit garantir son indépendance. C'est pourquoi, elle préconise un financement issu des taxes et redevances imposées aux opérateurs. En conséquence, le budget de l'Autorité ne saurait servir de variable d'ajustement pour influencer sa décision.

Enfin, le pouvoir de nomination des membres de l'agence dont disposent le Parlement et le gouvernement nous semble ici inefficace. La procédure de nomination des membres du collège est organisée pour garantir l'indépendance de l'Autorité : intervention d'autorités différentes dans la procédure de nomination, mandat fixe supérieur à celui des autorités politiques, caractère non renouvelable du mandat. En conséquence, ce moyen de contrôle ne peut être que difficilement utilisé pour obliger l'agence à se conformer à l'intérêt général. On peut cependant avancer que les membres du collège de ces autorités étant généralement issus de la fonction publique et destinés à y retourner à l'échéance de leur mandat, ils sont indirectement soumis aux sanctions du pouvoir politique quant à leur reconversion (Estache et Martimort, 1999). Dans ce cas, il s'agit cependant plus d'un contrôle politicien que d'un contrôle démocratique.

Thatcher (2005) met en évidence la faible utilisation de ces pouvoirs par les gouvernements français, britanniques, allemands et italiens pour contrôler les agences de régulation indépendantes. Il souligne l'indépendance dont bénéficient les agences de régulation en avançant que les coûts du contrôle démocratique (acquisition d'information, perte de crédibilité de la régulation, critique publique¹²³...) peuvent décourager les autorités démocratiques à s'engager dans un tel contrôle. L'autre explication proposée par cet auteur serait une convergence entre les objectifs de l'agence de régulation et ceux des autorités politiques qui justifierait que ces derniers n'utilisent pas les instruments de sanction dont ils disposent. Compte tenu de l'analyse de l'analyse que nous avons mené jusqu'à présent, nous excluons bien évidemment cette possibilité.

En résumé, le contrôle démocratique s'exerçant sur l'ART est relativement peu étendu. D'une part, le principal moyen de contrôle que sont les auditions devant les commissions parlementaires sont peu réglementées et les conditions de ces auditions ne permettent pas aux commissions de combler le retard informationnel qu'elles peuvent avoir sur le régulateur sectoriel. D'autre part, les moyens permettant de mettre en conformité les décisions de l'agence de régulation avec l'intérêt public ne sont pas précisément définis par la législation.

¹²³ Par exemple, la nomination de J.M. Hubert, ancien secrétaire général à la ville de Paris et nommé par J. Chirac a soulevé de nombreuses critiques (La Tribune Desfossés, 20 octobre 1996 ; Les Echos, 30 octobre 1996).

2.3 Le contrôle exercé par les autorités communautaires

L'analyse développée par Majone (1996-b) tend à montrer que le domaine des politiques de régulation permet aux autorités européennes, notamment à la Commission, de jouir d'une marge considérable d'autonomie dans leurs décisions, remettant en cause la souveraineté des États membres. Cette conception de la Commission européenne nous permet d'envisager le contrôle qu'elle peut exercer sur les actions des autorités de régulation nationales. Nous présenterons les moyens dont dispose la Commission pour contrôler les autorités nationales ainsi que leur utilisation. Avant cela, comme pour les autres contrôles exercés, nous nous interrogerons sur la capacité d'expertise de la Commission.

a) Le pouvoir d'expertise de la Commission européenne

Le pouvoir d'évaluation de la Commission réside dans la publication annuelle d'un rapport sur la mise en œuvre de la régulation dans le marché des télécommunications. Initialement prévus pour contrôler la transposition effective des directives européennes en droit national, ces rapports ont ensuite vu leur contenu élargi à l'évaluation de la mise en œuvre de cette réglementation. Ils dressent un constat global sur l'évolution du secteur en situant les performances obtenues par chaque État membre par rapport à la moyenne européenne. Une analyse pays par pays est ensuite effectuée où l'architecture institutionnelle nationale est particulièrement mise en évidence. Cette démarche permet à la Commission de percevoir, et éventuellement souligner, les manquements de chacun des régulateurs. Cette vision supranationale de la Commission lui procure l'avantage unique de pouvoir évaluer les performances de chaque État par rapport à celles des autres. En ce sens, même si certaines spécificités nationales continuent à alimenter l'asymétrie d'information entre la Commission et les régulateurs nationaux, son expertise sectorielle reste importante.

b) Les moyens de contrôle de la Commission

La singularité du contrôle de la Commission européenne réside également dans la possibilité qu'elle a d'interférer directement sur les régulations nationales lorsqu'elle juge que les mesures prises par les régulateurs ne respectent pas les directives ou recommandations qu'elle a émises.

En premier lieu, elle dispose de différents moyens pour contraindre les États membres à transposer les directives européennes. Elle peut envoyer des avertissements aux États qui tarderaient à transposer le droit européen en droit national. Ces avertissements sont l'étape ultime avant un éventuel recours auprès de la Cour de Justice des Communautés Européenne (CJCE). La Commission a récemment utilisé ce recours dans le cadre du non-respect par la France et l'Allemagne des critères du Pacte de stabilité et de croissance. Dans le cadre de la libéralisation du secteur des télécommunications, elle a cependant peu utilisé cette option, ses avertissements répétés conduisant les États récalcitrants à adopter les règles de conduite qu'elle a fixées.

En deuxième lieu, elle peut, si nécessaire, obliger les autorités nationales à annuler des décisions touchant à des points essentiels lorsque celles-ci affectent la concurrence, comme le prévoit le paquet télécom. Ainsi, les projets de décisions concernant l'analyse des marchés sont notifiés pour avis à la Commission européenne qui dispose d'un droit de veto sur la définition des marchés pertinents et la désignation des opérateurs puissants. Ce droit de veto a déjà été utilisé en mai puis en juillet 2005 par la Commission. Le premier cas concerne le marché des mobiles pour lequel la Commission a rejeté l'existence d'une « situation d'influence significative conjointe » des trois grands opérateurs sur le marché français invoquée par l'ART pour justifier un encadrement réglementaire du secteur. Le second cas concerne le marché du haut débit ; la Commission n'y a autorisé qu'une régulation provisoire en arguant que l'objectif final est un allègement de cette régulation au bénéfice d'une libre concurrence.

La Commission peut également intervenir directement sur les marchés nationaux en passant outre les autorités de régulation nationales. Elle peut sanctionner les anciens monopoles lorsqu'ils retardent volontairement l'émergence de la concurrence et qu'elle juge que les mesures prises par le régulateur national sont insuffisantes. Par exemple, en mai 2003, la Commission a court-circuité le régulateur allemand (le RegTP) en infligeant une lourde amende de 12,6 millions d'euros à l'opérateur allemand Deutsche Telekom pour avoir abusé de sa position dominante en faisant obstacle au dégroupage total de la boucle locale¹²⁴. En mars 2004, la Commission est de nouveau intervenue en négociant directement avec Deutsche Telekom le prix du dégroupage partiel au motif que les tarifs

¹²⁴ Voir le communiqué de presse de la Commission, 21 mai 2003, IP/03/717.

proposés par l'opérateur ne permettaient pas à ses concurrents de dégager une marge suffisante en souscrivant à cette offre¹²⁵.

Enfin, elle peut utiliser son pouvoir réglementaire pour définir le domaine d'intervention de l'agence de régulation et du Ministre chargé des télécommunications, dans le cas où la répartition des compétences entre ces deux acteurs altérerait le processus concurrentiel. Nous avons vu que la Commission a déjà utilisé ce moyen d'action en imposant une séparation structurelle effective entre les fonctions de régulation et d'exploitation, réduisant ainsi l'intervention des gouvernements, lorsque l'opérateur historique n'a pas été privatisé. Il est donc possible de penser que la Commission utilise ce pouvoir législatif pour organiser plus précisément la répartition des compétences entre ces deux régulateurs. L'inconvénient de cette action est qu'elle touche l'ensemble des États membres si elle est engagée par le biais d'une directive. Le recours à une décision permettrait de prendre des mesures affectant des États membres en particulier. Au-delà de son pouvoir formel, la Commission peut également utiliser son influence informelle pour intervenir sur le domaine de compétences des régulateurs. Par exemple, lorsque le Ministre de l'économie a cherché à diminuer le domaine du contrôle tarifaire¹²⁶, juste avant de transférer ce pouvoir à l'ART, la Commission a immédiatement fait part de ses réserves. Cette réaction, sans suivre de procédure formelle, a finalement abouti au retrait du projet initial.

Les différents contrôles hiérarchiques pesant sur les régulateurs nationaux sont destinés à surveiller l'usage du pouvoir discrétionnaire dont ils peuvent disposer. Ces contrôles sont exercés par les autorités juridictionnelles, démocratiques et européennes. A leur niveau, chacun de ces contrôles souffre de certaines limites que nous avons cherché à mettre en évidence. Le contrôle par les autorités juridictionnelles semble manquer de l'expertise sectorielle requise pour remettre en cause les décisions des régulateurs. Le contrôle démocratique n'est pas organisé pour contrôler et sanctionner les autorités administratives indépendantes. L'intervention de la Commission européenne semble échapper à ces principaux écueils dans la mesure où elle dispose à la fois de l'expertise

¹²⁵ Voir le communiqué de presse de la Commission, 1^{er} mars 2004, IP/04/281.

¹²⁶ Voir l'amendement adopté en seconde lecture à l'Assemblée nationale pour la loi pour la confiance en l'économie numérique et visant à soustraire les services « innovants » du contrôle tarifaire imposé à France Télécom.

sectorielle requise pour juger de leur action et des moyens permettant de réformer leurs décisions individuelles. Nous pouvons cependant noter qu'elle utilise assez rarement ce dernier pouvoir.

Conclusion du chapitre 4

L'objectif de ce chapitre était de mettre en évidence les objectifs privés de l'agence de régulation indépendante. Nous avons notamment cherché à déterminer qui, des opérateurs alternatifs ou de l'opérateur historique, parvenait à influencer ses décisions.

Pour cela nous avons utilisé la typologie des instruments de capture proposés par Laffont et Tirole (1993) : transferts monétaires, emplois réservés, relations personnelles entre les deux parties, critique publique des décisions rendues ou encore les transferts effectués vers certains élus « haut placés » pour qu'ils influencent à leur tour les décisions du régulateur. Nous avons établi une grille de lecture nous permettant d'identifier les opérateurs parvenant à utiliser ces instruments de la manière la plus efficace.

Nous avons montré que l'instrument des « relations personnelles » avec l'agence de régulation pouvait être utilisé plus efficacement par les nouveaux entrants. Les croyances initiales de l'agence convergent en effet avec les objectifs des opérateurs alternatifs et l'amènent structurellement à s'opposer à l'opérateur historique. De plus, nous avons souligné que l'agence de régulation devait être particulièrement soucieuse d'éviter la critique publique provenant des nouveaux opérateurs privés. Sur la base de ces éléments notamment, nous avons identifié alternatifs comme les bénéficiaires du processus de libéralisation mis en œuvre par l'agence de régulation indépendante.

Nous avons ensuite montré que le régulateur indépendant dispose d'une marge discrétionnaire importante qui lui permet d'atteindre ses objectifs privés. Cette marge discrétionnaire résulte à la fois d'imprécisions législatives qui permettent au régulateur de définir lui-même certaines obligations à imposer à l'opérateur historique et de l'expertise sectorielle dont il bénéficie pour accomplir ses missions.

Cette marge discrétionnaire est à l'origine des limites du contrôle hiérarchique s'exerçant sur le régulateur indépendant. En effet, faute d'expertise suffisante, les

autorités juridictionnelles et démocratiques ne semblent pas en mesure de remettre en cause les décisions des régulateurs sectoriels. Pour les autorités démocratiques, la limite de leur intervention est renforcée par l'absence de mécanisme précis encadrant leur pouvoir de réformation des décisions de l'Autorité. Reste le contrôle exercé par les autorités supranationales qui, bien que rarement utilisé, réunit les caractéristiques d'un contrôle efficace. La Commission européenne dispose à la fois de l'expertise nécessaire pour juger l'action des régulateurs et de la possibilité de réformer leurs décisions individuelles.

Dans le chapitre suivant, nous allons chercher à appuyer nos propositions théoriques sur la capture des régulateurs nationaux à l'aide d'une étude empirique en mettant en évidence les divergences survenues entre le Ministre chargé des télécommunications et l'ART en matière de contrôle tarifaire.

Chapitre V

EXAMEN EMPIRIQUE : LE CAS DU CONTRÔLE TARIFAIRE

L'objet de ce bref chapitre est de proposer une vérification empirique des résultats théoriques obtenus dans les chapitres précédents et concernant les objectifs privés défendus par le Ministre chargé des télécommunications et l'agence de régulation indépendante. Comme nous l'avons précisé au cours de cette partie, il est difficile de montrer que les décisions d'un régulateur sont prises en fonction d'objectifs privés plutôt que de l'intérêt général. Il faudrait pour cela disposer des mêmes informations que celles détenues par les régulateurs et vérifier ensuite les hypothèses et la méthodologie retenues, puis les calculs effectués. La répartition des compétences entre les régulateurs, telle qu'elle a été effectuée en France, peut cependant permettre de vérifier nos propositions théoriques sans contrôler le fond des décisions des régulateurs.

Dans certains domaines, l'ART et le Ministre chargé des télécommunications interviennent conjointement pour prendre une décision unique. Ces domaines ont été définis précédemment ; il s'agit des domaines où l'ART a un pouvoir consultatif alors que le Ministre dispose du pouvoir d'homologation. Il s'agit du contrôle tarifaire, de la répartition des coûts du service universel entre les opérateurs et de l'attribution des licences.

En confrontant l'avis rendu par l'ART à la décision finalement prise par le Ministre, nous pouvons mettre en évidence les divergences entre les deux régulateurs et révéler leurs objectifs privés.

De ces trois domaines, celui du contrôle tarifaire semble être le plus pertinent pour appuyer notre argumentation. Tout d'abord, contrairement à l'évaluation des coûts du service universel, il donne lieu chaque année à plusieurs dizaines de confrontations entre les deux régulateurs, ce qui nous permet de disposer d'une base de données importante

pour notre analyse. Ensuite, les objectifs privés des régulateurs peuvent être révélés plus facilement par la mise en œuvre du contrôle tarifaire dans la mesure où l'homologation ou non d'une offre de détail affecte les opérateurs alternatifs dans leur ensemble, c'est-à-dire sans pénaliser un opérateur particulier. Contrairement au cas où le gouvernement déciderait, contre l'avis de l'ART, de ne pas accorder une licence à un opérateur ou, dans une moindre mesure, d'augmenter le montant de sa contribution au service universel, cet opérateur utiliserait sans doute les recours juridiques à sa disposition pour renverser la décision de l'autorité politique. Dans cette perspective, la régulation tarifaire permet aux régulateurs d'influencer le processus concurrentiel sans prendre de décisions affectant un opérateur particulier et diminue ainsi le risque de recours contre ces décisions.

Dans une première section, nous présentons la procédure de contrôle tarifaire les observations sur les avis et homologation émis par l'ART et le Ministre chargé des télécommunications. Dans une seconde section, nous présentons les résultats obtenus puis nous les interprétons afin de conclure sur les objectifs privés défendus par chaque régulateur.

Section 1 – Présentation de la procédure de contrôle tarifaire

Dans cette section, nous présentons le cadre législatif régissant le contrôle tarifaire en France en soulignant l'impact de ce domaine de la régulation sur le développement de la concurrence. Nous présentons ensuite les observations sur les avis et homologations de l'ART et du Ministre chargé des télécommunications selon qu'ils aient été favorables ou non à l'opérateur historique.

1 – La procédure de contrôle tarifaire

La régulation tarifaire consiste à imposer un contrôle sur les tarifs de détail de France Télécom afin de détecter et prévenir les offres anti-concurrentielles. La loi prévoit que l'ART émette « un avis public sur les tarifs et les objectifs pluriannuels du service universel ainsi que sur les tarifs des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché, préalablement, lorsqu'ils y sont soumis, à leur homologation par les

Ministres chargés des télécommunications et de l'économie » (art. L.36-7 du Code des Postes et Télécommunications).

Le contrôle exercé sur les tarifs du service universel a vocation à s'appliquer à l'ensemble des offres de service téléphonique de France Télécom, y compris les options tarifaires (forfaits ou réductions) et les offres de service téléphonique qui sont en concurrence avec celles d'autres opérateurs. Le contrôle exercé sur les tarifs des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché a pour objet d'empêcher des tarifs qui, quoique favorables aux consommateurs à court terme, auraient pour effet d'empêcher les concurrents d'entrer sur le marché et reviendraient à entraver la liberté de choix des utilisateurs, se révélant à long terme contraires à leurs intérêts (ART, 1999).

De fait, la plupart des tarifs que propose France Télécom sont soumis à un contrôle de la part des régulateurs, même s'il peut s'avérer difficile de déterminer dans quel cadre ce contrôle est appliqué : par exemple, au début du processus de libéralisation, le contrôle exercé pour les services de téléphonie locale relève à la fois du contrôle exercé au titre du service universel et au titre des services en monopole de fait.

En pratique, lorsque France Télécom veut créer ou modifier une offre de détail, elle envoie une décision tarifaire conjointement à l'ART et au Ministre chargé des télécommunications. L'ART dispose d'un délai de trois semaines à partir du dépôt du dossier complet pour rendre son avis motivé sur cette offre. L'homologation du Ministre chargé des télécommunications doit ensuite intervenir dans un délai d'un mois, sans obligation de publier les motivations de la décision rendue. En l'absence de réponse du Ministre, l'offre de France Télécom est considérée comme homologuée dans un délai de deux mois.

Le contrôle des tarifs des offres de détail proposées par l'opérateur historique est un des principaux aspects de la régulation du marché. L'impact de ces offres sur la concurrence est évident dans la mesure où les nouveaux entrants doivent proposer des tarifs au moins aussi faibles que ceux proposés par l'opérateur historique pour pouvoir capter une clientèle historiquement liée à l'ancien monopole. Les tarifs proposés par ce dernier influencent leurs perspectives de profits et donc leur décision d'entrer ou non sur le marché (Thatcher, 1999). Dans ce cas, il s'agit, pour le régulateur, de détecter les prix

prédateurs de l'opérateur historique. Généralement, la prédation est avérée si le tarif est inférieur au coût variable moyen. Cependant, pour prendre en compte l'importance des coûts fixes dans le secteur des télécommunications et, *a contrario*, des faibles coûts variables, on considère, dans ce secteur, qu'un prix est prédateur s'il est compris entre le coût variable moyen et le coût total et s'il existe une volonté d'exclure un ou plusieurs concurrents (ART, 2004). Dans ce cadre, la régulation tarifaire permet de prévenir les offres visant à exclure les concurrents du marché ou à les empêcher d'entrer sur un marché émergent.

En outre, les régulateurs doivent s'assurer que le niveau des tarifs d'accès au réseau de l'opérateur historique permet aux nouveaux entrants de proposer des offres concurrentes. Il s'agit de vérifier qu'un opérateur alternatif réputé efficace peut proposer, dans des conditions économiques viables, une offre de détail équivalente à celle de l'opérateur historique tout en ayant recours à son service d'interconnexion. Le régulateur effectue un test de ciseau tarifaire (ou test de *squeeze*) pour comparer la recette moyenne de l'opérateur alternatif à ses coûts moyens pour fournir cette offre équivalente. Le test sera favorable, et la décision tarifaire acceptée, si la recette moyenne résultant de cette offre permet de couvrir le coût moyen de l'opérateur tiers.

Nous voyons ainsi que la régulation tarifaire, en permettant aux opérateurs alternatifs de dégager une marge, tout en proposant des offres concurrentielles, est indispensable à l'introduction de la concurrence sur le marché. Cela justifie la pertinence de retenir ce domaine pour mettre en évidence les objectifs privés des régulateurs.

Les offres de France Télécom peuvent concerner tout autant les clients résidentiels que les entreprises ou les professionnels. Il peut s'agir d'une modification du tarif de base des communications, de la création ou de la modification de forfaits pour les communications locales, nationales ou vers les mobiles, des offres d'accès à internet, du prix de l'abonnement... Les avis de l'ART et les homologations ministérielles devant être rendus publics, nous disposons d'une base de données permettant de voir si les Ministres se conforment à l'avis motivé de l'ART ou si les deux régulateurs révèlent leurs divergences sur la mise en œuvre de la régulation, et donc les objectifs privés qu'ils poursuivent.

2 – Les observations

Depuis sa création en 1997 et jusqu'à la fin de l'année 2004, France Télécom a soumis 784 décisions tarifaires¹²⁷ à la procédure d'homologation. Notre étude s'arrête aux offres émises depuis le 1^{er} janvier 2005 puisque un mois plus tard, le Ministre s'est vu retirer son pouvoir d'homologation au profit de l'ART pour les offres relevant du service universel. Pour les autres offres, l'ART doit préalablement analyser les marchés pertinents définis par le nouveau cadre réglementaire européen ; elle obtiendra ensuite le pouvoir de décision sur les offres concernant chacun de ces marchés.

Notre objectif est de comparer les avis de l'ART aux décisions rendues par les Ministres. L'ART, dans ses avis, peut donner cinq types de conclusion : un avis favorable, un avis partiellement favorable, un avis favorable sur une partie de la décision tarifaire et défavorable sur l'autre, un avis partiellement défavorable et un avis défavorable¹²⁸. En fonction de l'avis de l'ART, nous pouvons observer le nombre de cas où le gouvernement a suivi cet avis ou a modifié les propositions de l'agence de régulation (dans un sens favorable ou défavorable à France Télécom). La synthèse de ces observations est indiquée dans le tableau suivant :

	ART	Ministre
Nombre d'avis ou de décision favorable	550	584
Nombre d'avis ou de décision partiellement favorable	89	74
Nombre d'avis ou de décision partiellement favorable / défavorable	37	29
Nombre d'avis ou de décision partiellement défavorable	28	27
Nombre d'avis ou de décision défavorable	80	70
Total	784	784

¹²⁷ Des décisions tarifaires n° 97 001 à 2004 180.

¹²⁸ Nous retenons la terminologie utilisée par l'ART dans les conclusions de ses avis.

Le tableau suivant propose une vision plus synthétique en regroupant tous les avis non totalement favorables de l'ART et en les comparant à la décision du Ministre. Il permet de rendre compte dans quelle mesure le gouvernement se conforme à l'avis de l'ART selon la nature de l'avis (favorable ou non).

	Nombre de cas
Avis favorable de l'ART / homologation de l'offre par le Ministre	545
Avis favorable de l'ART / non homologation de l'offre par le Ministre	5
Avis défavorable (ou partiellement favorable) de l'ART / homologation du Ministre en conformité avec l'avis de l'ART	195
Avis défavorable (ou partiellement favorable) de l'ART / homologation de l'offre par le Ministre sans suivre l'avis de l'ART	39
Total	784

Section 2 – Les résultats

Dans cette section, cherchons à montrer s'il existe une différence statistiquement significative entre l'avis de l'ART et la décision finale des Ministres. Nous interprétons ensuite nos résultats pour mettre en évidence les objectifs privés des deux régulateurs.

1 – Les divergences entre l'agence de régulation et le Ministre

Notre objectif est de tester la convergence entre l'avis de l'ART et la décision ministérielle pour les décisions tarifaires émises par France Télécom. Nous proposons d'abord d'analyser cette convergence au regard du taux d'acceptation global de chaque régulateur pour les offres de France Télécom. Nous affinons ensuite notre analyse en comparant les avis et décisions des régulateurs pour chaque offre de France Télécom.

1.1 Comparaison des taux d'acceptation

Sur les 784 offres tarifaires soumises par France Télécom, l'ART a émis à un avis favorable dans 550 cas, soit un taux d'acceptation des offres de 70%. De son côté, le gouvernement a homologué 584 décisions tarifaires de l'ancien monopole sans en modifier le contenu, soit un taux d'acceptation de plus de 74%.

Notre test consiste à révéler s'il existe une différence statistiquement significative entre les taux d'acceptation des offres de France Télécom pour chacun des régulateurs. En utilisant le test de comparaison de proportion présenté dans l'ouvrage de P.H. Wilthien (1996), il apparaît bien une différence significative entre ces deux taux d'acceptation avec une marge d'erreur inférieure à 5%. Nous pouvons donc conclure que le gouvernement est davantage favorable aux offres de France Télécom que ne l'est l'ART.

Lorsque France Télécom propose une offre, son objectif est bien évidemment de maximiser son profit. Parmi les offres de France Télécom, nous avons souligné que le contrôle tarifaire s'exerce soit lorsque la concurrence n'est pas suffisamment développée sur le segment de marché concerné, soit lorsque ces offres concernent le service universel. Pour notre étude, la distinction qui nous semble la plus pertinente est de différencier le contrôle tarifaire selon qu'il s'exerce sur les services, minoritaires, pour lesquels France Télécom est en situation de monopole incontestable (cabines téléphoniques publiques, abonnement...) ou sur les segments de marché où la concurrence doit être amenée à se développer (communications locales, internet haut-débit...).

Pour les premiers, il s'agit d'empêcher France Télécom d'abuser de sa position de monopole au détriment des consommateurs. Ces offres n'ont théoriquement aucun

impact sur le profit des nouveaux entrants puisqu'ils n'opèrent pas sur ces segments de marché. Les divergences entre l'ART et le Ministre chargé des télécommunications ne témoignent alors pas des relations que ces régulateurs entretiennent avec les différentes catégories d'opérateurs. Notamment, lorsque l'ART émet un avis défavorable sur une offre de France Télécom, nous ne pouvons pas conclure qu'elle cherche à défendre les opérateurs alternatifs.

En revanche, si l'on considère les offres sur les segments de marché où la concurrence n'est pas suffisamment développée, nous pouvons tirer des conclusions plus précises. Lorsque France Télécom soumet ce type d'offre à homologation, il s'agit, dans une grande majorité, d'une baisse de tarifs ou de la création de nouveaux services ayant pour but de limiter la diminution de ses parts de marché au profit des opérateurs alternatifs. Lorsque l'ART émet un avis défavorable sur ces offres, sa décision permet d'accroître les parts de marché, et donc le profit, des opérateurs alternatifs. Un avis défavorable à une offre de France Télécom est dans ce cas favorable aux opérateurs alternatifs. Lorsque le gouvernement homologue ces offres, sa décision permet de limiter la baisse des parts de marché, et donc du profit, de l'opérateur historique. Une homologation d'une offre de France Télécom est dans ce cas défavorable aux opérateurs alternatifs.

Ce raisonnement nous permet d'affiner la conclusion que nous avons énoncée précédemment. Nous affirmions que le gouvernement est davantage favorable à France Télécom que ne l'est l'ART ; nous pouvons désormais ajouter que l'ART est davantage favorable aux opérateurs alternatifs que ne l'est le gouvernement. Ce corollaire est vérifié lorsque le contrôle tarifaire s'exerce sur des offres où la concurrence n'est pas suffisamment développée. Dans la sous-section suivante, nous déterminerons sur quel type d'offres surviennent les divergences entre les deux régulateurs.

Ces deux conclusions ne nous permettent cependant pas d'affirmer que la différence entre les taux d'acceptation s'explique par la capture des régulateurs. En effet, la différence entre ces deux taux peut exprimer une situation où, dans un certain nombre de cas, le gouvernement n'homologue pas la décision tarifaire de France Télécom malgré l'avis favorable de l'ART ; il suffit simplement que le nombre d'homologation malgré un avis défavorable soit plus élevé pour expliquer que le taux d'acceptation du

gouvernement soit supérieur à celui de l'ART. S'il existe un nombre important de cas où l'ART est favorable à France Télécom alors le gouvernement lui est défavorable, nous ne pouvons pas conclure que l'ART est capturée par les nouveaux entrants et le gouvernement par l'opérateur historique.

Dans la sous-section suivante, nous comparons la convergence des décisions rendues pour chaque offre de France Télécom, afin de vérifier que les résultats obtenus s'expliquent bien par la capture du gouvernement par France Télécom et de l'ART par les nouveaux entrants.

1.2 Comparaison offre par offre

Sur les 784 décisions tarifaires soumises par France Télécom, l'agence de régulation a émis un avis totalement favorable aux offres de France Télécom dans 70% des cas. Lorsque cet avis a été favorable pour France Télécom, il a été suivi par le gouvernement dans 99% des cas. En revanche, lorsque l'ART a émis un avis défavorable ou des réserves sur l'offre de France Télécom, le gouvernement n'a suivi l'avis rendu que dans 83% des observations, en homologuant l'offre malgré les réserves émises par l'ART dans près de 17% des cas.

Nous cherchons à comparer la proportion d'homologations en conformité avec l'avis de l'ART lorsque cet avis est favorable (99% d'homologations) et lorsqu'il est défavorable (83% de non homologations). En effectuant le même test de comparaison de proportion que précédemment, nous concluons avec une marge d'erreur inférieure à 0,2% que le gouvernement se conforme significativement moins à l'avis de l'ART quand elle a rendu un avis défavorable sur l'offre de France Télécom que dans le cas d'un avis favorable. En d'autres termes, le gouvernement ne remet en cause l'avis de l'ART que lorsque celui-ci est défavorable à France Télécom. Sur les 39 homologations accordées par le Ministre malgré un avis défavorable de l'ART, une seule décision tarifaire correspond à une augmentation des tarifs de France Télécom¹²⁹. Les 38 homologations restantes correspondent à des baisses de tarifs ou à la création de nouvelles offres et doivent permettre à France Télécom d'augmenter ses parts de marché au détriment des nouveaux entrants. En suivant le raisonnement de la sous-section précédente, nous

¹²⁹ Décision tarifaire n°97 094 visant à augmenter le prix des communications nationales depuis les publiphones (composantes du service universel).

pouvons donc conclure symétriquement que le gouvernement ne s'oppose significativement à l'ART que pour désavantager les opérateurs alternatifs.

Nous pouvons mener une analyse symétrique sur le comportement de l'agence de régulation en considérant que l'avis de l'ART et la décision ministérielle sont prises simultanément¹³⁰. Une fois révélés les avis et décisions de chaque régulateur, nous cherchons à comparer dans quelle mesure l'avis rendu par l'ART est conforme à la décision du Ministre.

Nous observons que, lorsque le Ministre choisit d'homologuer l'offre de France Télécom, l'avis de l'ART n'est favorable que dans 93% des cas. En revanche, lorsque le Ministre choisit de ne pas homologuer l'offre de France Télécom, l'avis de l'ART est défavorable à l'opérateur historique dans 97,5% des cas. En effectuant le même test de comparaison de proportion que précédemment, nous pouvons conclure avec une marge d'erreur inférieure à 3%, que la position de l'ART converge davantage avec celle du gouvernement lorsqu'il s'agit de refuser une offre de France Télécom que de l'accepter. Sachant qu'en s'opposant à l'offre de France Télécom, l'ART défend la position des nouveaux entrants (voir paragraphe précédent), nous pouvons conclure symétriquement que l'ART ne s'oppose au gouvernement que pour protéger les opérateurs alternatifs.

Le fait de considérer que l'avis de l'ART et la décision du Ministre sont pris simultanément ne modifie en rien les conclusions que nous pouvons tirer sur le comportement de l'Autorité. En effet, quelle que soit la séquence du test, lorsque l'ART émet un avis, elle ignore s'il sera remis en cause par le gouvernement ; il n'importe donc pas de savoir si son avis est rendu avant ou après la décision ministérielle. En effet, tester la conformité de la position d'un régulateur par rapport à celle de l'autre n'est qu'un support pour mettre en évidence leurs objectifs privés. L'objectif final est de vérifier que le gouvernement est davantage favorable aux offres de France Télécom et, symétriquement, que l'ART y est plus souvent défavorable.

¹³⁰ Cette hypothèse ne modifie en rien la structure du test et dans ce cas les résultats obtenus sur le comportement du gouvernement sont identiques.

2 – Interprétation

Deux raisons principales peuvent expliquer les divergences entre les régulateurs lors de la mise en œuvre du contrôle tarifaire. D'une part, elles peuvent être liées à leur manque d'expertise. Si un des deux régulateurs ne dispose pas des moyens nécessaires pour apprécier l'impact concurrentiel des offres de France Télécom, les décisions qu'il prendra seront aléatoires et pourront être différentes des décisions du régulateur « expert »¹³¹. Si aucun des deux régulateurs ne dispose de l'expertise nécessaire, l'explication de leurs divergences est encore plus évidente. D'autre part, elles peuvent s'expliquer par la capture d'un régulateur par une catégorie d'opérateurs. Dans ce cas, le régulateur capturé prendra nécessairement des décisions divergentes de celles du régulateur « expert ».

Le gouvernement ne s'opposant significativement à l'ART que pour défendre l'opérateur historique, on ne peut pas attribuer ces divergences à un manque d'expertise. Si ces divergences résultaient d'un manque d'expertise du gouvernement, elles se produiraient tout autant lorsque l'ART émet un avis favorable que lorsqu'elle émet un avis défavorable. Or, le gouvernement ne s'oppose significativement à l'ART que lorsqu'elle émet un avis défavorable à l'offre de France Télécom. Symétriquement, l'ART n'est opposée significativement au gouvernement que lorsque la décision du Ministre est défavorable aux nouveaux entrants. Nous pouvons donc exclure le manque d'expertise du gouvernement ou de l'ART comme explication des divergences entre les deux régulateurs. Si ces divergences ne relèvent pas d'un manque d'expertise, elles traduisent nécessairement le fait qu'un des deux régulateurs est capturé. En l'absence de capture et de déficit d'expertise, les deux régulateurs prendraient nécessairement les mêmes décisions.

Lemme 1 : *Au moins un des deux régulateurs est capturé.*

Le fait que le gouvernement ne s'oppose significativement à l'ART que lorsqu'elle émet un avis défavorable aux offres de France Télécom peut s'expliquer par deux raisons.

¹³¹ Nous appelons régulateur « expert » le régulateur qui dispose des moyens d'expertise et de l'information nécessaires pour analyser les offres de l'opérateur historique et qui n'est capturé par aucun des opérateurs.

Soit l'ART est capturée par les opérateurs alternatifs, et l'opposition du gouvernement permet de rétablir les conditions de la concurrence. Soit l'ART est « experte » et l'opposition du gouvernement montre qu'il est nécessairement capturé par l'opérateur public.

Lemme 2 : Si le gouvernement est capturé, il l'est nécessairement par l'opérateur historique.

Symétriquement, si le gouvernement n'est pas influencé par l'opérateur historique, l'agence de régulation est nécessairement capturée par les opérateurs alternatifs puisqu'elle n'est opposée significativement au gouvernement que pour défendre ces derniers.

Lemme 3 : Si l'agence de régulation est capturée, elle l'est nécessairement par les opérateurs alternatifs.

Les résultats de ce test empirique sont conformes à ceux de l'analyse théorique que nous avons menée précédemment. Ils nous permettent de préciser l'effet net des multiples intérêts auxquels sont soumis les régulateurs. Dans le cas du gouvernement, nous avons vu que, même si ses intérêts semblaient davantage converger avec ceux de l'opérateur historique, il restait sensible aux pressions des opérateurs alternatifs. Les résultats de ce test nous permettent d'aller dans le sens de notre proposition en excluant la possibilité d'une collusion entre le gouvernement et les nouveaux opérateurs privés. De même, concernant l'agence de régulation, la problématique portait principalement sur l'identification de la catégorie d'opérateurs qui parvenaient à influencer ses décisions. Les résultats de ce test permettent d'exclure la possibilité de collusion entre l'agence de régulation et l'opérateur historique, confirmant que l'agence est influencée par les opérateurs alternatifs.

La principale limite de cette étude empirique pourrait être qu'elle ne permet pas de démontrer simultanément la capture du gouvernement par France Télécom et celle de l'ART par les nouveaux entrants. Cependant, notre question initiale ne portait pas tant sur la mise en évidence de la capture des régulateurs que sur l'identification des groupes d'intérêts qui parvenaient à influencer les décisions des régulateurs. En ce sens, si l'on admet, en conformité avec la théorie de la capture, que les régulateurs sont

nécessairement capturés par les entreprises régulées, cette étude nous permet d'avancer la proposition suivante :

Proposition : Les deux régulateurs du marché des télécommunications sont capturés : le gouvernement par l'opérateur historique et l'agence de régulation par les opérateurs alternatifs. Cette capture se matérialise par des divergences entre les deux régulateurs dans la mise en œuvre de la régulation.

Cette étude empirique nous permet de tirer deux autres conclusions sur les comportements stratégiques des régulateurs.

En premier lieu, les divergences entre l'ART et le gouvernement restent numériquement et proportionnellement assez limitées. Dans 740 observations sur 784 (soit 94% des cas), les deux régulateurs ont affiché une position identique sur les offres de France Télécom. Les divergences entre les deux régulateurs s'expriment donc dans un nombre limité de cas. Cela tendrait à montrer que la capture est loin d'être totale, même si elle est statistiquement significative. Nous pouvons également noter que la remise en cause d'une décision de l'ART défavorable à France Télécom par le Ministre ne semble pas relever d'une stratégie gouvernementale précise. La remise en cause de la décision de l'ART peut tout aussi bien concerner une offre destinée aux particuliers ou aux entreprises, les communications vocales ou internet, la France métropolitaine ou les DOM-TOM, les communications nationales ou internationales... Les décisions du gouvernement allant à l'encontre de l'avis de l'ART pourraient alors s'expliquer par les pressions particulières exercées par France Télécom au sujet d'une offre qu'elle juge stratégique. Le seul point commun qui semble émerger est que toutes les offres homologuées par le Ministre concernent des diminutions de tarifs qui, d'après l'ART, ne permettraient pas aux opérateurs alternatifs de proposer une offre concurrentielle.

Par ailleurs, nous pouvons souligner que la faible proportion de divergences entre les deux régulateurs ne témoigne pas nécessairement d'un faible impact sur la concurrence. Si les offres homologuées sont effectivement stratégiques pour l'opérateur historique, l'impact négatif sur le développement de la concurrence peut être important et durable. C'est par exemple le cas de la décision tarifaire n°99 077 qui concernait les premières expérimentations de la technologie ADSL. L'homologation de cette offre malgré l'avis

défavorable de l'ART a sans doute permis à France Télécom de disposer d'un avantage technologique et commercial dans le domaine de l'internet haut-débit (Boy, 2000).

En second lieu, si l'on considère les 5 cas où les avis favorables de l'ART n'ont pas été homologués par le Ministre, cette étude empirique peut nous permettre de souligner un autre objectif privé du gouvernement. Sur ces 5 observations, nous pouvons constater que les offres concernées ont toujours de forts enjeux politiques. Le Ministre n'est intervenu à l'encontre de l'ART, et surtout de France Télécom, que lorsque les offres touchaient de près les consommateurs résidentiels tout en étant largement relayées par les médias. Il s'agit principalement des offres relatives à une hausse des tarifs de l'abonnement et des frais d'accès au réseau, mais également des offres relevant du service universel comme les tarifs des renseignements par minitel ou le prix des cartes téléphoniques permettant l'utilisation des publiphones. Les augmentations de tarifs concernant ces offres sont généralement mal perçues par les consommateurs qui voient en elles une conséquence directe et préjudiciable de la privatisation de l'opérateur historique et de la libéralisation du secteur. Le gouvernement, soucieux de ne pas paraître cautionner les atteintes au pouvoir d'achat des électeurs, choisit d'user de son pouvoir d'homologation pour empêcher les hausses de tarif les plus évidentes, faisant passer ses objectifs électoraux avant son objectif de protection de l'opérateur historique.

Conclusion du chapitre 5

Dans ce chapitre, nous avons cherché à vérifier empiriquement nos propositions théoriques sur les objectifs privés de l'agence de régulation et du Ministre chargé des télécommunications. Nous avons choisi le domaine du contrôle tarifaire pour mener cette étude empirique dans la mesure où il donne lieu à de très nombreuses confrontations entre les deux régulateurs et qu'il a un impact important sur le développement de la concurrence. En confrontant les avis rendus par l'ART et les décisions d'homologation du Ministre chargé des télécommunications, nous avons pu mettre en évidence certaines divergences dans la mise en œuvre de ce contrôle tarifaire. Il apparaît que l'autorité

politique ne contredit significativement l'avis de l'ART que lorsque ce dernier est défavorable à France Télécom. Parallèlement, l'ART rend des avis plus souvent défavorables à France Télécom, et donc favorables aux nouveaux entrants, que ne le ferait le gouvernement.

Les résultats de notre étude ne nous permettent cependant pas de conclure simultanément que le gouvernement est capturé par l'opérateur historique et l'agence de régulation par les nouveaux entrants. Ils n'excluent toutefois pas cette possibilité. En ce sens, Nous pouvons donc en conclure que l'analyse théorique développée dans les deux chapitres précédents est pour moitié confirmée (le gouvernement ne peut être capturé que par l'opérateur historique et l'agence de régulation que par les nouveaux entrants) et pour moitié non infirmée (les deux régulateurs sont-ils capturés simultanément ?). Pour la suite de notre étude, nous conserverons donc nos résultats théoriques en considérant que, parmi les objectifs privés du gouvernement, celui qui est privilégié est celui de la défense de l'opérateur historique contre les pressions concurrentielles. Parallèlement, la convergence d'intérêt entre l'ART et les opérateurs alternatifs pousse cette dernière à orienter le processus de régulation en leur faveur, en cherchant à augmenter les contraintes pesant sur l'ancien monopole.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Pour évaluer la répartition des compétences entre une autorité politique et une autorité indépendante dans la régulation du marché des télécommunications, il est nécessaire de déterminer les objectifs poursuivis par ces deux régulateurs. L'objectif de cette partie était d'identifier les groupes d'opérateurs qui parviennent à influencer les décisions du Ministre chargé des télécommunications et de l'agence de régulation.

Nous avons confirmé la justification qui sous-tend la création d'autorité de régulation indépendante en mettant en évidence les objectifs privés du gouvernement. Il apparaît en effet que le gouvernement ne peut être un régulateur crédible et impartial dans la mesure où il existe une réelle convergence d'intérêt entre ses objectifs et ceux de l'ancien monopole. Nous avons montré que le gouvernement cherche à atténuer les pressions concurrentielles pesant sur l'opérateur historique afin de favoriser l'existence d'un champion national et de maximiser ses propres recettes budgétaires. Un moindre degré de concurrence lui permet également d'utiliser cet opérateur comme levier de sa politique économique et de diriger les effets d'entraînement du secteur des télécommunications sur le reste de l'économie. Ces objectifs, amenant le gouvernement à utiliser ses pouvoirs de réglementation et de régulation pour ralentir le processus concurrentiel, sont cependant atténués par les pressions des nouveaux opérateurs privés et des consommateurs des services de télécommunications qui œuvrent généralement pour le développement de la concurrence et une diminution des tarifs.

Le biais de l'intervention politique explique en partie la délégation des pouvoirs de régulation à des autorités indépendantes. La majorité des auteurs s'étant intéressée à la régulation sectorielle reconnaissent cependant le risque de capture de l'agence de régulation par les entités régulées. Reconnaître le risque de capture de l'agence n'est cependant qu'une première étape de l'analyse des comportements de l'agence. La question qui se pose ensuite est de déterminer quels sont les opérateurs qui parviennent à influencer ses décisions. Cette question n'a cependant obtenu aucune réponse théorique de la part de la littérature. Cette lacune s'explique principalement par le fait que les

auteurs s'intéressant aux problèmes de la capture des agences de régulation cherchent à montrer comment contraindre ces institutions à se conformer à l'intérêt général, sans tenir compte des raisons qui peuvent pousser l'agence à l'ignorer.

Pour déterminer les interactions entre les différents régulateurs et en tirer des conclusions sur la répartition des compétences de régulation économique, il est indispensable de savoir si les agences de régulation indépendantes sont capturées par l'opérateur historique ou par les nouveaux opérateurs privés.

Pour répondre à cette question, nous analysons les instruments dont disposent les opérateurs régulés pour influencer les décisions de l'agence. Nous avons montré que certains de ces instruments étaient tout autant disponibles pour l'ancien monopole que pour les opérateurs alternatifs (transferts de richesse vers le régulateur, organisation du lobbying). Nous avons ensuite montré que certains instruments étaient plus facilement mobilisables pour les nouveaux entrants, notamment parce que les croyances initiales de l'agence de régulation se rapprochent de leurs objectifs et que cette dernière est régulièrement amenée à s'opposer à l'opérateur historique qui cherche à faire obstacle à l'émergence de la concurrence. Enfin, il apparaît que les objectifs intrinsèques de l'agence la poussent à maximiser sa sphère de compétence, quitte à maintenir une certaine forme de régulation, et donc de contraintes sur l'opérateur historique (ce qui peut avantager les nouveaux entrants), sur des marchés suffisamment concurrentiels.

La dernière étape de ce chapitre a consisté à examiner les formes de contrôle s'exerçant sur l'agence de régulation indépendante pour déterminer dans quelle mesure elle peut utiliser ses pouvoirs discrétionnaires pour atteindre ses objectifs privés. Nous montrons notamment que l'importance des pouvoirs discrétionnaires dont dispose l'agence du fait de son expertise et du cadre législatif lui-même empêche certains contrôles de s'appliquer efficacement.

Le contrôle démocratique est ainsi automatiquement atténué par le principe d'indépendance qui gouverne la création de ces autorités. De ce fait, les instruments permettant de contraindre l'agence à modifier ses décisions ont été volontairement restreints par le législateur. Nous avons également montré que le contrôle juridictionnel de l'action des autorités de régulation, bien que prévu pour s'exercer en pleine juridiction, se limite généralement à vérifier si les règles de droit ont bien été suivies par l'autorité et n'a que rarement remis en cause ses décisions de fond.

Nous nous sommes ensuite intéressés au contrôle exercé par les autorités européennes, notamment par la Commission européenne, sur l'action des régulateurs nationaux. Nous avons montré que ces dernières disposent des instruments leur permettant d'exercer un contrôle efficace sur les décisions des régulateurs. Elles possèdent l'expertise économique, juridique et technique pour évaluer les décisions car elles sont à l'origine du processus de libéralisation du secteur. Cette expertise est renforcée par le fait qu'elles se livrent annuellement à l'évaluation de l'évolution des programmes de libéralisation dans chaque État membre, ce qui leur permet de comparer les performances de l'action des régulateurs. A cette expertise s'ajoute un pouvoir de réformation des décisions, pouvoir qui, comme nous l'avons vu, fait généralement défaut aux autorités chargées du contrôle démocratique.

Dans le dernier chapitre, la mise en évidence des divergences survenues entre l'ART et le Ministre chargé des télécommunications lors de la procédure de contrôle tarifaire nous a permis de confirmer nos propositions théoriques sur la capture des régulateurs. Nous avons montré que l'autorité politique prenait plus souvent des décisions favorables à France Télécom que ne le ferait l'ART si elle disposait du pouvoir d'homologation des tarifs de détail. La conclusion symétrique est alors que l'ART prendrait plus souvent des décisions favorables aux nouveaux entrants que ne le ferait le gouvernement si elle disposait de ce pouvoir d'homologation.

Les résultats ainsi obtenus sont spécifiques au cadre français et des précautions doivent être prises avant de l'étendre à d'autres pays européens. Nous avons notamment vu que les objectifs du gouvernement l'amenant à protéger l'opérateur historique sont atténués, voire renversés, lorsque ce dernier a été privatisé ou lorsque le gouvernement défend une politique libérale. De même, nous avons vu qu'un des éléments poussant l'agence de régulation indépendante à défendre les opérateurs alternatifs tient au fait que l'ancien monopole peut être exagérément défendu par l'autorité politique. Il est alors possible que, dans une situation où le gouvernement souhaite, indépendamment des exigences communautaires, libéraliser le marché, les objectifs privés de chacun des régulateurs soient atténués, voire inversés. La situation politique française ne nous place cependant pas dans cette dernière perspective, ce que viennent confirmer les nombreux exemples que nous avons cités et l'étude empirique réalisée. En revanche, cette mise en évidence des objectifs privés des régulateurs français peut être transposée à d'autres

secteurs en voie de libéralisation, comme les secteurs de l'énergie, de la poste ou des transports ferroviaires.

Cette partie nous a permis de tirer deux enseignements principaux. D'une part, les objectifs poursuivis par les régulateurs du marché des télécommunications sont diamétralement opposés. Ces objectifs poussent le gouvernement à protéger l'opérateur historique des pressions concurrentielles alors que l'agence de régulation tend à adhérer aux intérêts des nouveaux opérateurs privés et orienter le processus de libéralisation en leur faveur. D'autre part, l'autorité qui semble pouvoir exercer le contrôle le plus efficace sur l'action des régulateurs est la Commission européenne. Ces deux conclusions vont nous permettre, dans la partie suivante, d'analyser les interactions entre ces deux régulateurs et d'envisager les moyens des les contraindre à se conformer aux directives émises par les autorités européennes.

TROISIÈME PARTIE :

**INTERACTIONS ENTRE LES RÉGULATEURS ET
CONTRÔLE SUPRANATIONAL**

La deuxième partie de la thèse a permis de mettre en évidence les objectifs privés des régulateurs du marché des télécommunications. Il convient à présent de déterminer l'impact de ces objectifs sur le déroulement du processus de libéralisation et d'envisager une répartition efficace des compétences de régulation entre les différents régulateurs. C'est l'objectif de cette troisième partie.

L'existence d'objectifs privés des régulateurs ouvre de nouvelles perspectives pour analyser l'architecture institutionnelle de la régulation du marché des télécommunications. Les objectifs privés poursuivis par l'agence de régulation indépendante peuvent remettre en cause son rôle dans le processus de régulation. Le gouvernement s'est vu écarté du processus de régulation précisément en raison du conflit d'intérêt pouvant survenir lorsque ce dernier cumule les fonctions d'actionnaire et de régulateur. Or, l'existence d'objectifs privés pour l'agence de régulation place cette dernière dans le même type de situation. Il faut donc également prendre en compte les défaillances liées à l'intervention d'autorités indépendantes pour décider de la répartition des compétences de régulation.

Dès lors que nous établissons l'existence d'objectifs privés poursuivis par les régulateurs, le résultat du processus de régulation ne peut être un résultat de premier rang. Tout arrangement institutionnel qui consiste à octroyer les compétences de régulation à un ou plusieurs régulateurs, constitue alors une solution de second rang.

Pour déterminer l'arrangement institutionnel permettant d'obtenir le meilleur résultat de second rang, nous envisageons l'impact des différents arrangements sur le processus de régulation.

Dans un premier temps, nous considérons les structures institutionnelles consistant à n'octroyer les compétences de régulation qu'à un seul régulateur : le Ministre chargé des télécommunications puis l'agence de régulation indépendante.

En envisageant que les décisions du Ministre sont influencées par l'opérateur historique, nous montrons que l'octroi des compétences de régulation à cette autorité conduit à la création d'une structure de marché sous-concurrentielle caractérisée par une situation de concurrence imparfaite. Nous montrons ensuite que la mise en œuvre de la régulation par une autorité indépendante du pouvoir politique, mais capturée par les opérateurs alternatifs, se traduit par la mise en place d'une « structure de marché exagérément concurrentielle », pour reprendre le mot d'Anne Perrot (2003). Cette

situation se traduit notamment par les contraintes excessives imposées à l'opérateur historique au détriment de ses investissements et de l'utilité des consommateurs. Ces deux arrangements institutionnels mettent en évidence une régulation au profit, respectivement, de l'opérateur historique et des opérateurs alternatifs, sans prise en compte des intérêts des consommateurs.

Dans un second temps, face à aux défaillances d'un régulateur unique, et compte tenu du fait que les régulateurs poursuivent des objectifs diamétralement opposés, nous proposons la répartition des compétences de régulation entre les deux autorités comme meilleure solution de second rang.

Nous montrons que l'octroi de pouvoirs à des régulateurs, poursuivant des objectifs diamétralement opposés, les incite *ex ante* à limiter leurs comportements stratégiques. L'idée sous-jacente est que toute action d'un régulateur en faveur d'une catégorie d'opérateurs peut être neutralisée par une action de l'autre régulateur en faveur de l'autre catégorie ; les régulateurs sont donc incités à limiter leurs comportements stratégiques en amont de la prise de décision. Par ailleurs, en l'absence d'un tel compromis *ex ante*, nous montrons qu'une répartition des compétences consistant à octroyer les compétences de régulation de l'accès à l'autorité capturée par les opérateurs alternatifs et celles de la régulation tarifaire à l'autorité capturée par l'opérateur historique est une solution généralement préférable à tout autre arrangement institutionnel.

Notre analyse consiste à proposer une répartition des compétences de régulation économique entre une autorité indépendante et une autorité politique. Cette analyse prend place dans un cadre où les régulateurs parviennent à mettre en œuvre la libéralisation du marché au profit des opérateurs par lesquels ils sont capturés.

Le dernier chapitre envisage alors les moyens à disposition de la Commission européenne pour contraindre les régulateurs à se conformer à l'intérêt général. Ce chapitre utilise un cadre d'agence où la Commission est considérée comme le Principal et les régulateurs comme les Agents. Ce cadre permet de mettre en évidence l'arbitrage entre les différents arrangements institutionnels selon que la Commission cherche à inciter les régulateurs à adopter un comportement conforme à ses préférences ou selon qu'elle décide de ne pas intervenir dans ce processus en les laissant interagir.

Nous montrons que la délégation d'autorité à deux régulateurs s'avère préférable à l'octroi de compétences à un régulateur unique. Nous déterminons également les conditions dans lesquelles l'interaction des deux régulateurs capturés reste une solution de second rang, reléguant en solution de troisième rang la mise en place de contrats incitatifs.

Chapitre VI

L'IMPACT DES OBJECTIFS PRIVÉS DES RÉGULATEURS SUR LE PROCESSUS DE LIBÉRALISATION

L'objectif de ce chapitre est de déterminer dans quelle mesure l'octroi de compétences de régulation économique à deux régulateurs peut être préférable au recours à un régulateur unique.

Pour appuyer cette proposition, notre démarche s'effectue en deux étapes. Dans une première section, nous montrons les conséquences du recours à un régulateur unique et capturé sur le processus de libéralisation. L'élément déterminant pour notre analyse est de tenir compte de la catégorie d'opérateurs parvenant à capturer ce régulateur. Nous distinguons donc l'action du régulateur politique, capturé par l'opérateur historique, de celle de l'agence de régulation indépendante, capturée par les opérateurs alternatifs.

L'influence sur le processus de libéralisation d'un régulateur capturé par l'opérateur historique a souvent été envisagée par la littérature économique. Elle fait référence à une situation de monopole, ou de concurrence imparfaite, qui ne permet pas d'atteindre l'efficacité économique. En revanche, la question du détournement du processus concurrentiel au profit des opérateurs alternatifs a été beaucoup moins souvent abordée.

Si l'on peut comprendre que la concurrence au bénéfice des consommateurs n'est pas la même que la concurrence au bénéfice des nouveaux entrants, il reste à expliquer théoriquement et concrètement comment des décisions en faveur de ces opérateurs peuvent aller à l'encontre des intérêts des consommateurs. Il s'agit de rendre compte de l'existence d'une « structure de marché exagérément concurrentielle ». La première section permet donc de montrer que l'octroi des compétences de régulation à un régulateur unique et capturé ne permet pas d'obtenir un équilibre de premier rang.

Dans une seconde section, nous montrons comment les interactions entre deux régulateurs, poursuivant des objectifs diamétralement opposés, peuvent permettre de retrouver les conditions d'une concurrence efficace et rapprocher l'équilibre de la solution de premier rang souhaitée.

Section 1 – L'évolution du processus concurrentiel dans le cadre d'un régulateur unique

Pour comprendre quel équilibre émerge de la confrontation des deux régulateurs, il faut au préalable déterminer à quel résultat aboutirait la mise en œuvre de la régulation par un régulateur unique. Dans un premier temps, nous déterminons de quelle manière l'autorité politique peut ralentir le processus concurrentiel pour favoriser l'opérateur historique. Dans un second temps, nous cherchons à poser les bases de la notion de structure de marché exagérément concurrentielle, c'est-à-dire l'équilibre engendré par une régulation exercée au profit des opérateurs alternatifs.

1 – Régulation par les autorités politiques et émergence d'un équilibre sous-concurrentiel

L'objectif est ici de déterminer l'influence des objectifs privés sur le déroulement du processus concurrentiel. Nous montrons de quelle manière les compétences de régulation économique peuvent entraver le développement de la concurrence en permettant à l'opérateur historique de profiter de son avance technologique et stratégique pour conserver ses parts de marché au détriment des nouveaux entrants et des consommateurs.

1.1 La transposition des directives européennes

Comme nous l'avons déjà précisé, le pouvoir législatif ne fait pas directement partie des compétences de régulation économique. Cependant, comme il détermine le déroulement du processus de libéralisation, son impact sur le développement de la concurrence est évident. De plus, nous avons vu que la Commission européenne occupe

une place prépondérante dans la définition des réglementations nationales. Celle-ci est en effet à l'origine des directives et des éventuelles sanctions qui frappent les États membres lorsqu'ils ne respectent pas les délais ou les principes des directives. Ainsi, il est nécessaire d'appréhender l'usage du pouvoir réglementaire par les autorités politiques car il influe directement sur le processus de régulation et que la Commission peut intervenir pour contraindre les gouvernements à se conformer à ses objectifs. Dans cette perspective, nous distinguons la possibilité pour le gouvernement de retarder la transposition des directives et sa capacité de ne pas respecter certaines exigences du droit communautaire.

a) Les délais de transposition

Le pouvoir réglementaire est la première compétence à disposition de l'autorité politique pour protéger l'opérateur historique des pressions concurrentielles. En retardant la transposition des directives européennes, le gouvernement peut empêcher les opérateurs alternatifs d'accéder à certains segments du marché et asseoir la position de monopole de l'opérateur historique sur ces marchés.

L'impact du retard dans la transposition des directives sur la concurrence dépend bien sûr du contenu des directives en question. Ainsi, la non-transposition des directives relatives à la libéralisation de certains segments du marché interdit tout développement de la concurrence, au-delà de ce que permettrait un usage inefficace des compétences de régulation. En France, la transposition du paquet télécom avec près de deux ans de retard, sur les échéances prévues par les autorités européennes, a contribué à ralentir le processus de libéralisation. Jusqu'à la transposition de ces directives, les opérateurs alternatifs sont, par exemple, restés soumis à la procédure d'autorisation alors que la directive « accès » assouplissait le cadre en vigueur en préconisant un simple régime de déclaration. De même, la fourniture des obligations de service universel est longtemps restée un domaine réservé à l'ancien monopole alors que la directive « service universel » prévoyait la mise en concurrence des opérateurs.

Le tableau ci-dessous permet de rendre compte des transpositions des directives européennes en droit national dans les différents États membres depuis l'année 2000. Les zones gris clair indiquent les pays en retard dans la transposition des directives, les zones gris foncé indiquent les pays dont le retard est supérieur à celui de la France.

Ce tableau révèle que la France fait partie des plus mauvais élèves européens en termes de transposition des directives en dépassant systématiquement les limites fixées par Bruxelles.

Pays	Nombre de directives applicables ¹³² concernant la société de l'information	Nombre de directives dont les mesures nationales d'exécution ont été communiquées par les États membres														
		F	B	DK	D	EL	E	IR	I	L	NL	A	P	FI	S	UK
Date																
07/09/05	22	21	21	22	21	16	21	22	21	21	21	21	21	22	22	22
11/07/05	21	21	21	21	21	16	21	21	21	21	21	21	21	21	21	21
02/05/05	21	21	21	21	21	16	21	21	21	16	21	21	21	21	21	21
03/03/05	21	21	21	21	21	16	21	21	21	16	21	21	21	21	21	21
10/01/05	19	19	19	19	19	14	19	19	19	14	19	19	19	19	19	19
15/11/04	19	19	18	19	19	14	19	19	19	14	19	19	19	19	19	19
31/08/04	19	19	18	19	19	14	19	19	19	14	19	19	19	19	19	19
30/04/04	19	15	19	19	14	14	19	19	19	13	14	19	19	18	19	19
29/02/04	19	15	19	19	14	14	19	19	19	13	14	19	19	18	19	19
31/12/03	19	14	14	19	14	14	19	19	19	13	14	19	14	18	19	19
31/10/03	19	14	14	19	14	14	14	18	19	13	14	18	14	18	19	18
31/08/03	18	14	14	14	14	14	14	18	14	13	14	14	14	17	18	14
30/06/03	14	13	14	14	14	14	14	14	14	13	14	14	14	14	14	14
30/04/03	14	13	14	14	14	14	14	13	14	13	13	14	13	13	14	14
28/02/03	13	12	13	13	13	13	13	12	13	12	12	13	12	12	13	13
31/12/02	13	12	13	13	13	13	13	12	13	12	12	13	12	12	13	13
30/10/02	13	12	13	13	13	13	13	12	13	12	12	13	12	12	13	13
31/08/02	13	11	13	13	13	13	13	12	13	11	12	12	12	12	13	13
10/06/02	13	11	13	13	13	13	13	12	13	12	12	12	12	12	13	12
10/05/02	13	11	13	13	13	13	13	12	13	12	12	12	12	12	13	12
04/02/02	13	11	13	13	13	13	13	12	11	12	12	12	12	12	13	12
04/12/01	14	12	13	14	14	14	14	13	12	13	13	13	13	13	14	13
04/10/01	14	11	13	14	14	14	14	13	11	13	13	13	13	13	14	13
31/07/01	13	10	13	13	13	13	14	13	12	12	13	12	13	13	13	13
31/05/01	13	9	13	13	13	13	13	13	12	12	13	13	13	13	13	13
31/03/01	13	9	13	13	13	13	13	12	11	12	12	13	13	13	13	13
30/01/01	12	8	12	12	12	12	12	11	10	11	11	12	12	12	12	12
30/11/00	12	8	12	12	12	12	12	11	10	11	11	12	12	12	12	12
08/08/00	12	8	12	11	12	12	12	11	10	11	11	11	12	12	12	12

Source : Commission européenne.

¹³² Par « directives applicables », il faut entendre toutes les directives en vigueur (non abrogées et en cours de validité), applicables en droit interne des États membre, qu'elles aient été ou pas transposées par un ou plusieurs États membre, dont l'échéance de transposition se situe à une date d'échéance inférieure ou égale à la date de référence.

b) Les principes de transposition

Outre le délai dans la transposition des directives, les autorités politiques peuvent chercher à protéger l'opérateur historique en allant à l'encontre de certains principes imposés par les autorités européennes ou en profitant des marges de manœuvre qui leur sont laissées. Dans la procédure d'attribution des licences, les délais peuvent excéder ceux préconisées par la Commission (Belgique) ou les conditions d'octroi des licences peuvent être plus contraignantes que celles contenues dans les directives. En France, la Commission souligne ainsi que la clause relative à la contribution à la recherche et au développement constitue un obstacle à l'entrée sur le marché pour certains opérateurs (Commission européenne, 1999).

Dans le domaine du service universel, le législateur français a également ignoré une partie de la réglementation européenne notamment en excluant les avantages immatériels du calcul des coûts de ce service. Tout en respectant la réglementation nationale, les contributions dues par les opérateurs alternatifs étaient nécessairement supérieures à celles qui auraient résulté d'une stricte application de la législation européenne. Par la suite, l'État français a été condamné par la CJCE et la loi française a été modifiée pour tenir compte des exigences de la Commission ; les contributions des opérateurs ont été rétrospectivement recalculées par l'ART et la différence leur a été restituée.

De manière plus générale, le cadre législatif, en organisant la répartition des compétences entre les deux régulateurs, peut également être à l'origine d'un ralentissement du processus concurrentiel en entraînant des délais excessifs ou un manque de transparence lorsque les deux régulateurs doivent se prononcer sur une même décision (Commission européenne, 1999).

En dehors de la réglementation, les pouvoirs de régulation économique peuvent permettre au gouvernement de protéger l'opérateur historique en ralentissant le processus concurrentiel.

1.2 La régulation du marché amont

Les premières missions de régulation économique consistent, d'abord, à autoriser l'accès au marché pour les opérateurs alternatifs grâce à l'obtention des licences et, ensuite, d'ouvrir le réseau de l'opérateur historique grâce à la fixation des tarifs d'accès.

a) L'accès au marché

Le pouvoir d'octroi des licences est une des premières compétences de régulation économique pouvant permettre au gouvernement de ralentir la libéralisation du marché. Sans aller jusqu'à refuser arbitrairement d'attribuer une licence à certains opérateurs, ce pouvoir permet, en effet, de limiter le nombre de concurrents sur le marché.

Il peut s'agir de dépasser le délai maximal fixé à six semaines par la législation communautaire ou d'imposer des taxes et redevances susceptibles de dissuader certains opérateurs d'entrer sur le marché. Ce détournement des procédures ne peut affecter que les petits opérateurs, c'est-à-dire ceux proposant des offres ciblées sur certaines zones géographique ou certains consommateurs (les professionnels, notamment). Il permet de diminuer les pressions concurrentielles sur ces segments de marché au bénéfice des opérateurs en place. La Commission a régulièrement critiqué la procédure française d'attribution des licences en soulignant la lenteur des procédures et la fixation des taxes et redevances à un niveau apparemment supérieur aux coûts administratifs. Ces deux éléments sont susceptibles de bloquer l'accès au marché pour les opérateurs alternatifs (Commission européenne, 1999).

b) L'accès au réseau

La problématique des tarifs d'accès au réseau est la même pour l'interconnexion et le dégroupage. Afin de protéger l'opérateur historique, le gouvernement peut définir une méthode ou une règle de calcul permettant de fixer, ou d'accepter, des tarifs élevés d'accès au réseau. Ainsi, les infrastructures de l'opérateur historique seraient fortement valorisées tout en limitant le nombre de concurrents. En effet, des tarifs d'interconnexion ou de dégroupage élevés, s'ils sont associés à de faibles tarifs appliqués aux utilisateurs finals par l'opérateur historique, ont pour effet de réduire les marges des nouveaux entrants et ainsi d'entraver la concurrence.

En outre, si la méthode de calcul des tarifs d'accès au réseau est législativement définie et si les calculs effectués sont vérifiables, le gouvernement peut également jouer le jeu de l'opérateur historique en s'accommodant d'un certain retard dans la procédure devant aboutir à la publication de ces offres d'accès. Au début du processus de libéralisation, la Commission européenne a régulièrement souligné les entraves que constituaient de tels délais pour le développement de la concurrence, notamment en Allemagne et en Belgique (Commission européenne, 1999 et 2000).

Les études empiriques réalisées dans les pays européens viennent confirmer cette tendance. Bauer (2005) et Edwards et Waverman (2006) montrent que la propriété publique de l'opérateur historique affecte positivement le niveau des tarifs d'interconnexion. Edwards et Waverman (2006) soulignent cependant que cette relation est atténuée lorsqu'il existe une autorité de régulation indépendante. Nous discuterons plus précisément de ce résultat dans la sous-section suivante.

1.3 La régulation sur le marché aval

En dehors de l'accès au marché et aux infrastructures, les pouvoirs de régulation économique peuvent s'exercer sur l'activité des opérateurs en place afin de s'assurer que la concurrence se développe au bénéfice des consommateurs (régulation tarifaire, fourniture du service universel). Nous montrons comment ces objectifs peuvent être détournés au bénéfice de l'opérateur historique.

a) La régulation des tarifs de détail

Afin d'envisager le détournement des objectifs de la régulation tarifaire au profit de l'opérateur historique, il est nécessaire de distinguer la tarification du service universel et les services où la concurrence est en cours de développement.

Paradoxalement, la diminution des tarifs de détail n'est pas un signe de développement durable de la concurrence dans les industries de réseau. Comme nous l'avons souligné dans le chapitre précédent, une diminution du prix d'un service pour lequel la concurrence est encore peu développée peut piéger les concurrents dans un effet de ciseau tarifaire. Cet effet survient si les tarifs d'accès au réseau de l'opérateur historique empêchent les différents concurrents de s'aligner sur l'offre de détail proposée. Ainsi,

dans une situation de marché contestable, l'opérateur historique tente de proposer une baisse du prix de certains services afin de diminuer les perspectives de profit des opérateurs alternatifs. La mission du régulateur est, dans ce cas, de limiter les diminutions tarifaires pour permettre le développement de la concurrence.

Dans ces conditions, la capture du régulateur par l'opérateur historique risque d'entraîner des prix faibles sur les segments contestables du marché afin d'en exclure les opérateurs concurrents. A long terme, cette situation ne bénéficie cependant pas aux consommateurs car l'éviction de certains concurrents du marché peut permettre à l'opérateur historique de retrouver sa position de monopole dans le futur.

Le cas des tarifs du service universel est différent. La fourniture de ce service génère un coût net positif pour l'opérateur historique qui est alors tenté d'augmenter les tarifs afin de limiter ses pertes.

Un régulateur capturé par l'opérateur historique peut donc accepter des tarifs élevés lorsqu'il s'agit du service universel. Rappelons cependant que le cadre décrit dans la partie précédente souligne la volonté du régulateur politique d'éviter que le processus de libéralisation ne détériore la satisfaction des consommateurs. Ainsi, le gouvernement est susceptible d'aller à l'encontre de la stratégie de l'opérateur historique en l'incitant à réduire les tarifs du service universel.

Par ailleurs, nous avons montré dans le chapitre précédent que les rares oppositions, contre l'avis de l'ART, entre le Ministre chargé des télécommunications et les offres de France Télécom, portaient principalement sur les hausses de tarif du service universel.

Afin de favoriser l'opérateur historique quant à la fourniture du service universel, une stratégie alternative pour le gouvernement consiste à influencer sur les contributions versées par les opérateurs alternatifs pour financer ce service.

b) Les contributions au financement du service universel

Dans la mesure où l'opérateur historique est chargé de fournir la plupart des composantes du service universel, toute surestimation des coûts de ce service lui permet de recevoir des contributions plus élevées de la part des autres opérateurs.

Comme nous l'avons vu, l'estimation des coûts du service universel procure au régulateur un certain pouvoir discrétionnaire. Le calcul du coût du service universel est, en effet, effectué à partir des comptes de l'opérateur historique. Dès lors, la convergence d'intérêt entre cet opérateur et l'autorité politique peut conduire à une valorisation excessive des coûts.

De même, le calcul des bénéfices immatériels procurés par la fourniture de certaines obligations du service universel peuvent être sous-estimés afin d'augmenter les contributions dues par les nouveaux opérateurs privés. Ainsi, sans diminuer l'utilité des consommateurs, le gouvernement peut minimiser le coût de fourniture de ce service pour l'opérateur historique, au détriment des autres opérateurs.

Pour conclure, l'usage des compétences de régulation économique par un régulateur capturé par l'opérateur historique conduit à la création d'un marché sous-concurrentiel.

Des tarifs d'accès au réseau élevés associés à des prix de détail suffisamment faibles peuvent exclure certains opérateurs du marché et empêcher les consommateurs de bénéficier des diminutions de prix engendrées par une concurrence effective et durable.

Les contributions dues par les opérateurs alternatifs au titre du financement du service universel peuvent être majorées pour maximiser le profit de l'opérateur historique, et ce, sans diminuer l'utilité des consommateurs.

L'impact négatif d'une régulation mise en œuvre par l'autorité politique est renforcé par le fait que de nombreuses décisions sont prises sur la base d'informations transmises au régulateur par cet opérateur. Si les intérêts de ces deux parties convergent, elles peuvent s'accorder pour cacher certaines informations au marché. On peut citer, par exemple, les coûts supportés par l'opérateur historique pour assurer la maintenance ou le développement du réseau.

2 – Régulation par une autorité indépendante et émergence d'une structure de marché exagérément concurrentielle

La situation de concurrence imparfaite envisagée dans la section précédente a été largement décrite par la théorie économique. Toutefois, la situation concurrentielle résultant de la capture d'un régulateur indépendant par les opérateurs alternatifs nécessite un examen plus approfondi.

Dans cette optique, il est important de distinguer les effets d'une concurrence s'opérant au bénéfice des nouveaux opérateurs et au bénéfice des consommateurs. Nous cherchons alors à identifier par quel biais l'agence de régulation indépendante peut faire émerger une structure de marché exagérément concurrentielle en imposant une régulation sur-contraignante à l'opérateur historique.

2.1 Entrée inefficace et risque élevé de faillites

L'étude des comportements stratégiques de l'agence de régulation portant sur l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché, nécessite de considérer deux aspects apparemment similaires, mais pourtant différents, des objectifs privés de ce régulateur.

Le premier aspect reflète la convergence d'intérêt entre l'agence et les nouveaux opérateurs privés alors que le second prend en compte la divergence d'intérêt avec l'opérateur historique. Les objectifs des opérateurs alternatifs et de l'opérateur historique étant opposés, défendre les premiers ou accentuer les contraintes pesant sur le second pourrait *a priori* générer les mêmes comportements de la part de l'agence de régulation.

Le domaine de l'octroi des licences fait cependant exception à cette affirmation. En effet, lorsque les opérateurs alternatifs sont déjà présents sur le marché, leur objectif sur l'intensification de la concurrence est le même que celui de l'ancien monopole : limiter le nombre d'opérateurs afin de profiter des profits engendrés par une situation d'oligopole.

Si l'agence de régulation détient le pouvoir d'octroi des licences et si l'on considère le premier aspect des objectifs privés de l'agence, on peut s'attendre à une limitation du nombre de nouveaux concurrents. Dans ces conditions, la structure de marché qui émerge est inefficace puisqu'elle peut conduire à l'exclusion de certains opérateurs efficaces et peut, à terme, favoriser la collusion entre les opérateurs autorisés (Armstrong, 1999).

En revanche, si l'on considère que l'agence cherche à accroître les contraintes pesant sur l'opérateur historique, elle peut chercher à intensifier la concurrence en augmentant le nombre de licences accordées, quitte à permettre l'entrée sur le marché d'opérateurs inefficaces. Cette notion d'entrée inefficace de firmes sur le marché a été évoquée par Laffont et Tirole (1993)¹³³. La conséquence est un risque élevé de faillite pour ces opérateurs et une déstabilisation temporaire de l'équilibre concurrentiel¹³⁴.

La procédure d'attribution des licences pour la boucle locale radio peut témoigner de ce risque. Cette procédure, décrite dans la partie précédente, a abouti à la sélection de treize opérateurs différents pour les 54 licences à attribuer (2 licences nationales, 44 licences régionales et 8 licences dans les DOM).

Les critiques sur l'action de l'ART ont porté tant sur le nombre élevé d'opérateurs sélectionnés que sur leur manque d'expérience sur le marché français des télécommunications. Ainsi, pour l'attribution des licences nationales, des opérateurs tels que Cegetel, 9 Télécom Réseau ou Siris se sont vu préférer les opérateurs FirstMark (créé en 1998) et Fortel (créé en 1999) bien que la cohérence du projet de ce dernier ait été jugée très moyenne par l'ART¹³⁵. Après le rapprochement entre ces opérateurs, moins de deux ans après l'attribution de leurs licences, la société Fortel a finalement demandé le retrait de sa licence d'exploitation pour le réseau ouvert au public (décision 02-1071 de l'ART). Un an plus tard, FirstMark, désormais seul opérateur national, rendait également une partie des fréquences qui lui avaient été attribuées.

L'exploitation des licences régionales génère le même constat d'échec. Sur les onze détenteurs de licences régionales et DOM, sept ont rendu ou perdu tout ou partie de leur licence moins de deux ans après leur attribution. Dans la plupart des cas, ces licences n'ont pas trouvé de nouvel acquéreur. Notons toutefois que l'échec du développement de la boucle locale radio ne tient pas uniquement à l'action de l'ART. De nombreux

¹³³ L'entrée inefficace est ici provoquée par un décideur public qui, anticipant que le régulateur capturé par le monopole va chercher à limiter le nombre d'entrée, doit accroître le nombre de concurrents sur le marché (chapitre 13).

¹³⁴ On peut, par exemple, se référer à la crise qui a touché le secteur des télécommunications en 2001.

¹³⁵ Seuls deux opérateurs sur les huit candidats ont reçu une note inférieure à Fortel pour la cohérence de leur projet et la capacité d'atteindre leurs objectifs.

opérateurs étaient, en effet, fragilisés par le contexte de retournement du marché et par la diminution de leurs sources de financement.

L'impossibilité de l'ensemble des opérateurs à tenir leurs engagements souligne la défaillance de la procédure de sélection. L'importance du nombre d'opérateurs ayant obtenu une licence et la mise à l'écart de certains opérateurs ayant une solide expérience du marché français (le dossier de France Télécom a été refusé pour avoir été apporté avec deux minutes de retard sur la date limite fixée...), a sans doute contribué à déstabiliser le marché. Face à ce bilan mitigé, de nombreuses critiques ont touché l'ART, la CSSPPCE souligne à ce propos: « le rôle de l'ART n'est pas de créer la concurrence en multipliant les licences et en culpabilisant les opérateurs non candidats face à un marché qui n'existe pas encore, mais d'établir les conditions qui permettent à la concurrence de s'exercer loyalement et durablement » (CSSPPT, 2001).

D'une manière plus générale, on peut noter que sur les licences accordées par l'ART depuis 1996, plus d'un tiers ont été abrogées, le plus souvent par défaillance du titulaire (Penard, 2003). Cet indicateur montre la difficulté pour les opérateurs de devenir économiquement viables face à un opérateur historique puissant et, en conséquence, la nécessité de sélectionner des opérateurs qui pourront concurrencer durablement l'ancien monopole.

2.2 Rémunération sous-efficace du réseau de l'opérateur historique et déficit d'investissement dans les infrastructures alternatives

Si l'agence de régulation est capturée par les nouveaux opérateurs privés ou si elle cherche à augmenter les contraintes pesant sur l'opérateur historique, les conséquences sont identiques en termes d'établissement des tarifs d'accès au réseau. En effet, l'agence doit être amenée à fixer des tarifs d'accès inférieurs à la valeur optimale afin de faciliter l'accès des opérateurs alternatifs au marché. Ceci amène deux conséquences négatives sur le processus de régulation.

D'une part, on assiste une diminution de l'efficacité allocative avec une répartition des profits plus favorables aux opérateurs alternatifs. Cette allocation sous optimale est due à la sous-rémunération du réseau de l'opérateur historique. En outre, l'opérateur historique est moins incité à opérer de nouveaux investissements car ceux-ci sont sous-rémunérés et bénéficient en même temps aux nouveaux entrants (Bourreau et Debroeck,

1999 ; Armstrong, 1999). La décision des opérateurs historiques d'investir ou non dans de nouvelles technologies, comme la fibre optique¹³⁶, est bien sûr étroitement liée à l'étendue de la régulation imposée par Bruxelles et sa mise en œuvre par les autorités nationales. Comme le précise le président de France Télécom, D. Lombard, seul un partage des infrastructures « dans des conditions économiques acceptables »¹³⁷ peut permettre aux opérateurs d'entreprendre ces investissements.

D'autre part, il faut tenir compte de la relation existant entre le niveau des tarifs d'accès au réseau et le niveau des investissements réalisés par les nouveaux opérateurs dans les infrastructures alternatives.

Les tarifs d'accès au réseau doivent, en effet, être déterminés en arbitrant entre l'objectif d'efficacité statique, pour permettre aux nouveaux acteurs d'accéder au réseau tout en fournissant les services à moindre coût, et l'objectif d'efficacité dynamique qui vise à promouvoir l'innovation (Kiessling et Blondeel, 1999). En diminuant les tarifs d'accès par rapport à leur valeur optimale, le régulateur diminue les incitations des opérateurs alternatifs à investir dans les infrastructures innovantes. Les opérateurs qui avaient initialement prévus de déployer leurs propres infrastructures choisissent finalement d'adopter une stratégie d'attente et de profiter de tarifs d'accès avantageux (Cartelier et Crocq, 2002).

L'action du régulateur a donc deux conséquences majeures : elle décourage les innovations technologiques et limite la concurrence par les infrastructures alors que celle-ci est nécessaire pour instaurer une concurrence durable et non régulée. Notons que tant que cette concurrence n'est pas installée, le rôle de l'agence de régulation est pérennisé car il subsistera le besoin de réguler l'accès au réseau de l'opérateur historique.

2.3 Baisses limitées des tarifs de détails

La procédure de contrôle tarifaire est également un outil à disposition de l'agence de régulation pour empêcher l'opérateur historique de proposer certains nouveaux services ou des baisses de tarifs. Ces nouveaux services, bien que bénéfiques pour le

¹³⁶ La fibre optique doit permettre de satisfaire de nouveaux usages tels que la télévision haute définition, le téléchargement instantané de films, la visiophonie...

¹³⁷ G. Deleurence, 01net, le 17 janvier 2006 : « France Télécom choisit la fibre optique pour l'après ADSL ».

consommateur, permettent à l'opérateur historique d'accroître ses parts de marché au détriment des nouveaux entrants.

Comme nous l'avons vu, la régulation tarifaire consiste en un arbitrage entre les gains à court terme pour les consommateurs procurés par une baisse des tarifs et le développement de la concurrence à long terme. Pour permettre aux nouveaux entrants de concurrencer l'opérateur historique, l'agence de régulation est amenée à fixer un prix plancher aux offres de ce dernier sur les différents segments du marché. Pour capter la clientèle de l'ancien monopole, les opérateurs alternatifs doivent proposer des prix inférieurs à ceux pratiqués par ce dernier. Si l'agence de régulation est capturée par les nouveaux opérateurs privés, elle doit cependant être amenée à fixer un prix plancher à un niveau trop élevé. Dans ce cas, pour augmenter leurs parts de marché, les nouveaux entrants n'ont pas besoin de recourir à une forte diminution de leurs tarifs. Ceci a pour conséquence de réduire le surplus des consommateurs. Néanmoins, cette perte de surplus est à nuancer dans la mesure où les opérateurs alternatifs se livrent également à une concurrence entre eux et doivent donc réduire leurs tarifs pour attirer les consommateurs ayant choisi de quitter l'opérateur historique. La perte de surplus est toutefois évidente pour les consommateurs captifs de l'opérateur historique et qui ne bénéficient pas des baisses de tarifs envisagées par cet opérateur.

L'étude sur la connaissance du marché des télécommunications par les ménages français, commandée par l'ART au cabinet CSA (ART, 2003), témoigne bien de l'existence de consommateurs captifs. Cette étude montre que, cinq ans après la libéralisation du secteur, les connaissances des ménages sur les possibilités de changer d'opérateur téléphonique restent assez limitées : 83% des personnes interrogées ignorent l'existence d'offres concurrentielles. Parmi elles, 17% déclarent de rien connaître, 46% déclarent connaître uniquement le nom de certaines entreprises et 20% connaissent un peu les entreprises et leurs offres. Ces consommateurs, peu enclins à profiter des baisses de tarifs proposés par des opérateurs dont ils ignorent les offres, subissent nécessairement les mesures empêchant l'opérateur historique de diminuer ses prix.

Enfin, un niveau élevé de prix pour les offres de l'opérateur historique peut permettre aux opérateurs alternatifs peu efficaces de réussir à se maintenir sur le marché tant qu'ils sont protégés par l'agence de régulation. Le risque est de voir le nombre de

faillites augmenter et le marché se déstabiliser lors des premiers mouvements de dérégulation.

2.4 Financement sous-efficace des obligations de service universel

Dans le domaine du service universel, l'agence de régulation peut user de la marge discrétionnaire que nous avons décrite précédemment pour sous-estimer les coûts nets de fourniture de ce service. Les contributions des opérateurs alternatifs sont alors réduites et le coût à la charge de l'opérateur historique automatiquement accru.

Les conséquences d'une sous-évaluation des coûts de fourniture du service universel restent limitées à la répartition du profit entre les opérateurs et n'ont pas d'impact sur le surplus des consommateurs. L'accroissement de la charge pesant sur l'opérateur historique ne doit en effet pas modifier la qualité du service.

2.5 Implications de l'existence d'une structure de marché exagérément concurrentielle

L'existence de deux structures de marché sous optimales rend complexe toute évaluation des programmes de libéralisation nationaux car ces structures ont une influence opposée sur les indicateurs de performance de la libéralisation.

Notamment, l'existence d'une structure de marché exagérément concurrentielle remet en cause l'interprétation de deux indicateurs régulièrement mis en avant pour évaluer les programmes de libéralisation :

Tout d'abord, l'observation de faibles tarifs de détail ne témoigne pas nécessairement d'un déroulement efficace du processus de libéralisation puisqu'elle peut également signifier l'existence de prix anti-concurrentiels.

Ensuite, des tarifs d'interconnexion particulièrement bas, bien que favorables aux opérateurs alternatifs, limitent les investissements de l'ensemble des opérateurs dans de nouvelles technologies de réseau, et ce, au détriment des consommateurs.

Ces remarques permettent de préciser certains résultats d'études empiriques portant sur les performances des États membres en matière de libéralisation. Bauer (2005) puis Edwards et Waverman (2006) cherchent notamment à évaluer l'impact de la propriété

publique et de l'intervention d'autorités indépendantes sur le niveau des tarifs d'interconnexion. Ces auteurs montrent que la participation de l'État au capital de l'opérateur historique est généralement associée à un niveau élevé des tarifs d'accès au réseau, alors que l'intervention d'autorités indépendantes est associée à un faible niveau de ces tarifs. Les résultats de ces études viennent confirmer les résultats de notre analyse théorique.

Dans le domaine des tarifs d'accès au réseau, l'action du gouvernement est favorable à l'opérateur historique lorsque ce dernier n'a pas été privatisé. Les études menées par Edwards et Waverman (2006) concluent alors à la capture du gouvernement par l'opérateur historique. Ils montrent ensuite que, lorsque la régulation est mise en œuvre par une autorité indépendante, les tarifs d'interconnexion s'établissent à un niveau d'autant plus faible que cette agence est indépendante. Notre étude théorique permet de proposer une interprétation que n'envisagent pas les auteurs de cette étude. Ces résultats peuvent en effet témoigner d'une mise en œuvre de la régulation au profit des opérateurs alternatifs et donc de l'existence d'une capture de l'agence de régulation indépendante par ces opérateurs.

Dans la mesure où l'on ignore le niveau optimal des tarifs d'interconnexion, c'est-à-dire ceux fixés en l'absence de capture et d'asymétrie d'information, les résultats de ces études empiriques permettent d'accréditer l'occurrence d'une capture du gouvernement par l'opérateur historique et de l'agence de régulation par les nouveaux opérateurs privés.

Compte tenu de cette capture, l'octroi des compétences de régulation à un régulateur unique et capturé ne peut donc constituer une solution de premier rang pour l'architecture institutionnelle de la régulation du marché des télécommunications. Cette proposition, triviale à partir du moment où l'on considère des régulateurs capturés, peut cependant nous servir de benchmark pour évaluer les arrangements institutionnels alternatifs.

Dans la section suivante, nous examinons alors comment une répartition des compétences entre l'agence de régulation et le Ministre chargé des télécommunications peut permettre de se rapprocher des conditions d'une concurrence efficace.

Section 2 – Impact de la répartition des compétences sur le développement de la concurrence

Dans cette section, nous envisageons les conséquences de la répartition des compétences de régulation économique entre deux régulateurs capturés, respectivement par l'opérateur historique et les opérateurs alternatifs.

La capture des régulateurs par des intérêts divergents n'est pas sans effet sur le choix de l'architecture institutionnelle. Si, comme le fait généralement la littérature économique, on ne considère pas cette divergence d'intérêt, il convient d'attribuer l'ensemble des compétences de régulation à un régulateur unique. Ce régulateur est celui qui est le moins influencé par les opérateurs, qui dispose du moins de pouvoirs discrétionnaires et dont les objectifs privés sont les plus proches de ceux des consommateurs. C'est sans doute ce qui explique l'émergence d'un consensus quant à l'intervention d'autorités indépendantes pour assurer les missions de régulation économique. La prise en compte de la capture de chacun des régulateurs par des intérêts divergents remet en cause ce consensus.

Comme nous l'avons vu dans la section précédente, l'octroi des compétences de régulation à un régulateur unique ne peut constituer une solution de premier rang si ce dernier est capturé par certains opérateurs. Il s'agit alors de chercher la structure institutionnelle la plus efficace pour mener à bien la régulation du marché des télécommunications.

Nous révélons, dans un premier temps, deux effets spécifiques de la répartition des compétences entre les régulateurs qui permettent de rapprocher cette organisation institutionnelle d'une solution de premier rang. Celle-ci se définit comme l'équilibre atteint lorsqu'un régulateur unique, parfaitement informé et non capturé, met en œuvre la régulation économique. Dans un second temps, nous nuancions notre propos en envisageant les problèmes inhérents à l'octroi de compétences à deux régulateurs.

1 – Conflits institutionnels et équilibre concurrentiel

L'objet de cette sous-section est de montrer comment la division des compétences de régulation économique entre deux régulateurs capturés peut permettre de se rapprocher d'une solution efficace. Cette solution consiste en une solution de second

rang. La solution consistant à conférer ces missions à un régulateur unique et capturé est alors reléguée à une solution de troisième rang.

Notre démarche repose sur la mise en évidence de deux effets spécifiques liés à la répartition des compétences entre les régulateurs.

D'une part, nous montrons que la capacité d'un régulateur à favoriser une catégorie d'opérateurs est atténuée par la présence d'un autre régulateur ayant des objectifs opposés. Ainsi, si chaque régulateur dispose des compétences suffisantes pour remettre en cause les décisions de son homologue, leur confrontation doit les inciter *ex ante* à adopter un comportement visant à minimiser les conflits institutionnels.

D'autre part, en l'absence d'un tel compromis *ex ante*, la confrontation des décisions des régulateurs sur le marché peut être à l'origine d'une plus grande efficacité du processus de régulation. Si chaque régulateur met en œuvre le processus de libéralisation en faveur de la catégorie d'opérateurs par lequel il est capturé, l'autre régulateur peut rétablir les conditions de la concurrence en répondant aux pressions de l'autre catégorie d'opérateurs.

L'intuition que nous développons ici repose sur la répétition du jeu entre le gouvernement et l'autorité indépendante. Les deux acteurs se trouvent, en effet, dans une situation où le caractère récurrent de leur confrontation peut les inciter à chercher un compromis avant qu'une situation de conflit apparaisse. En prenant chacun comme donné le fait que l'autre acteur est capturé par un groupe d'opérateur et que les situations de conflits se répètent, les deux joueurs disposent de deux stratégies permettant de se rapprocher de la solution de premier rang : une stratégie de surveillance réciproque ou une stratégie de représailles. La première repose sur l'incitation des deux joueurs à ne pas favoriser de façon trop évidente l'un ou l'autre des groupes en anticipant la réaction de l'autre joueur qui déciderait immédiatement de rétablir l'équilibre en favorisant, à son tour, le groupe qu'il préfère. Cette solution permet de trouver un compromis entre les deux joueurs avant que le conflit survienne. En revanche, la seconde stratégie repose sur la capacité de réaction de chacun des deux joueurs, une fois prise la décision de favoriser l'un ou l'autre des groupes.

1.1 Émergence d'un compromis *ex ante*

L'existence possible d'un compromis *ex ante* est directement issue de l'opposition des objectifs privés des régulateurs. Dans le cadre des pouvoirs exécutif et législatif, Persson, Roland et Tabellini (1997) montrent que une séparation des pouvoirs entre deux autorités est à même de prévenir les comportement stratégiques des acteurs. L'existence d'un conflit d'intérêt entre ces acteurs requiert qu'ils s'accordent sur une politique publique. La surveillance réciproque opérée par les deux autorités permet de garantir la satisfaction des électeurs-consommateurs. Nous reprenons cette idée en l'appliquant au domaine de la régulation des télécommunications. Si l'agence de régulation cherche à accroître les contraintes pesant sur l'opérateur historique afin de favoriser les nouveaux opérateurs privés, la réaction du gouvernement sera d'utiliser ses pouvoirs pour atténuer ces contraintes, désavantageant ainsi les nouveaux opérateurs.

a) Le compromis dans les zones de compétences partagées

L'idée que la décision émergente doit nécessairement résulter d'un compromis entre les deux régulateurs est particulièrement pertinente lorsque les compétences de régulation sont partagées dans un même domaine.

Pour illustrer ce point, nous prenons à nouveau l'exemple du contrôle tarifaire. Dans ce domaine, rappelons que l'ART dispose d'un pouvoir consultatif tandis que le gouvernement prend la décision finale. Pour minimiser les conflits durant ce processus, il faut qu'aucun des régulateurs ne puisse mettre en œuvre des décisions directement influencées par un groupe d'opérateur. Si l'on envisage une offre de France Télécom respectant les conditions de la concurrence, l'ART, sous l'influence des opérateurs alternatifs, peut émettre un avis défavorable à cette offre. Le gouvernement, sous l'influence de l'opérateur historique, suivra alors d'autant moins l'avis de l'ART que cette offre respecte effectivement les conditions de la concurrence, et homologuera donc l'offre en conséquence. Ainsi, pour éviter de mettre en évidence sa capture par les opérateurs alternatifs, l'ART est incitée *ex ante* à émettre un avis favorable sur les offres concurrentielles de France Télécom. Dans l'hypothèse où l'offre de France Télécom serait anti-concurrentielle, le raisonnement est symétrique. L'avis de l'ART sera défavorable et ce indépendamment du fait qu'elle soit capturée ou non les nouveaux entrants. Ainsi, si le gouvernement homologue une offre anti-concurrentielle, l'ART

cherchera à utiliser les voies de recours à sa disposition pour inverser la décision de l'autorité politique. Pour éviter la mise en évidence de conflits institutionnels, le gouvernement est incité *ex ante* à ne pas homologuer les offres anti-concurrentielles de France Télécom. Pour afficher son impartialité, il n'acceptera pas systématiquement les offres de France Télécom et ne soutiendra que celles qui respectent les conditions de la concurrence.

A titre d'exemple, on peut évoquer les négociations ayant entouré l'augmentation du prix de l'abonnement de France Télécom en janvier 2005¹³⁸. Ce cas est particulièrement intéressant car il touche directement les consommateurs, appelle l'intervention de l'ART et des Ministres, tout en étant largement relayé par les médias.

Dans ce dossier, France Télécom souhaitait initialement une augmentation du tarif de l'abonnement de 23% entre 2005 et 2008. Afin de compenser cette hausse tarifaire pour les ménages, l'opérateur proposait de diminuer le tarif de base des communications téléphoniques fixes de 5%.

Dans un premier temps, la négociation s'est déroulée entre l'opérateur et le gouvernement. Ce dernier accorde la hausse du prix de l'abonnement (un euro par an entre 2005 et 2008) en contrepartie d'une diminution des tarifs téléphoniques fixes de 26% sur la même période¹³⁹. L'opérateur obtient ainsi la hausse de l'abonnement lui permettant de couvrir l'entretien et la modernisation de son réseau et les consommateurs bénéficient, en contrepartie, d'une baisse du prix des appels.

Dans un second temps, l'intervention de l'ART a permis l'émergence d'un nouveau compromis. En effet, avant de donner un avis favorable à l'augmentation de l'abonnement, l'ART a été en mesure d'imposer à France Télécom des mesures visant à intensifier la concurrence du secteur. Ces contreparties ont été directement négociées entre les services du Premier Ministre et le Président de l'ART, Paul Champsaur. Ce dernier a été convoqué à Matignon pour envisager un arrangement avec l'opérateur historique et éviter une situation où l'ART, après avoir émis un avis défavorable sur la proposition tarifaire, serait désavoué par les Ministres en charge de l'homologation¹⁴⁰. Le

¹³⁸ Décision tarifaire 2004168 de France Télécom et avis 05-0031 de l'ART.

¹³⁹ Le Monde daté du 11 janvier 2005 : « le PDG de France Télécom annonce une nouvelle politique tarifaire ».

¹⁴⁰ Libération daté du 24 janvier 2005 : « Comment France Télécom a décroché sa hausse », p.18.

lendemain, France Télécom accepte le compromis proposé par l'ART : en contrepartie de la hausse de l'abonnement, l'opérateur s'engage à baisser ses tarifs de dégroupage total afin de laisser davantage d'espace économique à ses concurrents.

Au terme de la négociation, le jeu des différents intervenants a permis l'émergence d'un compromis *ex ante*. L'opérateur historique a obtenu une hausse du prix de l'abonnement tout en concédant une baisse des tarifs des communications profitant aux ménages et une diminution des tarifs d'accès au réseau bénéficiant aux nouveaux opérateurs privés.

L'émergence d'un compromis *ex ante* n'est, bien sûr, pas systématique. Elle dépend de la surveillance réciproque qui va s'établir entre les régulateurs et des recours possibles en cas de conflit. Ainsi, plus les moyens permettant à l'ART de contrer une homologation ministérielle sont importants, plus le gouvernement sera incité à ne pas dévier de l'intérêt général. Il peut s'agir pour l'ART de saisir le Conseil de la Concurrence pour qu'il condamne *ex post* des pratiques anti-concurrentielles approuvées par le Ministre. Elle peut également utiliser les médias pour dénoncer l'abus de pouvoir discrétionnaire dont dispose le gouvernement. L'exemple de l'homologation de l'offre « internet à l'école » est sans doute le plus significatif de l'utilisation des possibilités de recours par l'ART. En faisant intervenir le Conseil de la Concurrence, cette dernière est parvenue à faire imposer de nouvelles contraintes à l'opérateur et à rétablir ainsi les conditions de la concurrence.

En reprenant l'étude des divergences entre le gouvernement et l'ART sur le contrôle tarifaire développée dans le chapitre 5, nous pouvons observer que ces divergences sont devenues moins fréquentes au fur et à mesure que les deux régulateurs ont affiché leur volonté à défendre leurs intérêts. Ainsi, si le test statistique présenté au début de la section permet d'établir avec une marge d'erreur inférieure à 0,2% que le gouvernement ne contredit l'ART que pour défendre l'opérateur historique, cette marge d'erreur passe à près de 5% si l'on considère les trois dernières années d'exercice de l'ART.

Ce résultat tend à montrer que les conflits initiaux ont contribué à modifier, non pas les objectifs, mais la détermination des acteurs à les défendre. En jouant respectivement de leurs pouvoirs consultatifs et décisionnaires, l'agence de régulation et le gouvernement en viennent à rapprocher leurs points de vue de telle sorte que les tarifs appliqués par

l'ancien monopole permettent aux nouveaux opérateurs de le concurrencer tout en lui laissant une certaine marge de manœuvre.

Ce raisonnement peut être appliqué non seulement aux autres domaines de compétences partagées par ces deux régulateurs (répartition du financement du service universel entre les opérateurs et octroi des licences) mais également indirectement à l'ensemble des domaines de la régulation.

b) Le compromis en dehors des domaines de compétences partagées

Ce type de compromis *ex ante* peut également être obtenu lorsque les deux régulateurs opèrent dans des domaines différents. Ainsi, si le gouvernement utilise ses pouvoirs de régulation dans un domaine particulier pour déséquilibrer la répartition des profits en faveur de l'opérateur historique, l'ART peut agir de manière symétrique en utilisant ses pouvoirs dans un autre domaine dans le but de favoriser les opérateurs alternatifs.

Par exemple, en réaction à une hausse des contributions des opérateurs alternatifs au financement du service universel décidée par le gouvernement, l'ART peut opposer une baisse des tarifs d'accès au réseau. Si l'ART cherche à limiter les diminutions des tarifs de détail de France Télécom, le gouvernement peut tenter d'accroître les tarifs d'interconnexion... Ainsi toute action d'un régulateur en faveur du groupe qui le capture peut être compensée par l'autre régulateur. Ces régulateurs doivent alors être incités *ex ante* à s'abstenir de tout comportement stratégique.

D'une manière générale, pour parvenir à une discipline mutuelle et à ce compromis *ex ante*, nous pouvons identifier au moins deux conditions préalables :

La première est que chaque régulateur doit disposer de pouvoirs suffisants pour inciter l'autre régulateur à ne pas dévier du comportement optimal. Si un régulateur ne dispose que d'un avis consultatif dans tous les domaines de la régulation économique sans autre moyen d'action, il ne peut s'opposer efficacement au régulateur possédant le pouvoir d'homologation.

La deuxième condition est que le régulateur le plus incité à dévier du comportement optimal ne doit disposer que d'une minorité des pouvoirs de régulation. Si cette condition

n'est pas respectée, le régulateur le plus capturé dispose également des pouvoirs suffisants pour s'imposer à l'autre régulateur. Il a alors la motivation et les moyens nécessaires pour s'opposer durablement à l'autre régulateur, remettant ainsi en cause l'émergence d'un compromis. Nous reviendrons ultérieurement sur la notion de « degré de capture ».

Des oppositions entre les deux régulateurs peuvent néanmoins subsister sur des points particulièrement stratégiques. Dans ce cas, et si l'obtention d'un compromis *ex ante* est impossible, l'équilibre concurrentiel est menacé mais il peut être maintenu grâce à la mise en place d'un compromis *ex post*. Celui-ci peut être obtenu grâce à une répartition spécifique et équilibrée des compétences : lorsqu'un groupe d'opérateur a été avantagé par les décisions du régulateur qu'il a capturé, le second régulateur peut réagir en prenant des mesures favorisant l'autre catégorie d'opérateurs. Les conditions d'une concurrence loyale peuvent être rétablies par ce compromis *ex post*. Il se définit par la mise en place de mesures compensatoires pour le groupe d'opérateur le moins favorisé et en réaction à une décision jugée anti-concurrentielle par l'un des régulateurs.

1.2 Le compromis *ex post*

Il s'agit ici de s'interroger sur la situation où les deux régulateurs favorisent chacun simultanément et respectivement les nouveaux entrants et l'opérateur historique. Nous montrons que cette situation peut être préférable à la mise en œuvre d'une régulation uniquement en faveur d'un des deux groupes d'opérateurs car les forces s'équilibrent non plus par le jeu des menaces, comme c'est le cas pour le compromis *ex ante*, mais par celui des « représailles ». En d'autres termes, il s'agit de montrer que la tendance de l'agence de régulation à imposer des contraintes supplémentaires à l'opérateur historique peut être compensée par l'action d'un régulateur politique cherchant à diminuer les contraintes pesant sur cet opérateur.

Pour ce faire, nous limitons, dans un premier temps, les compétences de régulation économique à leurs domaines les plus importants, celui de la régulation des tarifs d'accès au réseau et celui de la régulation tarifaire. Ensuite, nous intégrons les autres composantes de la régulation économique. Enfin, nous comparons deux à deux les différents arrangements institutionnels afin de montrer qu'une répartition des

compétences entre deux régulateurs capturés peut être préférable au recours à un régulateur unique.

Dans cette optique, nous examinons les conséquences de l'action des régulateurs sur l'utilité des consommateurs et sur le niveau des investissements de l'opérateur historique dans ses infrastructures. Nous supposons qu'il n'existe aucune infrastructure alternative pour les nouveaux entrants de sorte qu'ils n'aient que deux choix possibles : accepter les tarifs d'accès au réseau fixés par le régulateur ou sortir du marché. Cette hypothèse n'est pas réellement restrictive dans la mesure où un investissement dans des infrastructures alternatives impliqué par un niveau sous optimal des tarifs d'accès est nécessairement sous optimal.

a) Répartition des compétences de régulation tarifaire et de régulation de l'accès au réseau

Rappelons tout d'abord les implications de l'octroi des compétences de à un régulateur unique. Nous envisageons ensuite les conséquences d'une séparation des compétences entre deux régulateurs.

Soit l'autorité politique comme unique régulateur

Nous avons vu précédemment que l'octroi des compétences de régulation tarifaire et d'accès au réseau à une autorité politique, capturée par l'opérateur historique, entraînait des tarifs d'interconnexion ou de dégroupage supérieurs au niveau qui serait décidé par un régulateur non capturé. Parallèlement, les tarifs de détail de l'opérateur historique sont fixés à un niveau tel qu'ils peuvent bloquer l'accès au marché de certains concurrents. En effet, des tarifs d'accès au réseau élevés, en augmentant les coûts des opérateurs alternatifs, leur imposent de proposer des tarifs de détail élevés. Pour conserver sa clientèle, l'opérateur historique peut alors maintenir ses propres tarifs de détail à un niveau élevé. Les consommateurs ne bénéficient donc pas des diminutions de tarifs autorisées par la libéralisation du marché. De plus, si le gouvernement homologue des offres de détail générant un ciseau tarifaire, les concurrents seront exclus du marché et l'utilité des consommateurs sera nécessairement réduite à long terme. L'arrangement institutionnel consistant à confier à l'autorité politique ces deux fonctions est donc

incompatible avec le développement de la concurrence et la maximisation de l'utilité intertemporelle des consommateurs.

Soit l'agence de régulation indépendante comme unique régulateur

L'octroi de ces deux compétences à une agence de régulation indépendante a un impact plus complexe sur l'utilité des consommateurs. En fixant les tarifs d'accès au réseau à un niveau peu élevé et en empêchant l'opérateur historique de diminuer ses tarifs de détail, l'agence permet aux opérateurs alternatifs d'entrer sur le marché et de concurrencer l'ancien monopole. Les faibles tarifs d'accès au réseau autorisent une réduction des coûts pour les nouveaux opérateurs privés, tandis que les prix de détail élevés de l'opérateur historique leur permettent de limiter la baisse des prix nécessaire pour inciter les consommateurs à changer d'opérateur. Le profit de ces opérateurs peut ainsi être accru, mais cette augmentation se fait au détriment de l'utilité des consommateurs. En effet, les consommateurs de l'opérateur historique¹⁴¹ sont confrontés à des tarifs supérieurs à ceux qui auraient été autorisés par un régulateur non capturé. Parallèlement, les clients des opérateurs alternatifs subissent également des tarifs élevés dans la mesure où ces opérateurs peuvent limiter la diminution de leurs tarifs pour parvenir à concurrencer l'opérateur historique.

En outre, la sous-rémunération de son réseau doit inciter l'opérateur historique à limiter ses investissements et agit donc au détriment de certaines avancées technologiques. L'octroi des compétences de régulation de l'accès et des tarifs de détail à une agence de régulation indépendante permet l'émergence et le développement de la concurrence mais peut aussi aboutir à des tarifs de détail supérieurs à ceux acceptés par un régulateur non capturé. On assiste alors à une baisse d'utilité des consommateurs.

La répartition des compétences entre les deux régulateurs

Nous supposons désormais que l'agence de régulation indépendante assume la régulation de l'accès et que le gouvernement gère la régulation tarifaire.

¹⁴¹ Rappelons que certains de ces consommateurs sont captifs de l'opérateur historique pour des raisons techniques ou du fait d'un déficit d'informations sur les offres concurrentes.

Comme dans la situation précédente, les tarifs d'accès au réseau de l'opérateur historique sont fixés en-deçà de leur valeur optimale et cette sous-rémunération entraîne un déficit d'investissement dans les infrastructures. Cependant, les diminutions de prix proposées par l'opérateur historique sont plus fréquemment homologuées dans la mesure où le risque de ciseau tarifaire est réduit du fait des faibles tarifs d'accès à ses infrastructures. Ici, l'utilité des consommateurs de l'opérateur historique augmente avec la baisse des prix de cet opérateur.

De même, les opérateurs alternatifs peuvent proposer des prix inférieurs à ceux de l'opérateur historique dans la mesure où leurs coûts sont réduits grâce à la diminution des tarifs d'interconnexion et de dégroupage. L'utilité des clients de ces opérateurs augmente donc également.

Nous pouvons cependant envisager que le gouvernement autorise l'opérateur historique à diminuer ses prix de sorte que soit généré un ciseau tarifaire. Dans ces conditions, l'agence de régulation cherchera à réduire les tarifs d'accès au réseau à la période suivante afin de supprimer cet effet de ciseau et permettre aux opérateurs alternatifs de proposer une offre concurrente. Cette situation, potentiellement favorable aux consommateurs, est cependant peu envisageable car en envisageant les baisses de profit des opérateurs à la période suivante, les régulateurs sont désincités à adopter un tel comportement durant la première période. L'arrangement institutionnel consistant à répartir les missions de régulation économique de sorte que l'agence de régulation encadre les tarifs d'accès et le gouvernement les tarifs de détail permet donc d'accroître l'utilité des consommateurs grâce aux diminutions des prix de chacun des opérateurs.

Supposons enfin que les compétences de régulation économique sont réparties entre les deux régulateurs, mais de manière inversée : le gouvernement administre les tarifs d'interconnexion et de dégroupage tandis que l'agence de régulation a le pouvoir d'homologuer les tarifs de détail de l'opérateur historique.

Dans ce cadre, les opérateurs alternatifs voient leurs coûts augmenter et doivent donc accroître les tarifs de leurs services. Parallèlement, l'agence de régulation limite la diminution des prix de l'opérateur historique afin de prévenir les ciseaux tarifaires.

L'utilité des consommateurs est réduite puisque les prix de l'ensemble des opérateurs sont supérieurs à leur niveau optimal.

Nous avons présenté quatre arrangements institutionnels représentant la répartition des compétences de régulation de l'accès au réseau et de régulation tarifaire entre l'agence de régulation indépendante et le gouvernement. En utilisant comme critère de classement l'utilité des consommateurs et le niveau des investissements de l'opérateur historique dans ses infrastructures, nous pouvons déterminer l'arrangement institutionnel se rapprochant de la solution de premier rang.

La solution consistant à confier au gouvernement les deux missions de régulation économique est la solution la plus éloignée du premier rang. L'utilité des consommateurs est diminuée du fait des tarifs élevés et du risque de non-développement de la concurrence.

Se trouve ensuite le cas où la régulation de l'accès est confiée au gouvernement et où la régulation tarifaire dépend de l'agence de régulation. Comme dans le cas précédent, les tarifs élevés diminuent l'utilité des consommateurs, même si, dans ce cas le ciseau tarifaire peut être évité.

L'octroi des deux compétences de régulation économique à l'agence de régulation génère un déficit d'investissement de l'opérateur historique dans ses infrastructures tout en ne permettant pas nécessairement une diminution des tarifs des opérateurs.

Enfin, la répartition des compétences de régulation entre l'agence de régulation pour l'accès au réseau et le gouvernement pour la régulation tarifaire s'avère être la solution la plus proche de la solution de premier rang. Bien qu'elle génère un déficit d'investissement de l'opérateur historique dans ses infrastructures, elle permet aux consommateurs de bénéficier de baisses de tarifs.

Ainsi, dans la mesure où l'on envisage la capture des régulateurs par les entreprises qu'ils régulent, l'arrangement institutionnel permettant de se rapprocher de la solution de premier rang consiste à répartir les compétences de régulation entre les deux régulateurs de la façon suivante : l'agence de régulation administre les tarifs d'accès au réseau et le gouvernement s'occupe de l'homologation des tarifs de détail.

Nous avons jusqu'à présent limité notre raisonnement à ces deux seules compétences de régulation économique. Nous allons maintenant étendre le raisonnement aux autres compétences de régulation économique.

b) Extension du raisonnement aux autres domaines de la régulation

La régulation de l'accès et des tarifs de détail sont interdépendants dès que l'on envisage l'existence de ciseaux tarifaires. En outre, ces deux domaines influencent directement les prix de détail proposés par les opérateurs et donc l'utilité des consommateurs. Les autres compétences de régulation économique sont assez différentes pour qu'on ne puisse pas les analyser exactement de la même façon.

D'une part, l'interdépendance existant entre la régulation de l'accès et des tarifs de détail ne se retrouve pas dans les autres domaines de régulation. Il est alors difficile d'établir comment l'octroi de compétences à un régulateur dans un domaine particulier peut être équilibré par l'octroi d'autres compétences au second régulateur.

D'autre part, l'influence des autres domaines de la régulation sur les prix de détail est plus faible car ils ont principalement un impact sur les coûts fixes (par exemple, le prix des licences). Cet effet sur les coûts fixes se répercute sur les profits des opérateurs. Il s'agit alors de savoir comment la répartition des compétences entre les deux régulateurs peut permettre d'équilibrer la répartition des profits et donc jouer sur l'incitation à entrer ou non sur le marché.

Ainsi, on peut, par exemple, considérer que l'agence de régulation utilise son pouvoir de sanction pour pénaliser l'opérateur historique quant à la tarification de ses infrastructures (procédure de règlements de différends), à la stratégie de déploiement du réseau (procédure de sanctions) ou à la stratégie commerciale (procédure de sanctions). Dans ces conditions, l'opérateur historique est contraint de modifier son comportement au bénéfice des opérateurs alternatifs mais au détriment de ses profits et d'une concurrence loyale. L'octroi de certaines compétences de régulation économique au gouvernement peut permettre de rééquilibrer la répartition des profits entre les opérateurs. En effet, si le gouvernement est responsable de l'évaluation et de la répartition des coûts des obligations de service universel entre les opérateurs, il est amené, comme nous l'avons vu, à surestimer ces coûts afin d'élever la part supportée par

les opérateurs alternatifs. Le raisonnement est identique si l'on considère la procédure d'attribution des licences. Le gouvernement peut rééquilibrer l'exercice de la concurrence en augmentant les taxes et redevances pesant sur les opérateurs afin d'influer sur leurs décisions d'entrer sur le marché. Si c'est uniquement le traitement favorable de l'agence de régulation qui permet à certains opérateurs d'accéder au marché, il peut être préférable que le niveau élevé des contributions du service universel ou des taxes et redevances leur fassent changer leur décision.

D'une manière générale, deux éléments nous semblent pertinents pour répartir les compétences de régulation économique autres que celles relatives au contrôle tarifaire et à la régulation de l'accès au réseau.

Tout d'abord, il faut considérer le degré de capture de chacun des régulateurs. Ce degré de capture peut être défini comme la propension que peut avoir le régulateur à se conformer à la position de la catégorie d'opérateurs par laquelle il est capturé. Par exemple, on peut considérer le pourcentage de décisions (en quantité et éventuellement pondéré par les enjeux financiers de la décision) non conformes à l'intérêt général prises par ce régulateur. Pour estimer ce degré de capture, on peut se référer aux éléments présentés dans la partie précédente. Pour la capture du gouvernement, ces indicateurs peuvent être la part, passée et présente, de l'État dans le capital de l'opérateur historique, le montant des dividendes potentiellement perçus, le caractère interventionniste ou non des autorités politiques, l'activité des associations de consommateurs (nombre d'adhérents, nombres de plaintes...)... Pour la capture de l'agence de régulation, on peut se référer à la fréquence des relations (formelles et informelles) qu'elle a avec les différents opérateurs, l'organisation interne et la composition des associations d'opérateurs, le nombre de recours contre les décisions de l'agence formés par les différents opérateurs auprès des juges judiciaires ou administratifs, la reconversion professionnelle des membres de l'agence (vers les opérateurs privés, vers l'opérateur historique, dans la fonction publique...)...

Ensuite, il faut considérer l'impact de chaque compétence de régulation sur la répartition des profits entre les opérateurs ou sur le développement de la concurrence. Par exemple, le pouvoir de fixer le prix de certaines licences UMTS (fixé initialement à 5 milliards d'euros puis finalement ramenés à 619 millions d'euros) nous semble avoir un

impact plus important sur le profit des opérateurs et le développement de la concurrence que l'évaluation et la répartition coûts du service universel (33 millions d'euros pour l'année 2004¹⁴²). De même, il est possible d'évaluer l'impact concurrentiel du pouvoir de règlement des différends en examinant le montant du chiffre d'affaires impliqué dans chacun des litiges.

La prise en compte de ces éléments doit permettre de proposer une répartition des compétences entre les régulateurs afin d'obtenir un développement équilibré de la concurrence sur le marché.

L'octroi de compétences de régulation économique à l'autorité politique permet d'éviter que des charges excessives pèsent sur l'opérateur historique dans chacun des domaines de la régulation. Il convient cependant de veiller à ce que l'effet inverse ne se produise pas, c'est-à-dire un ralentissement du processus concurrentiel. Il faut veiller à ce que le pouvoir du régulateur le plus enclin à détourner le processus concurrentiel soit contrebalancé par un pouvoir plus important confié à l'autre régulateur. Compte tenu de l'analyse développée jusqu'à présent, il semble, sur des bases qualitatives, que le régulateur le plus capturé soit le gouvernement. Dans ces conditions, certains pouvoirs de régulation économique doivent lui être confiés afin de rééquilibrer le jeu de la concurrence, mais de manière limitée pour ne pas trop défavoriser les nouveaux entrants.

2 – Conflits institutionnels et ralentissement du processus concurrentiel

La sous-section précédente nous a permis de justifier l'intervention du gouvernement dans le processus de régulation. La répartition des compétences entre deux régulateurs permet d'obtenir une solution de second rang satisfaisante. Celle-ci est toutefois à l'origine d'un accroissement des délais de prise de décision et d'une certaine incertitude du cadre légal.

¹⁴² Décision 05-0917 de l'ART.

2.1 **Accroissement des délais**

L'intervention conjointe du gouvernement et de l'agence de régulation, sur un même domaine de régulation, risque bien évidemment d'entraîner des délais de prise de décision plus long. Ceci est notamment le cas lorsque l'agence de régulation doit émettre un avis préalable à la décision du gouvernement. Ainsi, avant la transposition du paquet télécom, la procédure de contrôle tarifaire accordait trois semaines à l'ART pour émettre son avis, auxquelles s'ajoutait un mois pour la décision ministérielle. Le gouvernement ayant été exclu de la procédure, le délai total a été ramené à trois semaines. Le constat est identique pour la procédure d'attribution des licences. Aux quatre semaines dévolues à l'ART pour instruire les licences aux opérateurs de services, s'ajoutent deux semaines octroyées au Ministre pour rendre sa décision. En ce qui concerne les licences des opérateurs de réseau, le délai accordé à l'ART et de trois mois auquel il faut ajouter un mois supplémentaire pour la décision du Ministre¹⁴³. Ces deux exemples montrent que la répartition des compétences entre deux régulateurs sur un même domaine de la régulation augmente les délais de prise de décision.

Cette augmentation des délais diminue l'efficacité du processus de régulation en retardant les baisses de tarifs dont peuvent bénéficier les consommateurs, la stratégie commerciale de l'opérateur historique ou l'entrée des opérateurs alternatifs sur le marché.

2.2 **Incertitude du cadre légal**

L'intervention du gouvernement, associée à celle d'une agence indépendante dans le processus de régulation, soulève un double problème quant à la stabilité du cadre légal entourant l'activité des opérateurs. Tout d'abord, il existe une instabilité inhérente à toute intervention politique. Ensuite, l'intervention de deux autorités peut engendrer une instabilité du cadre légal lorsque chacune d'elle cherche à accroître son domaine de compétence.

a) *L'instabilité de l'intervention politique*

L'intervention du gouvernement, même si elle peut permettre de rééquilibrer les conditions de la concurrence, introduit un biais politique dans le processus de régulation.

¹⁴³ Décret n°99-25 du 13 janvier 1999.

Comme nous l'avons vu dans la première partie, l'intervention politique soumet le processus de régulation à une instabilité qui est due aux modifications des préférences des dirigeants politiques ou aux changements de majorité. La poursuite de la privatisation de l'opérateur historique peut notamment modifier la volonté du gouvernement à protéger les intérêts de cet opérateur. L'équilibre obtenu par la confrontation des objectifs privés des deux régulateurs risque alors d'être modifié au cours du temps. Cette instabilité influence les décisions d'investissements de l'ensemble des opérateurs et porte donc préjudice au développement de la concurrence.

Par ailleurs, il existe une autre limite à l'intervention politique dans la régulation des marchés : le manque d'expertise économique du gouvernement. Cet aspect est cependant à nuancer si l'on considère que les régulateurs cherchent à satisfaire les intérêts des opérateurs. En effet, si la décision du gouvernement est dictée par les intérêts de l'opérateur historique, le fait qu'il détienne ou non l'expertise nécessaire pour rendre une décision favorable à la concurrence n'a pas d'incidence sur le processus de libéralisation.

b) L'instabilité du cadre légal

Le jeu politique entre le gouvernement et l'agence de régulation voire la Commission européenne entraîne une remise en cause des mécanismes de contrôle. Il est alors difficile, pour les opérateurs, d'anticiper l'ampleur du contrôle exercé sur leurs activités et la nature des institutions chargées de ce contrôle.

L'évolution de la procédure du contrôle tarifaire rend compte des possibles modifications du champ de compétences des régulateurs. Alors que la loi du 9 juillet 2004, transposant le paquet télécom, évinçait le gouvernement de cette procédure, ce dernier a cherché à limiter les nouveaux pouvoirs de l'ART au travers de la loi pour la confiance en l'économie numérique (adoptée le 21 juin 2004). Lors de la seconde lecture de cette loi à l'Assemblée Nationale, le 8 janvier 2004, les députés français ont adopté un amendement allégeant le contrôle sur les tarifs de l'opérateur historique. Il s'agissant notamment de soustraire les services jugés « innovants » de cette procédure et de favoriser la transition vers une régulation *a posteriori* des tarifs de détail de l'opérateur

historique¹⁴⁴. Cet amendement, qui permettait d'avantager l'opérateur historique au détriment des opérateurs alternatifs, a immédiatement entraîné une réaction de la Commission européenne. Celle-ci a mis en garde le gouvernement français contre une atteinte à la concurrence en soulevant le risque de « prix d'éviction ». Cette disposition a ensuite été supprimée par le Sénat en deuxième lecture¹⁴⁵.

L'instabilité du cadre légal dans lequel évoluent les acteurs est susceptible de remettre en cause leurs décisions d'investissements et donc l'efficacité du processus concurrentiel. Les acteurs sont soumis à une régulation imprévisible lorsque la modification de la répartition des compétences implique que le régulateur qu'il parvienne à influencer se voit retirer une partie de ses pouvoirs.

Notons que c'est ce manque de stabilité ou de prévisibilité qui pose problème, davantage que le manque de cohérence dans la mise en œuvre de la régulation. Le fait qu'un régulateur mette en œuvre la régulation au profit de l'opérateur historique tandis que l'autre opère au bénéfice des nouveaux entrants paraît en soi incohérent. Toutefois, si les opérateurs sont conscients des objectifs poursuivis par les régulateurs, ils peuvent anticiper le sens de leurs décisions. La régulation est alors incohérente, mais elle n'est pas imprévisible. L'imprévisibilité ne survient que lorsqu'il y a une modification des compétences des régulateurs. Ainsi, les opérateurs vont modifier leurs décisions d'investissement ou d'entrée sur le marché s'ils jugent que le régulateur qui les protège n'a pas suffisamment de pouvoirs ou qu'il risque d'en perdre une partie, mais pas parce que les compétences de régulation sont partagées, à un instant donné, entre des régulateurs poursuivant des objectifs opposés.

Cette section a permis de mettre en lumière le caractère déterminant du cadre institutionnel dans la mise en œuvre de la régulation économique. Le fait de partager les compétences de régulation économiques entre deux régulateurs, qui ne poursuivent pas les mêmes objectifs, a des conséquences caractéristiques sur le processus de libéralisation. La mise en évidence de compromis *ex ante* ou *ex post* dans la mise en œuvre de la

¹⁴⁴ Article 37 (sexies) de la loi pour la confiance dans l'économie numérique adoptée en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale (texte n°235 du 8 janvier 2004).

¹⁴⁵ Projet de loi modifié par le Sénat en deuxième lecture, n° 1535, déposé le 9 avril 2004

régulation permet de remettre en cause le consensus actuel visant à n'octroyer les compétences de régulation économique qu'aux seuls régulateurs indépendants.

Conclusion du chapitre 6

Après avoir mis en évidence les objectifs privés des régulateurs sectoriels, nous avons montré leur impact sur le développement du processus concurrentiel.

Dans un premier temps, nous avons envisagé cet impact en considérant indépendamment chacun des régulateurs. Cette approche nous a permis d'exclure le recours à un régulateur unique comme solution de premier rang. En effet, l'autorité politique, en cherchant à protéger l'opérateur historique des pressions concurrentielles, tend à générer une structure de marché sous-concurrentielle. Parallèlement, l'intervention d'une agence de régulation indépendante, capturée par les opérateurs alternatifs, engendre une structure de marché exagérément concurrentielle en augmentant les contraintes pesant sur l'opérateur historique. Nous avons montré l'impact négatif de ces arrangements institutionnels sur les tarifs de détail proposés aux consommateurs, sur les incitations des opérateurs à investir dans des technologies alternatives ou sur la répartition du profit entre ces opérateurs.

En cherchant à déterminer une solution de second rang, nous avons envisagé, dans un deuxième temps, l'impact de la répartition des compétences de régulation économique entre deux régulateurs poursuivant des objectifs privés diamétralement opposés. Nous avons montré que cet arrangement institutionnel pouvait être préférable à ceux présentés dans la première section pour deux raisons principales.

Tout d'abord, la répartition des compétences peut engendrer une auto-limitation des régulateurs dans la poursuite de leurs objectifs privés. En effet, lorsqu'un régulateur utilise ses compétences au profit de la catégorie d'opérateurs par laquelle il est influencé, l'autre régulateur peut utiliser ses propres pouvoirs pour rééquilibrer les contraintes s'exerçant sur les opérateurs. Nous soulignons que ce jeu entre les régulateurs peut conduire à la diminution des profits de chacun d'eux. En amont, les régulateurs sont donc incités à limiter la poursuite de leurs objectifs privés.

En outre, en l'absence d'un tel compromis *ex ante*, la mise en œuvre des comportements stratégiques des régulateurs peut également permettre de se rapprocher de l'équilibre de premier rang. En considérant les compétences de régulation de l'accès et des tarifs de détail, nous montrons que la répartition de ces compétences entre deux régulateurs, capturés par des opérateurs différents, pouvait être plus efficace que le recours à un régulateur unique. Nous proposons que la mise en œuvre de la régulation de l'accès au réseau de l'opérateur historique appartienne à l'agence de régulation tandis que la régulation de ses tarifs de détail soit du ressort de l'autorité politique.

Cette solution nous apparaît plus efficace car elle permet des tarifs d'accès et de détail relativement faibles. En revanche, si ces deux compétences dépendaient uniquement de l'agence de régulation, les tarifs d'accès seraient faibles et les tarifs de détail élevés. A l'inverse, avec le gouvernement comme régulateur unique, les tarifs d'accès seraient élevés et les tarifs de détail faibles.

En nous appuyant sur ce raisonnement, nous avons également envisagé, comme solution de second rang, l'intervention de deux régulateurs pour les autres missions de régulation économique. Nous avons cependant nuancé notre propos en mettant en évidence les pertes d'efficacité et d'efficacités liées à l'intervention de ces deux acteurs (augmentation des délais de prise de décision) et à l'instabilité inhérente à toute intervention politique (incertitude du cadre légal).

Afin de parfaire l'analyse, le chapitre suivant s'interroge sur le rôle de la Commission européenne en tant que « régulateur des régulateurs ». Il s'agit de déterminer si elle doit intervenir pour inciter les deux régulateurs à adopter un comportement optimal ou si, compte tenu du coût des incitations, elle doit s'abstenir de toute intervention et se contenter de l'équilibre de second rang envisagé ci-dessus.

Chapitre VII

LE CONTRÔLE DES RÉGULATEURS EN SITUATION D'ASYMÉTRIE D'INFORMATION

Comme nous l'avons décrit dans le chapitre précédent, il existe une répartition des compétences entre l'agence de régulation indépendante et l'autorité politique pouvant être considérée comme une solution de second rang. L'obtention d'un résultat de premier rang nécessiterait qu'aucun des régulateurs ne soit capturé par les opérateurs ou qu'une autorité hiérarchiquement supérieure puisse observer leurs actions et sanctionner leurs éventuels manquements. Pour les raisons que nous avons envisagées dans les chapitres précédents (pouvoirs discrétionnaires conférés par l'exercice de la régulation, objectifs privés des acteurs...), ce résultat ne peut cependant être atteint.

Les moyens permettant de corriger les défaillances des régulateurs ont été envisagés par l'école de la nouvelle économie publique de la réglementation (Laffont et Tirole, 1993). Dans ce cadre, les autorités politiques nationales (gouvernement, Parlement ou Congrès) ont recours à un ou plusieurs régulateurs spécialisés afin de réduire l'avantage informationnel dont bénéficient les entreprises régulées sur la structure de leurs coûts de production. Ces autorités politiques nationales doivent proposer des contrats incitatifs aux entreprises et aux régulateurs afin d'inciter les premières à révéler leur structure de coût ou à entreprendre les efforts nécessaires pour les diminuer et les seconds à transmettre l'information qu'ils ont pu acquérir sur les entreprises. La question de la capture du régulateur est envisagée lorsque les entreprises peuvent utiliser la rente issue de leur avantage informationnel pour amener les régulateurs à dissimuler aux autorités politiques nationales l'information qu'ils ont acquise. Ces régulateurs ont alors un rôle instrumental qui consiste à fournir, ou non, l'information qu'elles auront collectée au Principal (Laffont, 1994).

Cette approche hiérarchique nous semble ignorer la réalité du domaine de la régulation. D'une part, l'action de ces régulateurs ne se limite pas concrètement à la

transmission de l'information qu'ils ont pu acquérir sur les firmes. Il leur est délégué une autorité qui leur permet d'influencer directement l'action des opérateurs et donc le processus concurrentiel. D'autre part, si l'on tient compte des spécificités institutionnelles des agences de régulation sectorielles, leur indépendance vis-à-vis des autorités politiques ne permet pas d'utiliser la hiérarchie traditionnelle des modèles d'agence. En effet, les autorités politiques ne disposent pas, ou ne peuvent utiliser, les moyens de contrôle leur permettant d'influencer les actions des régulateurs (baisse du budget, pouvoir de réformation des décisions...). Sans moyens pour contraindre les régulateurs à se conformer à l'intérêt général, les autorités politiques, et plus généralement les autorités publiques nationales, ne peuvent empêcher la capture des régulateurs et ne sauraient donc être considérées comme un Principal.

Nous proposons donc de déplacer le contrôle hiérarchique des régulateurs nationaux à un niveau européen. Comme nous l'avons souligné à la fin du quatrième chapitre, la Commission européenne dispose des moyens les plus efficaces pour contrôler le résultat de l'action des régulateurs nationaux et leur fournir des incitations à entreprendre une action optimale. L'objectif de ce chapitre est de mettre en perspective le coût de ces incitations avec l'amélioration du résultat obtenu, par rapport à une situation où les régulateurs ne seraient soumis à aucune intervention de la Commission. En d'autres termes, nous cherchons à définir dans quelle mesure une solution consistant à contrôler les régulateurs peut devenir une solution de second rang, reléguant l'intervention de deux régulateurs capturés et non contrôlés en une solution de troisième rang.

Nous comparons alors les différentes architectures institutionnelles envisageables : octroi des compétences de régulation à un ou deux régulateurs, contrôle ou absence de contrôle de la Commission européenne. En fonction des résultats observés et de la valeur de certains paramètres, nous concluons sur le niveau d'intervention respectif de chacun des régulateurs.

Section 1 – Le cadre du modèle : les fonctions objectifs des acteurs

L'analyse théorique du domaine de la régulation place l'asymétrie d'information entre les autorités de tutelles et la firme dominante au cœur des débats. Cette approche, issue

des théories sur la réglementation des monopoles naturels, nous semble ignorer les spécificités des différents régulateurs. En prenant en compte la capture avérée des régulateurs par les différents groupes d'opérateurs, nous replaçons ces autorités au centre de l'analyse théorique. Nous considérons que les régulateurs prennent leurs décisions au profit des opérateurs par lesquels ils sont capturés ; le cadre de notre étude peut alors se limiter à la prise en compte de l'action de ces régulateurs et à celle de la Commission européenne.

Nous présentons les fonctions objectifs des différents acteurs de la régulation et les hypothèses de base de notre modèle. La Commission cherche à aligner la fonction objectif des régulateurs grâce à des contrats incitatifs. L'asymétrie d'information entre la Commission et les régulateurs place les deux acteurs dans une relation d'agence où la Commission est le Principal qui délègue aux régulateurs (les Agents) la mission d'introduire la concurrence sur le marché. Le niveau de concurrence obtenu dépend des actions entreprises par les régulateurs ; la Commission rémunère les régulateurs en fonction du résultat qu'elle peut observer puisqu'elle ne peut disposer d'aucune information sur les motivations des décisions des régulateurs.

1 – Le comportement des régulateurs

Au début du processus de régulation, nous supposons que la Commission européenne délègue aux législateurs nationaux l'ensemble des compétences de régulation puis le choix de les répartir entre les régulateurs nationaux. Ces derniers ont ensuite le choix entre deux actions possibles $a \in A = \{\underline{a}, \bar{a}\}$. L'action inefficace \underline{a} génère un résultat inefficace \underline{t} pour le Principal. Nous entendons par action inefficace le fait pour le régulateur de se laisser influencer par une partie des entreprises régulées pour prendre sa décision, plutôt que de mener l'action d'expertise en toute indépendance. L'action efficace génère un résultat \bar{t} efficace avec une probabilité π ; la probabilité π correspondant à un état de la nature θ favorable. La fonction d'utilité U de l'Agent averse au risque est :

$$U(X, a) = w(X) - \alpha.a, \quad w' > 0, \quad w'' < 0 \quad (1)$$

où X est la délégation d'autorité que reçoit l'Agent du Principal, et α la désutilité associée à son action. Nous considérons que la désutilité des régulateurs dépend positivement de leur degré de capture par les opérateurs. Par la suite, ce degré de capture sera noté δ_i . Ainsi, plus le régulateur est capturé par les opérateurs, plus sa désutilité à créer un marché parfaitement concurrentiel est forte. Son utilité de réserve \underline{U} est normalisée à 0. La désutilité liée à une action sous optimale est nulle ($\alpha \cdot a = 0$). L'Agent a le choix entre réaliser une réelle expertise pour traiter les missions dont il a la charge (et donc entreprendre l'action optimale) ou ne pas mener cette expertise et prendre la décision que lui dictent les entreprises régulées (dans ce cas l'Agent entreprend l'action sous optimale). Cette dernière hypothèse est en accord avec l'article de Spiller (1990) qui suppose que, lorsque le régulateur n'entreprend aucune action de régulation, l'entreprise en situation de monopole parvient systématiquement à imposer des prix élevés.

Pour simplifier nos discussions, nous supposons que nous faisons référence au gouvernement lorsque nous considérons l'Agent 1, et à l'agence de régulation indépendante lorsque nous considérons l'Agent 2.

2 – La comportement de la Commission européenne

La Commission européenne est à l'origine des directives et du processus de libéralisation du marché des télécommunications. Au début du jeu, nous considérons qu'elle délègue l'ensemble des pouvoirs de régulation aux législateurs nationaux qui les répartissent ensuite entre les différents régulateurs. Elle ne peut observer les actions entreprises par les Agents mais uniquement le résultat final, par exemple le niveau des tarifs de détail ou d'accès au réseau, le taux de marge des opérateurs ou la répartition de leurs parts de marché. Par la suite, nous assimilerons ce résultat final au degré de concurrence observé sur le marché. En fonction de ces résultats, influencés par l'état de la nature, le Principal décide du niveau d'autorité à ré-attribuer à chacun des deux Agents. Concrètement, cela reviendrait, pour la Commission européenne, à intervenir directement sur les marchés nationaux à la place des régulateurs nationaux si les résultats observés sont sous-optimaux. Pour inciter les Agents à entreprendre l'action optimale, le Principal

définit des contrats incitatifs stipulant le montant de pouvoir délégué X en fonction du résultat observé t .

La fonction d'utilité du Principal est du type Von Neuman-Morgenstern :

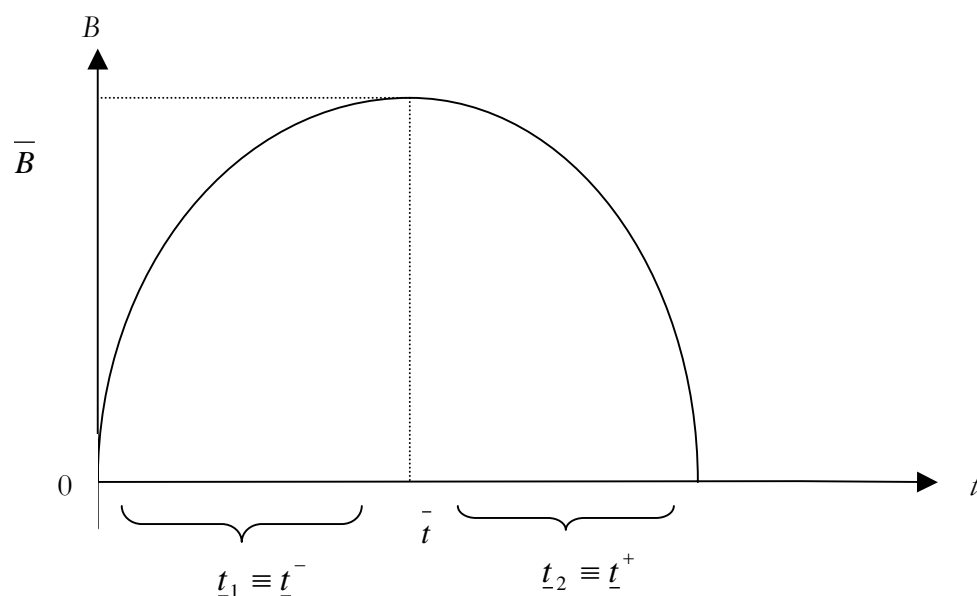
$$W(t, X) = B(t) - X \quad (2)$$

Son espérance d'utilité est donc :

$$EW = \pi(B(\bar{t}) - \bar{X}) + (1 - \pi)(B(\underline{t}) - \underline{X}) \quad (3)$$

où B est le gain que procure le degré de concurrence, t , au Principal. Nous considérons que la Commission européenne cherche à obtenir un degré de concurrence qui maximise l'utilité des consommateurs. Son utilité W est donc assimilée à celle des consommateurs¹⁴⁶.

Nous avons vu qu'il existe deux types de structures de marché sous-optimales : une structure sous-concurrentielle et une structure exagérément concurrentielle. Nous considérons donc que l'utilité du Principal augmente avec le niveau de concurrence observé jusqu'à ce que celui-ci atteigne son niveau optimal \bar{t} et diminue ensuite lorsque la structure de marché devient exagérément concurrentielle. Graphiquement, sa fonction de gain B peut donc être représentée ainsi :



¹⁴⁶ Cette hypothèse est tout à fait raisonnable si l'on considère que la libéralisation doit être entreprise afin de procurer « un intérêt maximal pour l'utilisateur final ». (directive 97/33/CE art 9).

Nous supposons que le résultat inefficace \underline{t}_1 représente une structure de marché sous-concurrentielle alors que le résultat inefficace \underline{t}_2 représente une structure de marché exagérément concurrentielle. Ces résultats inefficaces procurent le même gain au Principal $B(\underline{t})$. En d'autres termes, le Principal est indifférent entre une structure de marché sous-concurrentielle ou exagérément concurrentielle. Pour distinguer ces deux résultats inefficaces, nous notons le résultat associé à une structure de marché sous-concurrentielle \underline{t}^- , et le résultat associé à une structure de marché exagérément concurrentielle \underline{t}^+ . Pour simplifier les notations, le bénéfice que tire le Principal du degré de libéralisation du secteur au nom des consommateurs est noté $B(\bar{t}) = \bar{B}$ et $B(\underline{t}) = \underline{B}$.

Section 2 – Les contrats incitatifs dans les différents cadres institutionnels

Avant de comparer les différents cadres institutionnels, nous déterminons les bénéfices et les coûts supportés par le Principal pour inciter les Agents à fournir l'action optimale. Dans un premier temps, nous examinons le cas où un régulateur unique est chargé des missions de régulation. Nous adaptons le modèle d'aléa moral proposé par Laffont et Martimort (2002) à notre cadre d'étude. Nous développons ensuite un modèle faisant intervenir deux régulateurs différents en nous inspirant du modèle de Laffont (1990). Nous supposons que l'ensemble des missions de régulation sont réparties entre ces deux régulateurs.

1 – Le cadre à un Agent

Dans un cadre à un seul Agent, nous étudions, dans un premier temps, le contrat incitatif proposé par la Commission en information parfaite. Nous introduisons ensuite l'asymétrie d'information, en mettant en évidence son impact sur les coûts supportés par le Principal.

1.1 Le cadre en information parfaite

Dans sa relation d'agence avec le régulateur, le Principal doit proposer un contrat qui garantisse à la fois la participation de l'Agent et son incitation à fournir l'action optimale. Dans cette situation, les contraintes de participation et d'incitation de l'Agent s'écrivent respectivement :

$$\pi(w(\bar{X}) - \alpha\bar{a}) + (1 - \pi)(w(\underline{X}) - \alpha\bar{a}) \geq 0 \quad (4)$$

$$\pi(w(\bar{X}) - \alpha\bar{a}) + (1 - \pi)(w(\underline{X}) - \alpha\bar{a}) \geq w(\underline{X}) \quad (5)$$

Dans le cadre en information parfaite, le Principal peut observer l'action de l'Agent et proposer un contrat contingent à cette action. Nous supposons qu'il existe un mécanisme de sanction *ex post* permettant de sanctionner l'Agent qui entreprendrait l'action sous-optimale, de sorte que son utilité devienne négative. Grâce à ce mécanisme, l'Agent est incité à entreprendre l'action optimale et le Principal doit uniquement s'assurer de sa participation. Pour conserver la cohérence de ce cadre avec celui associant deux régulateurs, nous supposons également que le Principal ignore si le résultat de l'action inefficace du régulateur unique engendre une structure de marché sous ou exagérément concurrentielle.

Le Principal maximise son espérance d'utilité (3) sous contrainte de participation (4). En appelant λ le coefficient de Kuhn et Tucker associé à cette contrainte et en maximisant ce programme en fonction de \bar{X} et \underline{X} , nous trouvons

$$\lambda = \frac{1}{w'(\underline{X}^*)} = \frac{1}{w'(\bar{X}^*)} > 0 \quad \text{et donc } X^* = \bar{X}^* = \underline{X}^*.$$

Ainsi, lorsque son action est observable, l'Agent obtient une assurance totale de la part du Principal et l'autorité qui lui est déléguée est la même quel que soit l'état de la nature. Du fait de la saturation de la contrainte, on peut obtenir la valeur de cette autorité déléguée qui couvre juste la désutilité de l'Agent. En notant $h = w^{-1}$, la fonction inverse de $w(\cdot)$, croissante et convexe ($h' > 0, h'' > 0$), on obtient $X^* = h(\alpha\bar{a})$ qui correspond également au coût de premier rang versé par le Principal afin que l'action de l'Agent soit optimale.

1.2 Le cadre en information imparfaite

Plaçons nous maintenant dans un cadre d'information imparfaite, c'est-à-dire que le Principal n'observe plus l'action entreprise par l'Agent mais uniquement le résultat de son action. Il doit alors inciter ce dernier, non seulement à participer au jeu, mais également à fournir l'action optimale. Dans ces conditions le programme du Principal consiste à maximiser son espérance d'utilité (3) sous les contraintes de participation (4) et d'incitation (5). Pour s'assurer de la concavité de ce programme, on effectue le changement de variable suivant : $\bar{X} = h(\bar{w})$ et $\underline{X} = h(\underline{w})$, ou de manière équivalente, $\underline{w} = w(\underline{X})$ et $\bar{w} = w(\bar{X})$. Ces nouvelles variables sont les niveaux d'utilité *ex post* obtenus par l'Agent selon l'état de la nature.

La fonction d'utilité espérée du Principal s'écrit alors :

$$EW = \pi(\bar{B} - \bar{X}) + (1 - \pi)(\underline{C} - \underline{X}) \quad (6)$$

et les contraintes de participation et d'incitation linéarisées s'écrivent respectivement :

$$\pi(\bar{w} - \alpha \bar{a}) + (1 - \pi)(\underline{w} - \alpha \underline{a}) \geq 0 \quad (7)$$

$$\pi(\bar{w} - \underline{w}) - \alpha \bar{a} \geq 0 \quad (8)$$

La fonction d'utilité du Principal est maintenant strictement concave en (\underline{w}, \bar{w}) puisque $h(\cdot)$ est strictement convexe. Les contraintes sont linéaires et leur ensemble est non-vide. En conséquence, le nouveau programme est concave et les conditions de Kuhn et Tucker sont nécessaires et suffisantes pour caractériser l'optimum (Laffont, Martimort, 2002). Le Principal maximise son espérance d'utilité (6) sous contrainte de participation (7) et d'incitation (8). Si les coefficients de Kuhn et Tucker associés à ces contraintes sont respectivement λ et β , la maximisation de ce programme en fonction de \bar{X} et \underline{X} donne les conditions de premier ordre suivantes :

$$-\pi h'(\bar{w}^{SB}) + \beta\pi + \lambda\pi = 0 \quad (9)$$

$$-(1 - \pi)h'(\underline{w}^{SB}) - \beta\pi + \lambda(1 - \pi) = 0 \quad (10)$$

où \bar{w}^{SB} et \underline{w}^{SB} sont les délégations d'autorité de second rang. Ainsi :

$$\beta = \left(h'(\bar{w}^{SB}) - h'(\underline{w}^{SB}) \right) (1 - \pi) > 0 \quad (11)$$

et

$$\lambda = \beta \frac{\pi}{1 - \pi} + h'(\underline{w}^{SB}) > 0 \quad (12).$$

Les contraintes d'incitation et de participation sont donc saturées et on en déduit :

$$\underline{w} = 0 \text{ et } \bar{w} = \frac{\alpha \bar{a}}{\pi} \text{ ou, de manière équivalente, } \underline{X}^{SB} = 0 \text{ et } \bar{X}^{SB} = h\left(\alpha \bar{a} + \frac{1 - \pi}{\pi} \alpha \bar{a}\right).$$

Ainsi, quand le Principal observe le résultat efficient \bar{t} , l'Agent reçoit une délégation d'autorité supérieure à celle qu'il recevrait en situation d'information complète ($\bar{X}^{SB} > h(\alpha \bar{a})$). Cela signifie que la Commission allège son contrôle sur les régulateurs nationaux en accroissant leurs marges de manœuvre. Symétriquement, quand le résultat inefficace est observé, l'Agent reçoit une délégation d'autorité moindre que dans le cas d'information complète ($\underline{X}^{SB} < h(\alpha \bar{a})$). Cela signifie que l'Agent averse au risque doit recevoir une prime de risque pour participer au jeu et être incité à fournir l'action efficace.

Pour le Principal, cette asymétrie d'information a donc un coût ; s'il veut obtenir l'action optimale de la part de l'Agent, il devra lui assurer un paiement *ex-ante* $\bar{C}^{SB} = \pi \bar{X}^{SB} + (1 - \pi) \underline{X}^{SB} = \pi h\left(\alpha \bar{a} + \frac{1 - \pi}{\pi} \alpha \bar{a}\right)$. L'espérance d'utilité que doit proposer le Principal à l'Agent ayant accompli l'action optimale est : $E(X^{SB}) = \pi \bar{w} = \alpha \bar{a}$.

L'espérance d'utilité du Principal est alors égale à son espérance de gain moins son espérance de coûts :

$$E_1 W = \pi \bar{B} + (1 - \pi) \underline{B} - \alpha \bar{a} \quad (13)$$

2 – Le cadre à deux Agents

En nous inspirant des modèles d'agence avec aléa moral faisant intervenir deux Agents (Laffont, 1990 ; Mookherjee, 1984 ; Demski et Sappington, 1984), nous allons déterminer le coût pour le Principal d'obtenir une action optimale de la part de chacun

des régulateurs puis son espérance d'utilité. Nous examinerons les spécificités de l'octroi de compétences à deux régulateurs avant d'établir les contrats en information parfaite puis imparfaite.

2.1 Les spécificités des interactions entre les régulateurs

Supposons maintenant que les compétences de régulation soient réparties entre deux régulateurs. La délégation totale d'autorité X est désormais partagée entre les deux Agents.

Supposons que chaque Agent $i = \{1, 2\}$ ait le choix entre deux actions $\{a_i, \bar{a}_i\}$. Chaque action possible a_i est une sous-partie de l'ensemble des actions A lorsqu'il n'y a qu'un seul Agent, si bien que dans le cadre à deux Agents, chaque Agent effectue une partie de l'action du régulateur unique : $\bar{a}_1 = \gamma \bar{a}$ et $\bar{a}_2 = (1 - \gamma) \bar{a}$ avec $0 < \gamma < 1$ γ étant le pourcentage de compétences accordé par le législateur à l'Agent 1¹⁴⁷..

Les probabilités qui associent l'action optimale et le résultat optimal sont telles que :

$$\frac{\pi_1 + \pi_2}{2} = \pi .$$

avec : $\pi_1 = \Pr(t_1 = \bar{t}_1 / a_1 = \bar{a}_1)$ et $\pi_2 = \Pr(t_2 = \bar{t}_2 / a_2 = \bar{a}_2)$ où $\pi = \Pr(t = \bar{t} / a = \bar{a})$ dans le cas où il n'existe qu'un seul régulateur.

Les choix des Agents étant supposés simultanés, chaque Agent décide de l'action qu'il va mener indépendamment de l'autre. Le résultat final dépend des actions engagées par chacun d'entre eux et de l'état de la nature. Nous considérons que lorsque chaque Agent obtient un résultat optimal, le niveau de concurrence observé par le Principal procure une utilité \bar{B} au Principal. Lorsque l'un des deux Agents obtient un résultat optimal et l'autre un résultat sous-optimal, quel que soit l'état de la nature, un résultat intermédiaire est observé ; il procure une utilité \tilde{B} au Principal. Lorsque les deux régulateurs sont confrontés à un état de la nature défavorable, le résultat est inefficace et procure une utilité \underline{B} au Principal. Cependant, comme nous l'avons vu précédemment

¹⁴⁷ Ainsi, si l'on pose $\gamma = 1$, nous retrouvons le cas précédent où un seul régulateur intervient dans le processus de régulation.

un même niveau d'utilité du Principal peut correspondre à deux structures de marché différentes. Afin de neutraliser l'effet de l'état de la nature sur le résultat observé, nous faisons l'hypothèse qu'un état de la nature défavorable éloigne le résultat observé du résultat optimal tout autant vers une structure de marché sous-concurrentielle ou exagérément concurrentielle. Ainsi, lorsque l'état de la nature θ_1 ou θ_2 est défavorable, les résultats intermédiaires observés sont \tilde{t}^- et \tilde{t}^+ (chacun avec une probabilité de 1/2) ; l'utilité du Principal associée à ces deux résultats est cependant identique $B(\tilde{t}^-) = B(\tilde{t}^+) = \tilde{B}$. Lorsque θ_1 et θ_2 sont défavorables, les résultats sous-optimaux observés sont \underline{t}^- ou \underline{t}^+ (chacun avec une probabilité de 1/2) et l'utilité du Principal associée à ces deux résultats est identique : $B(\underline{t}^-) = B(\underline{t}^+) = \underline{B}$. Les exposants - et + indiquent respectivement que le résultat tend vers une structure de marché sous ou exagérément concurrentielle.

La spécificité de notre modèle intervient lorsque les deux Agents mettent en œuvre une action sous-optimale. Dans ce cas, le résultat de leur confrontation est celui présenté dans le chapitre précédent. Il dépend de la répartition initiale des compétences entre les régulateurs γ et de leur degré de capture δ_i . Pour établir la fonction représentant les interactions entre les régulateurs, nous allons, dans un premier temps, établir le niveau de concurrence que cherche à implementer chacun de ces régulateurs lorsqu'ils sont capturés par les opérateurs. Notons que le niveau de concurrence souhaité par le Principal est celui établi précédemment, soit \bar{t} .

Si l'on considère le gouvernement, désigné par l'Agent 1, la structure de marché, t_1 , qu'il souhaite mettre en œuvre est insuffisamment concurrentielle par rapport au niveau souhaité par la Commission : $t_1 \equiv (1 - \delta_1)\bar{t}$ où \bar{t} est le niveau de concurrence souhaitée par la Commission et δ_1 , le degré de collusion entre le gouvernement et l'opérateur historique. $0 \leq \delta_1 \leq 1$, lorsque $\delta_1 = 0$, la collusion entre le gouvernement et l'opérateur historique est nulle et $t_1 \equiv \bar{t}$; lorsque $\delta_1 = 1$, la capture du gouvernement est totale et le niveau de concurrence qu'il souhaite implementer est nul $t_1 \equiv 0$.

Si l'on considère l'agence de régulation indépendante, désignée par l'Agent 2, la structure de marché, t_2 , qu'elle souhaite mettre en œuvre est exagérément concurrentielle

par rapport au niveau souhaitée par la Commission : $t_2 = (1 + \delta_2)\bar{t}$ où $0 \leq \delta_2 \leq 1$ est le degré de collusion entre l'agence de régulation et les opérateurs alternatifs. Lorsque $\delta_2 = 0$, la collusion entre les deux parties est nulle et $t_2 \equiv \bar{t}$; lorsque $\delta_2 = 1$, la capture l'agence de régulation est totale et le niveau de concurrence mis en œuvre est excessif $t_2 \equiv 2\bar{t}$.

Nous avons déterminé les niveaux de concurrence que veulent implementer les deux régulateurs. Il s'agit maintenant de déterminer le niveau de concurrence qu'ils peuvent implementer en prenant en compte la répartition initiale de leur compétence. Ainsi, si l'on considère que le gouvernement détient initialement une proportion γ des pouvoirs de régulation, tandis que l'agence de régulation en détient une proportion $1 - \gamma$, la relation permettant d'exprimer le résultat \hat{t} de l'interaction entre les deux régulateurs capturés peut être définie ainsi :

$$\hat{t} \equiv (1 - i)(\gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t}) \text{ lorsque } \gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t} \leq \bar{t}$$

et $\hat{t} \equiv (1 + i)(\gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t})$ lorsque $\gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t} > \bar{t}$ (14)

où i représente le degré d'incertitude et l'augmentation des délais du cadre légal décrits dans le chapitre précédent. Ainsi pour toute valeur de i strictement positive, l'interaction entre les deux régulateurs peut engendrer un résultat proche de l'optimum, sans toutefois pouvoir l'atteindre. Dans les cas les plus défavorables ($\gamma \rightarrow 1$ associé à $\delta_1 = 1$ ou $\gamma \rightarrow 0$ associé à $\delta_2 = 1$), la valeur de \hat{t} prend les valeurs 0 ou $2\bar{t}$ ¹⁴⁸. Ces deux valeurs procurent la même désutilité au Principal : $B(\hat{t}) = \underline{B}$. Ainsi pour le Principal qui ne connaît ni ne contrôle ces paramètres, nous considérons que le résultat de l'interaction entre deux régulateurs capturés lui procure une utilité $(1 - i)\bar{B}$ avec une probabilité p et une utilité $(1 - i)\underline{B}$ avec une probabilité $(1 - p)$. Ainsi $B(\hat{t}) = \hat{B} = p(1 - i)\bar{B} + (1 - p)(1 - i)\underline{B}$. (15)

La relation (14) exprime le résultat obtenu lorsque les régulateurs mettent effectivement en œuvre la régulation au profit des opérateurs par lesquels ils sont

¹⁴⁸ Pour assurer la symétrie entre la structure de marché sous-concurrentielle et exagérément concurrentielle, nous supposons que $(1 + i)(1 + \delta_2) \leq 2\bar{t}$.

capturés. Le compromis résultant de leur interaction, et générant le résultat \hat{t} , correspond au compromis *ex post* décrit dans le chapitre précédent.

Lorsque les régulateurs limitent en amont leurs comportements stratégiques pour éviter les représailles de leur homologue (compromis *ex ante*), nous considérons que c'est leur désutilité à entreprendre l'action optimale qui s'affaiblit.

Notons enfin que la forme de la relation (14) permet de rendre compte des deux conditions que nous avons avancées dans le chapitre précédent pour que surviennent ces compromis. En effet, si nous supposons que le gouvernement est davantage capturé que l'ART ($\delta_1 > \delta_2$) et qu'il dispose en même temps d'un montant de compétence plus élevé ($\gamma > 0,5$), la structure de marché sera nécessairement sous concurrentielle puisque $\gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t}$ sera toujours inférieur à \bar{t} . De même, toujours sous l'hypothèse que $\delta_1 > \delta_2$, il est nécessaire que $\gamma > 0$ pour envisager un équilibre des forces.

Il existe quatre résultats possibles que peut observer le Principal : \bar{B} , \tilde{B} , \underline{B} et \hat{B} . L'observation de \hat{B} indique au Principal que les deux régulateurs n'ont pas mis en œuvre l'action optimale. L'aléa moral subsiste cependant dans la mesure où l'observation de \tilde{B} ou \underline{B} ne lui indique pas lequel des deux Agents a mis en œuvre une action sous-optimale ou si l'état de la nature était défavorable. Le Principal doit désormais partager la délégation d'autorité entre les deux Agents, si bien que lorsqu'il observe les résultats \bar{t} , \tilde{t} et \underline{t} il délègue respectivement à chacun d'entre eux une autorité \bar{x}_i , \tilde{x}_i et \underline{x}_i .

La fonction d'utilité des Agents est définie comme précédemment par :

$$U_i(X_i, a_i) = w(x_i) - \alpha_i \cdot a_i, \quad w' > 0, \quad w'' < 0 \quad (16)$$

La fonction d'utilité du Principal devient :

$$W = B(t_i, t_j) - x_1 - x_2 \quad (17)$$

Ce cadre simple nous permet de représenter les spécificités du partage des compétences de régulation entre deux autorités. Chacun des régulateurs peut être capturé

par une partie des firmes régulées et mettre en œuvre une régulation sous-optimale. La question est alors de déterminer l'espérance d'utilité du Principal selon que les compétences de régulation soient attribuées à un ou deux régulateurs et selon qu'il décide ou non d'inciter ces régulateurs à entreprendre l'action optimale.

2.2 Le cadre en information parfaite

Avant de traiter le cadre en information asymétrique, établissons les contrats proposés par le Principal dans le cadre d'information complète, c'est-à-dire lorsqu'il peut observer les actions entreprises par chacun des Agents. Comme précédemment, son unique problème est d'inciter les Agents à participer au jeu.

En supposant, d'une part, que tout résultat inefficace de la part d'un Agent, quel que soit l'état de la nature, confronté à un résultat efficace de la part de l'autre Agent génère un résultat intermédiaire \tilde{t} qui procure une utilité \tilde{B} au Principal et une délégation d'autorité \tilde{x} à chaque Agent ; et en supposant, d'autre part, que tout résultat inefficace, du fait d'un état de la nature défavorable, associé à un résultat inefficace de la part de l'autre Agent, génère un résultat inefficace \underline{t} qui procure une utilité \underline{B} au Principal et une délégation d'autorité \underline{x} à chaque Agent ; nous pouvons définir l'espérance d'utilité du Principal lorsque les Agents entreprennent l'action optimale ainsi que les contraintes de participation pour chaque Agent :

$$EW = \pi_1\pi_2(\bar{B} - \bar{x}_1 - \bar{x}_2) + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)(\tilde{B} - \tilde{x}_1 - \tilde{x}_2) + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)(\underline{B} - \underline{x}_1 - \underline{x}_2) \quad (18)$$

$$CP_1 : \pi_1\pi_2 w(\bar{x}_1) + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)w(\tilde{x}_1) + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)w(\underline{x}_1) - \alpha_1 \bar{a}_1 > 0 \quad (19)$$

$$CP_2 : \pi_1\pi_2 w(\bar{x}_2) + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)w(\tilde{x}_2) + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)w(\underline{x}_2) - \alpha_2 \bar{a}_2 > 0 \quad (20)$$

En appelant λ_1 et λ_2 les coefficients de Kuhn et Tucker associé à ces contraintes, le Principal maximise son utilité espérée (18) en fonction de $(\bar{x}_i, \tilde{x}_i$ et $\underline{x}_i)$ et sous contraintes de participation (19) et (20). Les conditions de premier ordre de ce programme donnent :

$$\lambda_i = \frac{1}{w'(x_i^*)} = \frac{1}{w'(\tilde{x}_i^*)} = \frac{1}{w'(\bar{x}_i^*)} > 0 \quad (21)$$

Ainsi, le Principal peut contraindre *ex-ante* les Agents à entreprendre l'action optimale en leur déléguant une autorité unique de premier rang couvrant juste leur désutilité soit : $w(x_i^*) = \alpha_i \bar{a}_i$.

2.3 Le cadre en information imparfaite

Plaçons-nous maintenant dans un cadre d'information imparfaite. Le Principal, comme nous l'avons vu, est soumis à une double asymétrie d'information : l'état de la nature et la responsabilité respective de chacun des Agents dans le résultat. Son problème est donc d'inciter chacun des Agents à participer au jeu et à fournir l'action désirée. Après linéarisation, les contraintes de participation et d'incitation s'écrivent respectivement :

$$\pi_i \pi_j \bar{w}_i + (\pi_i + \pi_j - 2\pi_i \pi_j) \tilde{w}_i + (1 - \pi_i)(1 - \pi_j) \underline{w}_i - \alpha \bar{a}_i > 0 \quad (22)$$

$$\pi_i \pi_j \bar{w}_i + \pi_i (1 - 2\pi_j) \tilde{w}_i - \pi_i (1 - \pi_j) \underline{w}_i - \alpha \bar{a}_i > 0 \quad (23)$$

De même, l'espérance d'utilité du Principal devient :

$$\pi_1 \pi_2 \left(\bar{B} - \sum_{i=1}^2 h(\bar{w}_i) \right) + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1 \pi_2) \left(\tilde{B} - \sum_{i=1}^2 h(\tilde{w}_i) \right) + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2) \left(\underline{B} - \sum_{i=1}^2 h(\underline{w}_i) \right) \quad (24)$$

La maximisation de la fonction d'utilité (24) sous les contraintes (22) et (23) permet de déterminer les coefficients de Kuhn et Tucker :

$$\lambda = (h'(\bar{w}_i) - h'(\underline{w}_i)) (\pi_i + h'(\underline{w}_i)) > 0 \quad (25)$$

et
$$\beta = (h'(\bar{w}_i) - h'(\underline{w}_i)) \pi_i \pi_j > 0 \quad (26)$$

De ces résultats, nous déduisons que les contraintes (22) et (23) sont saturées. Nous obtenons alors les contrats incitatifs que doit proposer le Principal à chacun des Agents pour les inciter à fournir l'action optimale :

$$\pi_j \tilde{w}_i + (1 - \pi_j) \underline{w}_i = 0 \quad (27)$$

et
$$\pi_1 \left[\pi_2 \bar{w}_i + (1 - \pi_2) \tilde{w}_i \right] = \alpha_i \bar{a}_i \quad (28)$$

Les Agents obtiennent donc une espérance d'utilité égale à $\alpha_i \bar{a}_i$ lorsqu'ils fournissent l'action d'expertise demandée par le Principal et une espérance d'utilité nulle lorsqu'ils se laissent influencer par les groupes de pression.

L'espérance d'utilité du Principal, lorsqu'il incite les Agents à entreprendre l'action optimale, est :

$$E_3(W) = \pi_1 \pi_2 \bar{B} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1 \pi_2) \tilde{B} + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2) \underline{B} - \alpha_1 \bar{a}_1 - \alpha_2 \bar{a}_2 \quad (29)$$

Nous avons ainsi déterminé les niveaux de délégation d'autorité que doit accorder le Principal aux Agents pour les inciter à fournir l'action optimale dans deux cadres institutionnels différents. Nous allons maintenant comparer ces cadres pour déterminer lequel peut permettre de limiter les coûts supportés par le Principal et donc d'assurer l'efficacité du processus de libéralisation.

Section 3 – Comparaison des cadres institutionnels

L'intervention de la Commission européenne dans la répartition des compétences entre les régulateurs soulève une double interrogation. D'une part, elle doit arbitrer entre le recours à un régulateur unique et le recours à deux régulateurs. D'autre part, il s'agit de déterminer si elle a intérêt à intervenir dans cette répartition des compétences en contraignant les régulateurs dans leurs actions ou à laisser chaque régulateur décider librement des règles à mettre en place. Cette dernière option se justifie par la possibilité qu'un résultat proche de l'équilibre concurrentiel émerge spontanément de la confrontation des régulateurs. Nous devons comparer l'espérance d'utilité de la Commission européenne, selon qu'elle ait recours à un ou deux régulateurs et qu'elle les incite ou non à entreprendre l'action optimale.

A partir des contrats incitatifs déterminés précédemment, nous avons déterminé l'espérance d'utilité du Principal dans chacune de ces situations :

Si le Principal décide de n'avoir recours qu'à un seul Agent, il peut choisir de l'inciter et obtenir une espérance d'utilité $E_1W = \pi\bar{B} + (1 - \pi)\underline{B} - \alpha\bar{a}$ (13)

S'il décide de ne pas inciter ce régulateur à entreprendre l'action optimale, son espérance d'utilité est : $E_2W = \underline{B} = B((1 - \delta_1)\bar{t}) = B((1 + \delta_2)\bar{t})$ (30)

Si le Principal fait appel à deux Agents et qu'il décide de les inciter à entreprendre l'action optimale, son espérance d'utilité est la suivante:

$$E_3W = \pi_1\pi_2\bar{B} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\tilde{B} + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)\underline{B} - \alpha_1\bar{a}_1 - \alpha_2\bar{a}_2 \quad (29)$$

S'il décide d'avoir recours à deux Agents sans leur proposer de contrats incitatifs, son espérance d'utilité est alors :

$$\begin{aligned} E_4W = B(\hat{t}) &= B\left((1 - i)\left(\gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t}\right)\right) \text{ si } \gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t} < 1 \\ &= B\left((1 + i)\left(\gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t}\right)\right) \text{ si } \gamma(1 - \delta_1)\bar{t} + (1 - \gamma)(1 + \delta_2)\bar{t} > 1 \end{aligned} \quad (31)$$

Nous comparerons les situations en mettant en évidence les conditions dans lesquelles la non-incitation de deux Agents peut être préférable à toute autre arrangement institutionnel.

Rappelons que les différents niveaux de concurrence que peut observer le Principal sont classés comme suit : $\underline{B} < \tilde{B} < \bar{B}$. Afin de simplifier les comparaisons entre les différentes situations, nous supposons que $\tilde{B} = \frac{\bar{B} + \underline{B}}{2}$.

A partir des équations (13), (30), (29) et (31), nous allons identifier les conditions déterminant le choix de la Commission européenne entre avoir recours à un ou deux régulateurs et inciter ou non ces derniers à entreprendre l'action d'expertise demandée.

Nous allons chercher à comparer les différents cadres institutionnels en nous fondant sur l'espérance d'utilité du Principal et sur les incitations qu'il cherche, ou non, à fournir aux Agents. Il existe quatre cadre institutionnels différents : le recours à un

régulateur unique qui sera incité (I1) ou non incité (NI1)¹⁴⁹ et le recours à deux régulateurs incités (I2) ou non incités (NI2). La comparaison deux à deux de chacun de ces cadres aboutit donc à six comparaisons. Afin de faciliter la lecture de ces comparaisons, nous nous intéresserons, dans un premier temps, principalement au cadre impliquant un régulateur unique. Il s'agira de comparer les situations I1/NI1, I1/NI2 puis NI1/NI2. Nous nous intéresserons ensuite à la structure impliquant deux régulateurs en comparant les situations I2/I1, I2/NI2 puis I2/NI2.

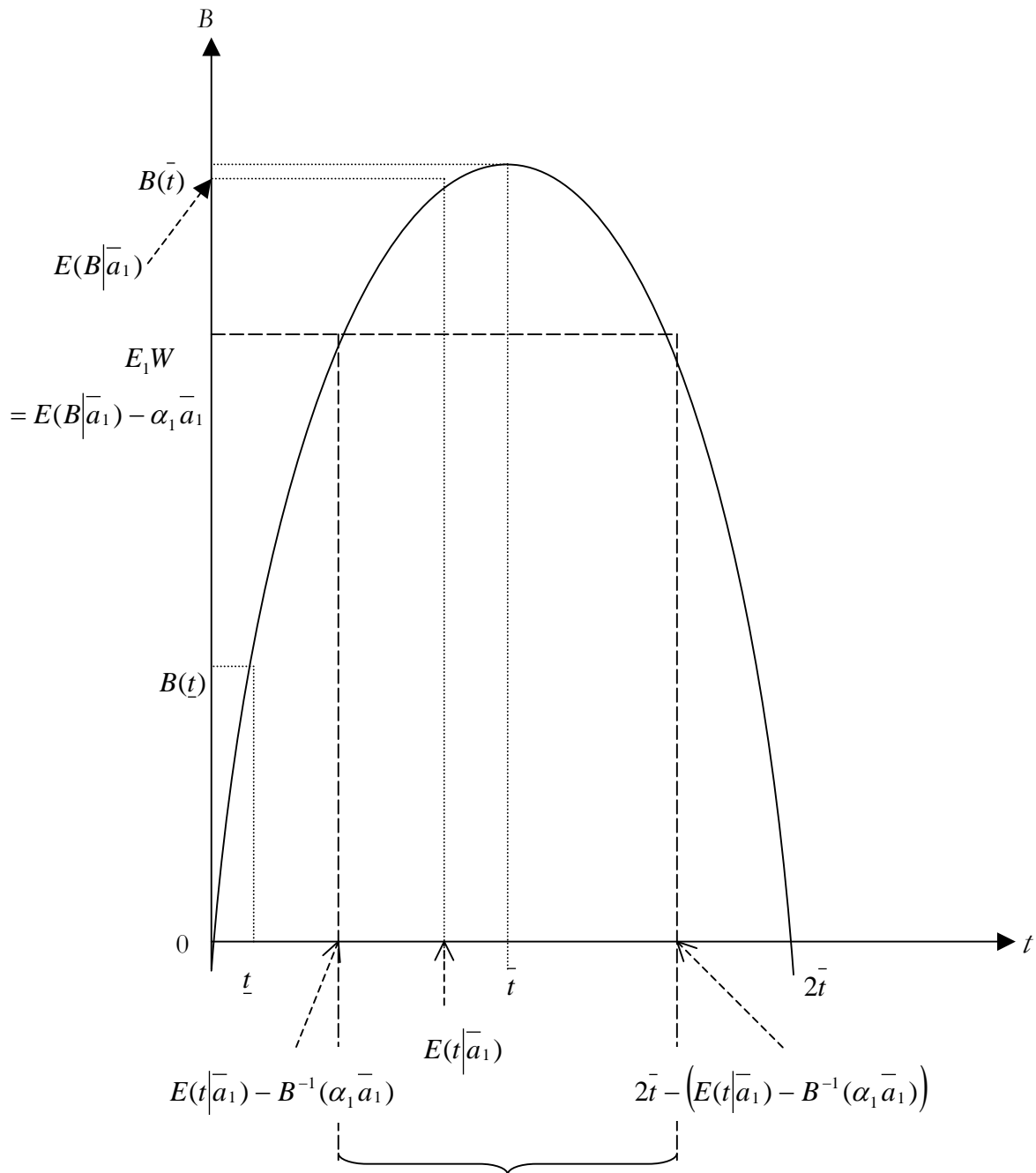
1 – Étude de la structure à un régulateur unique

La première question que nous pouvons nous poser est de savoir si, face une structure institutionnelle ne comprenant qu'un seul régulateur, le Principal a intérêt à proposer des contrats incitatifs à ce régulateur ou à le laisser mettre en œuvre la régulation qui lui est dictée par les entreprises qui le capturent. La situation I1 est alors préférable à la situation NI1 si $E_1W > E_2W$ c'est-à-dire si $\pi(B(\bar{t}) - B(\underline{t})) > \alpha_i \bar{a}_i$. Il s'agit du résultat standard des modèles d'aléa moral, impliquant notamment que l'écart entre le résultat optimal et le résultat sous-optimal doit être suffisamment important pour couvrir les coûts liés à l'incitation de l'Agent. Si nous supposons que cette relation est toujours vérifiée, ce qui est une hypothèse raisonnable, nous pouvons considérer que la situation NI1 est strictement dominée par la situation I1. Cette hypothèse nous permet de réduire le nombre de comparaisons nécessaire.

Nous allons maintenant chercher à déterminer dans quelle mesure l'interaction entre deux régulateurs capturés peut être préférable à l'incitation d'un régulateur unique. Dans un premier temps, nous considérons que ce régulateur unique (l'Agent 1) est capturé par l'opérateur historique et souhaite donc mettre en œuvre une structure de marché sous-concurrentielle. Le recours à deux régulateurs non incités peut être préférable à la

¹⁴⁹ En réalité, le recours à un régulateur unique peut être décomposé en deux cadres différents : le recours à une agence de régulation indépendante ou le recours à une autorité politique pour mettre en œuvre le processus de régulation. Dans la mesure où $B(\underline{t}_1) = B(\underline{t}_2) = \underline{B}$ la généralité des résultats n'est pas affectée ; nous n'envisagerons donc pas cette nuance.

situation où un seul régulateur est incité si $E_4W > E_1W$. Une analyse graphique peut nous permettre d'appréhender cette comparaison.



\hat{t} quand $NI2 > I1$

Sur ce graphique, nous voyons que \bar{t} procure une utilité maximale $B(\bar{t})$ au Principal. Cependant, si le Principal incite l'Agent à fournir l'action optimale, l'espérance de résultat, sachant \bar{a}_1 , est inférieure à \bar{t} : $E(t|\bar{a}_1) = \pi\bar{t} + (1-\pi)\underline{t}$. Ce résultat procure une espérance de gain $E(B|\bar{a}_1) < \bar{B}$ au Principal. Il faut encore retrancher l'espérance de coût d'incitation à cette espérance de gain pour obtenir l'espérance d'utilité du Principal lorsqu'il cherche à inciter un régulateur unique : $E_1W = E(B|\bar{a}_1) - \alpha_1\bar{a}_1$. En reportant cette valeur sur l'axe des abscisses, nous pouvons trouver l'encadrement de \hat{t} permettant de donner une utilité supérieure au Principal lorsque deux régulateurs capturés mettent en œuvre le processus

$$\text{de régulation : } E(t|\bar{a}_1) - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) < \hat{t} < 2\bar{t} - [E(t|\bar{a}_1) - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1)].$$

$$\text{Avec } E(t|\bar{a}) = \pi\bar{t} + (1-\pi)\underline{t} = \pi\bar{t} + (1-\pi)(1-\delta_1)\bar{t} = (1-\delta_1)\bar{t} + \pi\delta_1\bar{t}.$$

Ainsi la situation NI2 est préférée à la situation I1 si :

$$(1-i)[\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}] > (1-\delta_1)\bar{t} + \pi\delta_1\bar{t} - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) \quad (32)$$

$$\text{et } (1+i)[\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}] < (1+\delta_1)\bar{t} - \pi\delta_1\bar{t} + B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) \quad (33)$$

Cette condition traduit le fait que l'octroi de compétence à une agence de régulation indépendante, pour accompagner l'action du gouvernement, doit permettre d'atténuer la structure de marché sous-concurrentielle (32), sans pour autant créer une structure de marché exagérément concurrentielle (33).

Les équations (32) et (33) montrent également que toute augmentation de du facteur i tend à diminuer l'avantage obtenu de la confrontation de deux régulateurs capturés. D'une manière générale, la zone d'acceptation de la solution NI2 est augmenté lorsque le degré de capture du régulateur initialement en place est élevé et lorsque le montant des incitations $\alpha_1\bar{a}_1$ est élevé. Une répartition équilibrée des compétences entre les régulateurs en fonction du degré de capture, c'est-à-dire $\gamma(1-\delta_1) + (1-\gamma)(1+\delta_2) \rightarrow 1$, augmente également la zone d'acceptation de la solution NI2.

Par ailleurs, sous l'hypothèse que la solution I1 domine strictement la solution NI1, la zone d'acceptation de la solution NI2 est effectivement plus importante si on compare

cette solution à la solution NI1. Dans ce cas, la solution NI2 est préférable à la solution NI1 si :

$$(1-i)\left[\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}\right] > (1-\delta_1)\bar{t} \quad \text{avec } (1-\delta_1)\bar{t} < (1-\delta_1)\bar{t} + \pi\delta_1\bar{t} - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) \quad (34)$$

$$\text{et } (1+i)\left[\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}\right] < (1+\delta_1)\bar{t} \quad \text{avec } (1+\delta_1)\bar{t} > (1+\delta_1)\bar{t} - \pi\delta_1\bar{t} + B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) \quad (35)$$

Nous avons jusqu'ici comparé une situation initiale où le gouvernement était seul régulateur du secteur à une situation où une agence de régulation indépendante vient compléter l'action gouvernementale. Si nous supposons désormais que l'agence de régulation est le régulateur initial, les résultats restent identiques. En supposant que le résultat de l'action inefficace de l'agence de régulation est $(1+\delta_2)\bar{t}$, la solution NI2 est préférable à I1 si :

$$(1+i)\left[\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}\right] < (1+\delta_2)\bar{t} - \pi\delta_2\bar{t} + B^{-1}(\alpha_2\bar{a}_2) \quad (36)$$

$$\text{et } (1-i)\left[\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}\right] > (1-\delta_2)\bar{t} + \pi\delta_2\bar{t} - B^{-1}(\alpha_2\bar{a}_2). \quad (37)$$

Les conclusions que nous pouvons tirer sur l'étendue de la zone d'acceptation de NI2 sont alors les mêmes que précédemment.

En prenant comme cadre initial la régulation du secteur par un Agent unique, nous avons défini les conditions rendant favorables l'octroi des compétences de régulation à deux Agents capturés. Dans la sous-section suivante, nous allons mener une analyse identique en prenant comme cadre initial l'octroi de compétences à deux Agents différents.

2 – Étude de la structure à deux régulateurs

Dans un cadre répartissant initialement les compétences de régulation entre deux Agents, nous allons dans un premier chercher à définir s'il est plus efficace pour le Principal de fournir des incitations à deux régulateurs ou à un régulateur unique. Nous chercherons ensuite à déterminer dans quelle mesure la solution consistant à ne fournir

aucune incitation à ces régulateurs peut être préférable à celle consistant à leur proposer des contrats incitatifs.

2.1 Comparaison des solutions I2 et I1

Notre première étape consiste donc à comparer les solutions I2 et I1. La solution consistant à répartir les compétences de régulation entre deux Agents est préférable si : $E_3W > E_1W$ c'est-à-dire si

$$\pi_1\pi_2\bar{B} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\tilde{B} + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)\underline{B} - \alpha_1\bar{a}_1 - \alpha_2\bar{a}_2 > \pi\bar{B} + (1 - \pi)\underline{B} - \alpha_i\bar{a} \quad (37)$$

Afin de simplifier cette comparaison, nous supposons que l'utilité intermédiaire \tilde{B} du Principal est la moyenne arithmétique de \bar{B} et \underline{B} , soit $\tilde{B} = \frac{\bar{B} + \underline{B}}{2}$. Ainsi, $E_3W > E_1W$ si :

$$\pi_1\pi_2\bar{B} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\frac{\bar{B} + \underline{B}}{2} + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)\underline{B} - \alpha_1\bar{a}_1 - \alpha_2\bar{a}_2 > \pi\bar{B} + (1 - \pi)\underline{B} - \alpha_i\bar{a} \quad (38)$$

$$\text{et donc si } \left(\frac{\pi_1 + \pi_2}{2}\right)\bar{B} + \left(1 - \frac{\pi_1 + \pi_2}{2}\right)\underline{B} - \alpha_1\bar{a}_1 - \alpha_2\bar{a}_2 > \pi\bar{B} + (1 - \pi)\underline{B} - \alpha_i\bar{a} \quad (39)$$

D'après les hypothèses présentées à la section précédente selon lesquelles $\frac{\pi_1 + \pi_2}{2} = \pi$, $\bar{a}_1 = \gamma\bar{a}$ et $\bar{a}_2 = (1 - \gamma)\bar{a}$, la solution I2 est préférable à I1 si

$$\gamma\alpha_1 + (1 - \gamma)\alpha_2 < \alpha_i \quad (40)$$

Ainsi, il est nécessaire que la désutilité du second régulateur soit inférieure à celle du régulateur initial. Ce résultat semble peu intéressant dans la mesure où il traduit uniquement le fait que, moins les objectifs privés d'un régulateur le pousse à s'éloigner du comportement optimal, moins il est coûteux de l'inciter à entreprendre l'action optimale. Ainsi, si l'on suppose que l'un des régulateurs est le plus enclin à entreprendre l'action demandée par la Commission européenne, c'est à ce dernier que doivent appartenir

l'ensemble des missions de régulation. En revanche, si l'on suppose que les deux régulateurs ont la même désutilité à entreprendre l'action optimale, le Principal est indifférent entre les deux cadres institutionnels. Nous pouvons cependant relier ce résultat à la situation d'émergence d'un compromis *ex ante* décrit dans le chapitre précédent. Cette analyse stipule que la volonté des régulateurs à défendre la catégorie d'opérateurs par lequel il est capturé est atténuée lorsqu'il est confronté à un régulateur poursuivant un objectif opposé. L'incorporation de ce résultat dans notre modèle conduirait à supposer que la désutilité des régulateurs diminuent lorsque les compétences de régulation sont partagées. Dans cette perspective, il est moins coûteux pour le Principal d'inciter les régulateurs à mettre en œuvre l'action optimale dans le cadre où l'agence de régulation et le gouvernement se partagent les missions de régulation. La solution I2 est donc préférable à la solution I1. La Commission européenne doit donc favoriser les structures institutionnelles à deux régulateurs.

2.2 Comparaison des solutions I2 et NI2

La seconde étape de notre analyse consiste à déterminer si, dans un cadre à deux régulateurs, il est préférable pour la Commission européenne de proposer des contrats incitatifs ou de laisser interagir ces régulateurs capturés. Dans un premier temps, à partir de la formulation générale permettant de rendre compte de l'utilité du Principal résultant de l'interaction des régulateurs, nous définirons les conditions d'acceptation de la solution NI2. Dans un second temps, en précisant cette formulation à l'aide d'une analyse graphique, nous approfondirons nos résultats en fonction des différents paramètres.

D'après la formulation générale de l'utilité du Principal résultant de l'interaction de deux régulateurs capturés, la solution NI2 est préférable à la solution NI1 si $E_4W > E_EW$ c'est-à-dire si :

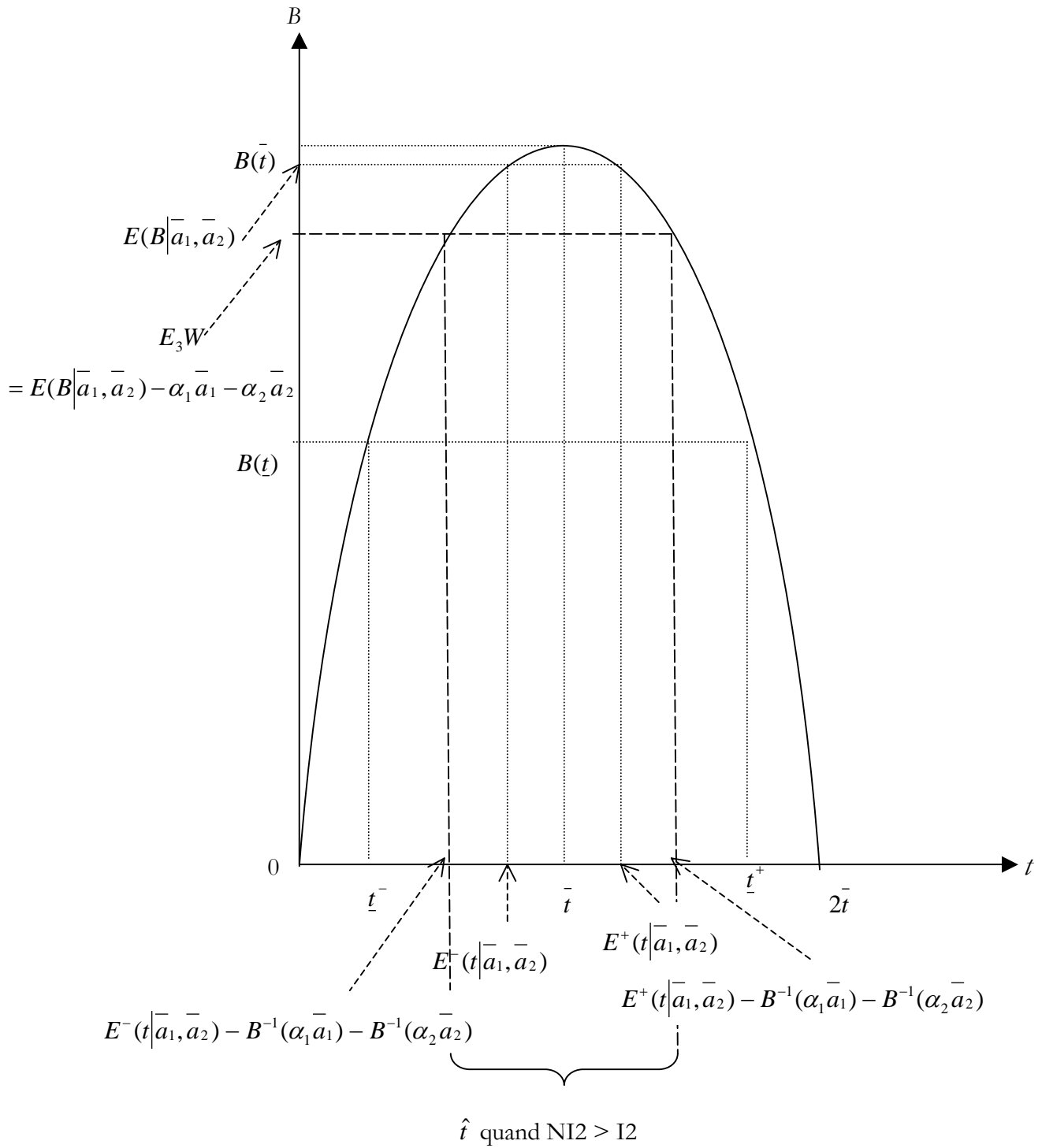
$$p(1-i)\bar{B} + (1-p)(1-i)\underline{B} > \left(\frac{\pi_1 + \pi_2}{2}\right)\bar{B} + \left(1 - \frac{\pi_1 + \pi_2}{2}\right)\underline{B} - \alpha_1 \bar{a}_1 - \alpha_2 \bar{a}_2 \dots\dots\dots(41)$$

Après simplification de (41), nous obtenons la condition pour que NI2 soit préféré à I2 :

$$\left(\frac{\pi_1 + \pi_2}{2} - p(1-i) \right) (\bar{B} - \underline{B}) + i\underline{B} - \alpha_1 \bar{a}_1 - \alpha_2 \bar{a}_2 < 0 \quad (42)$$

Le Principal résultat de cette équation est de montrer que la solution consistant à ne pas proposer de contrats incitatifs à deux régulateurs capturés peut effectivement être préférable à la solution consistant à leur fournir des contrats incitatifs. L'existence de cette première solution est renforcée par l'augmentation de la probabilité p et par celle du coût des incitations supportées par le Principal. Nous voyons également que l'augmentation de la valeur du paramètre i , représentant l'incertitude informationnelle, peut amener le Principal à proposer des contrats incitatifs aux Agents. Selon que l'équation (41) soit respectée ou non, nous pouvons classer les différents arrangements institutionnels. Si cette relation est vérifiée, il est préférable pour le Principal de ne pas chercher à inciter les régulateurs ; cette solution est alors une solution de second rang. Si cette équation n'est pas vérifiée, la solution de second rang consiste à fournir des incitations aux deux régulateurs.

Ces résultats peuvent être précisés en utilisant la formulation particulière de l'interaction des régulateurs sur le résultat final (équation 14) et de l'analyse graphique développée précédemment.



Ce graphique peut être analysé de la même manière que le graphique précédent. Nous avons en effet supposé que l'état de la nature éloignait le résultat observé du résultat optimal tout autant vers une structure de marché sous-concurrentielle ou exagérément concurrentielle. Ainsi, lorsque θ_1 ou θ_2 est défavorable, l'espérance de résultat lorsque les deux Agents entreprennent l'action optimale est $E^-(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2)$ et $E^+(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2)$ (chacun avec une probabilité 1/2) avec :

$$E^-(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2) = \pi_1\pi_2\bar{t} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\tilde{t}^- + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)t_-^- \quad (43)$$

$$E^+(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2) = \pi_1\pi_2\bar{t} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\tilde{t}^+ + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)t_+^+ \quad (44)$$

et $B(E^-) = B(E^+) = E(B|\bar{a}_1, \bar{a}_2)$ qui est l'espérance de gain du Principal lorsque les deux Agents entreprennent l'action optimale.

En retranchant les coûts d'incitation à cette espérance de gain, nous obtenons l'espérance d'utilité du Principal, $E_3W = E(B|\bar{a}_1, \bar{a}_2) - \alpha_1\bar{a}_1 - \alpha_2\bar{a}_2$. (29)

En reportant cette valeur sur l'axe des abscisses, nous pouvons trouver l'encadrement de \hat{t} permettant de donner une utilité supérieure lorsque deux régulateurs capturés mettent en œuvre le processus de régulation :

$$E^-(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2) - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) - B^{-1}(\alpha_2\bar{a}_2) < \hat{t} < E^+(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2) - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) - B^{-1}(\alpha_2\bar{a}_2). \quad (45)$$

En posant $\tilde{t}^- = \frac{\bar{t} + t_-^-}{2}$ et $\tilde{t}^+ = \frac{\bar{t} + t_+^+}{2}$, nous obtenons :

$$\begin{aligned} E^-(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2) &= \pi_1\pi_2\bar{t} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\frac{\bar{t}}{2} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\frac{t_-^-}{2} + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)t_-^- \\ &= \bar{t}(1 - \delta_1) + \pi\delta_1\bar{t} \end{aligned} \quad (46)$$

et

$$\begin{aligned} E^+(t|\bar{a}_1, \bar{a}_2) &= \pi_1\pi_2\bar{t} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\frac{\bar{t}}{2} + (\pi_1 + \pi_2 - 2\pi_1\pi_2)\frac{t_+^+}{2} + (1 - \pi_1)(1 - \pi_2)t_+^+ \\ &= \bar{t}(1 + \delta_2) - \pi\delta_2\bar{t} \end{aligned} \quad (47)$$

Ainsi la situation NI2 est préférée à la situation I2 si :

$$(1-i)(\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}) > (1-\delta_1)\bar{t} + \pi\delta_1\bar{t} - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) - B^{-1}(\alpha_2\bar{a}_2) \quad (48)$$

et $(1+i)(\gamma(1-\delta_1)\bar{t} + (1-\gamma)(1+\delta_2)\bar{t}) < (1+\delta_2)\bar{t} - \pi\delta_2\bar{t} - B^{-1}(\alpha_1\bar{a}_1) - B^{-1}(\alpha_2\bar{a}_2) \quad (49)$

Comme précédemment, nous pouvons conclure que la solution de second rang consiste à laisser interagir deux régulateurs capturés si les relations (48) et (49) sont respectées. Cette solution est d'autant plus acceptable que le facteur d'incertitude résultant des conflits entre les régulateurs est faible. La zone d'acceptation de NI2 est également élargie lorsque la répartition des compétences entre les régulateurs en fonction de leur degré de capture est équilibré, c'est-à-dire lorsque $\gamma(1-\delta_1) + (1-\gamma)(1+\delta_2)$ est proche de 1, et lorsque le coût des incitations est élevé. Si les équations (48) et (49) ne sont pas respectées, la solution de second rang consiste à fournir des incitations aux Agents afin qu'ils entreprennent l'action optimale. Notons que dans la mesure où la présence d'un second régulateur vient diminuer la volonté du premier régulateur de s'écarter du résultat optimal, la zone d'acceptation de NI2 est automatiquement réduite. La perte d'efficacité liée à l'incertitude informationnelle peut alors justifier la mise en œuvre de contrats incitatifs.

En intégrant les spécificités d'une régulation mise en œuvre par deux régulateurs capturés dans un modèle d'agence, nous avons définis les conditions dans lesquelles la Commission européenne peut préférer laisser à chaque État membre le choix de la structure institutionnelle sans chercher à intervenir dans la répartition des compétences entre les régulateurs. Le principal résultat de cette analyse consiste à montrer que la présence de deux régulateurs poursuivant des objectifs opposés peut permettre de diminuer les coûts supportés par le Principal et donc d'améliorer l'efficacité du processus de libéralisation. Nous formulerons des recommandations de politique publique plus précises dans la conclusion de cette partie.

Conclusion du chapitre 7

Ce chapitre nous a permis de définir les conditions dans lesquelles il pouvait être préférable de laisser interagir deux régulateurs capturés plutôt que de chercher à obtenir d'eux une action optimale, obtenue par le biais des incitations fournies par la Commission européenne.

Dans la mesure où la Commission est à l'origine du processus de libéralisation du marché des télécommunications et qu'elle dispose d'un pouvoir de sanctions sur les régulateurs nationaux, nous envisageons une relation de délégation d'autorité entre ces deux parties. Il existe également entre elles une asymétrie d'information entre ces deux parties puisque, lorsque la Commission observe une introduction inefficace de la concurrence sur un marché national, elle ignore si elle résulte d'actions inefficaces de la part du ou des régulateur ou si elle s'explique par le manque d'efficacité des opérateurs. Ces deux facteurs (délégation d'autorité et asymétrie d'information) nous place dans un cadre d'agence en aléa moral où la Commission européenne est considérée comme le Principal et les régulateurs nationaux comme les Agents.

La spécificité de notre modèle tient au fait que les objectifs privés des différents régulateurs ne les amènent pas à préférer le même niveau de concurrence. Plus précisément, nous considérons que le gouvernement cherche à mettre en œuvre une structure de marché sous-concurrentielle alors que l'agence de régulation indépendante cherche à développer une structure de marché exagérément concurrentielle. Cette opposition entre les objectifs privés des régulateurs nous amène à envisager la possibilité d'un résultat proche du résultat de premier rang malgré l'action inefficace de chacun des régulateurs.

Dans un premier temps, selon le cadre institutionnel en vigueur (un ou deux régulateurs), nous avons défini le montant des incitations devant être alloué aux régulateurs. Nous avons alors déterminé l'espérance d'utilité du Principal lorsque l'action optimale était mise en œuvre. Nous avons, dans un second temps, défini une fonction permettant de déterminer l'impact de la répartition des compétences entre les différents régulateurs sur la structure concurrentielle du marché. Cette fonction nous a permis d'établir des comparaisons entre les différents cadres institutionnels, selon que les régulateurs soient incités ou non à entreprendre l'action optimale.

Les résultats de ces comparaisons peuvent nous amener à privilégier un arrangement institutionnel consistant à répartir les compétences de régulation entre deux régulateurs.

En tant qu'elle modère la volonté de chaque régulateur de mettre en œuvre une action sous-optimale, nous montrons que la division des compétences peut permettre de diminuer les coûts d'incitation à fournir aux régulateurs. Par ailleurs, si l'on observe une répartition des tâches équilibrée entre en fonction du degré de capture des régulateurs, il peut s'avérer préférable de laisser interagir ces régulateurs sans chercher à les inciter à fournir une action optimale.

D'un point de vue pratique, la libre interaction des régulateurs est d'autant plus souhaitable si l'on considère les difficultés liés à l'évaluation du résultat de leur action. Il n'existe en effet aucun benchmark permettant de définir précisément le niveau de concurrence optimal. Nous avons en effet montré qu'un nombre important de concurrents, des tarifs de détails ou d'accès au réseau faibles ne traduisent pas nécessairement un niveau de régulation, et donc de concurrence, optimal. Dans la conclusion de cette partie, nous tirons les enseignements des résultats de ce modèle et de l'analyse conceptuelle développée dans le chapitre précédent, afin proposer quelques recommandations de politique publique sur l'architecture institutionnelle de la régulation des industries de réseau.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE ET RECOMMANDATIONS DE POLITIQUE PUBLIQUE

Les directives européennes imposent désormais que les autorités publiques disposant d'un moyen de contrôle sur l'opérateur historique, et qui serait donc capturées par lui, perdent l'ensemble de leurs compétences de régulation économique. Au cours de notre analyse, nous avons cherché à discuter de l'efficacité d'une telle mesure sur le processus de régulation.

L'analyse conceptuelle développée dans le chapitre 6 et le modèle théorique présenté dans le chapitre suivant tendent à montrer que, compte tenu des objectifs privés des différents régulateurs, un arrangement institutionnel privilégiant un régulateur unique n'était pas nécessairement propice au développement d'une concurrence loyale au bénéfice des consommateurs.

Nous avons montré que la mise en œuvre des missions de régulation par le gouvernement aboutit à une structure de marché sous-concurrentielle dans la mesure où ce dernier cherche à diminuer les pressions concurrentielles s'exerçant sur l'ancien monopole. Parallèlement, lorsque l'agence de régulation indépendante dispose seule des pouvoirs de régulation économique, la structure de marché qui émerge peut être qualifiée d'exagérément concurrentielle. Pour permettre aux opérateurs alternatifs de concurrencer l'opérateur historique, elle tend à mettre en œuvre des tarifs d'accès au réseau plus faible que leur niveau optimal, risquant ainsi de décourager les investissements de l'ancien monopole pour améliorer la qualité de son réseau ; la diminution des tarifs de détail de l'opérateur historique est également limitée par ce régulateur afin de permettre aux nouveaux entrants de concurrencer l'opérateur historique tout en dégagant des marges suffisantes à l'exercice de leur activité.

La capture des régulateurs empêche l'existence d'une solution de premier rang propre à maximiser le surplus de l'ensemble des acteurs (opérateur historique, nouveaux entrants et consommateur). Notre raisonnement a alors consisté à déterminer un arrangement institutionnel permettant de faire émerger une solution de second rang.

Dans cette perspective, nous avons envisagé le résultat de la mise en œuvre des missions de régulation par deux régulateurs capturés et poursuivant des objectifs diamétralement opposés. Nous avons montré que ce résultat pouvait procurer une utilité plus importante à la Commission européenne, garante de l'intérêt général, justifiant ainsi le recours à deux régulateurs et l'absence de mise en œuvre de contrats incitatifs. Nous avons identifié deux procédés permettant d'obtenir ce résultat de second rang.

D'une part, nous avons envisagé le fait que la présence d'un second régulateur, poursuivant des objectifs opposés, impose une auto-discipline à chacun des deux régulateurs. Ainsi, si l'agence de régulation anticipe, qu'en réponse à l'accroissement des contraintes qu'elle impose à l'opérateur historique dans le but d'augmenter le profit des opérateurs alternatifs, le gouvernement va diminuer les contraintes pesant sur cet opérateur, et donc les profits des opérateurs alternatifs, elle est incitée à limiter *ex ante* ses comportements stratégiques. Le raisonnement pour le gouvernement est identique et ce dernier doit également limiter les mesures avantageuses pour l'opérateur historique. Cette auto-discipline imposée par la présence d'un second régulateur témoigne d'un compromis *ex ante* entre les régulateurs. Pour qu'un tel compromis puisse émerger, il est nécessaire que deux conditions soient réunies.

En premier lieu, la somme des compétences à attribuer à chaque régulateur doit dépendre de son degré de capture. Le régulateur le plus capturé doit nécessairement disposer de moins de compétences que le régulateur le moins capturé. La fonction déterminant le résultat de l'interaction de régulateurs capturés que nous avons définie permet de rendre compte de cette condition.

En second lieu, il est nécessaire que chaque régulateur dispose des compétences suffisantes pour s'opposer à l'action de l'autre régulateur. Si, par exemple, le gouvernement ne dispose que des compétences relatives à l'évaluation du coût et à la répartition du financement du service universel, il lui sera impossible d'alléger suffisamment les contraintes pesant sur l'opérateur historique si l'agence de régulation dispose à la fois des compétences de régulation de l'accès et des tarifs de détail. Ces deux conditions rendent possible le déroulement efficace du processus de régulation.

D'autre part, en l'absence d'un tel compromis *ex ante*, nous avons envisagé une répartition spécifique des compétences entre les régulateurs permettant de justifier l'octroi des compétences de régulation à deux régulateurs capturés. Un compromis *ex post* peut émerger de la confrontation de règles sous-optimales sur le marché. Ainsi, nous avons envisagé que l'utilité des consommateurs soit améliorée (par rapport à une situation à un régulateur unique et capturé) lorsque la régulation des tarifs d'accès au réseau appartient au régulateur qui cherche à favoriser les opérateurs alternatifs et celle des tarifs de détail à l'autorité qui cherche à favoriser l'opérateur historique. Nous avons montré que cette répartition spécifique des compétences de régulation est à même de permettre la fixation de tarifs de détail faibles tout en maintenant un développement durable de la concurrence.

Si l'on suppose qu'une stricte application de la réglementation permet de maximiser le surplus total de long terme, toute autre action des régulateurs vient nécessairement diminuer ce surplus. Nous avons cependant montré que, étant donnée la capture des régulateurs, la solution de second rang pouvait consister à opérer la répartition des compétences décrites ci-dessus. La perte de surplus est alors supportée par l'ensemble des acteurs : l'opérateur historique subit la sous-rémunération de son réseau, les opérateurs alternatifs doivent diminuer leurs prix pour concurrencer l'opérateur historique, les consommateurs ne bénéficient pas à long terme des investissements de l'opérateur historique pour améliorer son réseau. Dans un cadre où un seul régulateur capturé mettrait en œuvre la régulation, la perte de surplus n'est supportée que par deux acteurs : l'opérateur historique et les consommateurs ou les opérateurs alternatifs et les consommateurs si l'agence de régulation ou le gouvernement disposent respectivement de l'ensemble des missions de régulation.

Lorsque les conditions décrites ci-dessus sont respectées et que la Commission européenne peut s'attendre à voir émerger un compromis *ex post* ou *ex ante*, nous avons montré qu'il pouvait être plus coûteux pour elle de chercher à inciter les régulateurs à entreprendre une action optimale que d'accepter l'occurrence de tels compromis. Dans tous les cas, la présence de deux régulateurs poursuivant des objectifs opposés permet de diminuer leur volonté d'adopter des comportements stratégiques. Notre analyse économique conduit donc à envisager la répartition des compétences de régulation entre

une agence de régulation indépendante et une autorité politique dans les conditions que nous avons décrites ci-dessus.

Une démarche juridique doit compléter cette analyse économique dans le but d'implémenter un tel cadre institutionnel. Ainsi, au niveau européen, notre principale recommandation de politique publique est de supprimer la clause invoquant « une réelle séparation structurelle entre la fonction de réglementation [comprendre régulation] d'une part, et les activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part » apparaissant dans la directive « cadre » du paquet télécom (2002/21/CE) et excluant de fait la plupart des gouvernements européens de la régulation économique.

Cela étant, il est difficile d'envisager une action plus précise des autorités européennes quant à la répartition des compétences entre les régulateurs au niveau national. Nous avons en effet souligné que l'étude des objectifs privés défendus par les régulateurs français n'était pas nécessairement transposable aux autres États membres. Il est donc du ressort des législateurs nationaux d'organiser plus précisément le partage de ces compétences. Il s'agit de répartir les compétences entre ces régulateurs afin de favoriser l'émergence des compromis *ex ante* et *ex post*. L'autorité la plus soumise à la capture des opérateurs doit disposer d'une quantité de pouvoirs inversement proportionnel à son degré de capture. L'autorité capturée par l'opérateur historique ne doit pas disposer des compétences de régulation de l'accès au réseau alors que celle capturée par les opérateurs alternatifs doit être exclue de la régulation tarifaire.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'intervention de régulateurs sectoriels pour accompagner la libéralisation des marchés des télécommunications européens nous a amenés à nous interroger sur le fonctionnement de ces autorités et sur la répartition des compétences entre l'autorité de régulation indépendante et l'autorité de régulation gouvernementale.

La réussite de la mise en œuvre du processus de régulation constitue une préoccupation centrale pour les dirigeants de l'Union européenne et inscrit notre analyse du cadre institutionnel de la régulation au cœur du débat sur la libéralisation du marché des télécommunications. Par ailleurs, l'évolution de ce marché ouvre la voie à la libéralisation d'autres secteurs tels que celui de l'énergie, de la poste ou du transport ferroviaire. Dans ce contexte, certaines de nos conclusions pourraient être transposées au cas plus général des industries de réseau.

Consciente du risque que constituerait l'intervention d'un régulateur gouvernemental, par ailleurs impliqué dans le fonctionnement de l'un des opérateurs (ancien monopole), la Commission européenne a souhaité que les missions de régulation soient attribuées à une autorité indépendante. Ainsi, en 1997, une directive a imposé une réelle séparation structurelle « entre les fonctions de régulation et les fonctions liées à la propriété ou au contrôle »¹⁵⁰ des opérateurs.

La publication de cette directive a cependant été postérieure à la mise en œuvre des législations nationales instituant la libéralisation des marchés des télécommunications et à l'attribution des compétences aux régulateurs nationaux. Cette désynchronisation des calendriers explique qu'un grand nombre d'États membres avait déjà réparti les compétences de régulation économique entre une autorité indépendante et une autorité gouvernementale. Ce cadre institutionnel particulier, peu satisfaisant pour la Commission, a soulevé un certain nombre de problématiques, notamment sur le fonctionnement de ces autorités et le résultat de leurs interactions.

¹⁵⁰ Directive 97/51/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 90/387/CE.

Force est de constater que les théories économiques, même récentes, traitant de la libéralisation du marché des industries de réseau ne permettent pas de rendre compte des conséquences de la complexité du design institutionnel sur l'efficacité du dispositif. Notamment, la théorie de l'agence préfère ignorer certaines modalités du processus de libéralisation afin de se concentrer sur l'asymétrie d'information entre les décideurs publics (régulateurs ou représentants politiques) et l'entreprise régulée. De fait, elle ne considère ni les spécificités des différents acteurs (opérateurs historique ou alternatifs ; régulateurs politiques ou indépendants), ni l'influence relative de chaque catégorie d'opérateurs sur les régulateurs sectoriels. Par ailleurs, la caractéristique d'indépendance des régulateurs sectoriels ne permet pas l'utilisation des instruments classiques d'intervention prônés par cette école de pensée (réduction du budget, réformation des décisions) afin de contraindre les régulateurs à se conformer à l'intérêt général.

En outre, les théories néo-institutionnelles, qui mettent en évidence l'importance du cadre institutionnel, focalisent leurs analyses sur la modification des règles légales qui encadrent l'action des régulateurs, plutôt que sur l'arbitraire de ces régulateurs découlant d'un cadre légal exogène.

Au cours de cette thèse, nous avons donc cherché à définir un cadre théorique capable d'intégrer l'ensemble des particularités de l'architecture institutionnelle qui caractérise le domaine de la régulation du marché des télécommunications.

Pour ce faire, nous avons eu recours au corpus théorique proposé par la théorie positive de la réglementation (Stigler, 1971). Celle-ci propose de rendre compte de la complexité du domaine de la régulation en intégrant à l'analyse les différents objectifs poursuivis par l'ensemble des acteurs.

Cette approche est à même de déterminer les bénéficiaires de la régulation afin d'évaluer l'efficacité des différentes structures institutionnelles en fonction des objectifs personnels des différents régulateurs.

Dans la première partie, nous avons analysé la régulation du marché sous un angle institutionnel en rappelant les règles nécessaires à la libéralisation et en identifiant les autorités chargées de les mettre en œuvre.

Dans le premier chapitre, nous avons adopté le point de vue de la Commission européenne. Nous avons identifié les objectifs relevant de la régulation économique et devant être mis en œuvre par une autorité de régulation sectorielle et indépendante. Nous avons ensuite souligné les enjeux politiques de la régulation, devant être mis en œuvre par des autorités disposant d'une certaine légitimité démocratique.

Ce chapitre nous a permis de définir la répartition optimale des compétences de régulation entre le régulateur économique et le régulateur politique, du point de vue de la Commission européenne. Les missions relatives à l'attribution des licences, à la tarification de l'accès au réseau, au contrôle des prix de détail ou à l'évaluation du coût du service universel doivent revenir à l'agence de régulation indépendante. L'autorité politique doit se voir confier les missions liées à la réglementation, à la définition du service universel ou aux politiques d'intérêt général.

Dans le second chapitre, nous avons adopté une démarche positive pour analyser le processus de régulation. Il s'agissait cette fois d'étudier la répartition des compétences effectivement mise en œuvre entre les différents régulateurs français du marché des télécommunications. Nous avons souligné que la loi française de 1996 n'a que partiellement tenu compte de cette distinction entre régulation économique et politique pour répartir les compétences entre l'ART et le Ministre chargé des télécommunications. Nous avons montré que, si l'agence de régulation indépendante intervient dans l'ensemble des domaines relatifs à l'introduction de la concurrence, son pouvoir est souvent uniquement consultatif. C'est le gouvernement qui détient le pouvoir d'homologation en matière d'attribution des licences, de contrôle des tarifs de l'opérateur historique ou de répartition du coût du service universel

Partant d'une situation où l'ART et le Ministre chargé des télécommunications interviennent conjointement pour assurer la régulation économique du secteur, nous avons, dans une deuxième partie, mis en lumière les objectifs privés de ces deux autorités.

Le troisième chapitre a mis en évidence les objectifs privés de l'autorité gouvernementale. Nous avons notamment souligné qu'elle est soumise aux influences contradictoires de l'opérateur historique, des opérateurs alternatifs et des consommateurs. Dans ce cadre, le décideur politique tente de maximiser ses soutiens électoraux et doit tenir compte des intérêts de chacun. A ce niveau de généralité, en ne considérant que les pressions exercées par les différents acteurs, il est impossible de déterminer quel groupe a le plus d'influence sur les décisions du régulateur gouvernemental.

Nous avons toutefois souligné l'existence d'une convergence d'intérêt entre le gouvernement et l'opérateur historique, accentuée lorsque cet opérateur est détenu, majoritairement ou non, par l'État. Le gouvernement peut mener une politique de « champion national » qui l'amène à protéger l'ancien monopole des pressions concurrentielles. Dans le but de maximiser les dividendes et la valorisation du patrimoine public, le gouvernement peut également utiliser son pouvoir de régulation pour limiter le développement de la concurrence. Notre proposition consiste donc à considérer qu'il existe un biais des autorités politiques favorable à l'opérateur historique, au détriment de la concurrence.

Dans le chapitre 4, nous avons déterminé les objectifs privés de l'agence de régulation indépendante. Notre problème central consistait à d'identifier la catégorie d'opérateurs (opérateur historique ou nouveaux opérateurs privés) qui parvient à influencer ses décisions. Dans ce chapitre, nous avons discuté les instruments permettant aux opérateurs de capturer les décisions du régulateur : transferts monétaires, emplois réservés, relations personnelles entre les deux parties, critique publique des décisions rendues ou encore les transferts effectués vers certains élus « haut placés » pour qu'ils influencent à leur tour les décisions du régulateur.

Nous avons montré que la plupart de ces instruments peuvent être utilisés aussi efficacement par l'opérateur historique que par les opérateurs alternatifs. Nous avons cependant noté la convergence d'intérêt entre l'agence de régulation et les opérateurs alternatifs, les conflits récurrents entre cette dernière et l'opérateur historique et sa volonté de limiter les critiques émanant des nouveaux entrants. Ces éléments témoignent de l'influence que peuvent exercer les opérateurs alternatifs sur les décisions du régulateur indépendant.

La prise en compte de l'objectif de maximisation de sa sphère de compétences, inhérent à toute administration, montre également que l'agence de régulation est amenée à accroître les contraintes pesant sur l'opérateur historique, favorisant ainsi les opérateurs alternatifs.

Notre proposition consiste donc à considérer que les décisions de l'agence de régulation indépendante sont influencées par les opérateurs alternatifs.

Le chapitre 5 nous a permis de délivrer une vérification empirique des propositions théoriques des deux chapitres précédents (le gouvernement est capturé par l'opérateur historique et l'agence de régulation par les opérateurs alternatifs). Le cadre français nous a permis de révéler les objectifs privés des régulateurs. Nous avons en effet montré que, dans de nombreux domaines (octroi des licences régulation tarifaire, répartition du coût du service universel), l'ART dispose d'un pouvoir consultatif et le Ministre chargé des télécommunications du pouvoir d'homologation. Si les régulateurs poursuivent effectivement des objectifs privés, nous devons observer des divergences entre les avis de l'ART et la décision finale du Ministre.

Pour mettre en évidence ces divergences, nous avons pris le domaine du contrôle tarifaire, puis recensé l'ensemble des avis de l'ART, et nous les avons comparés aux décisions du Ministre. Il ressort de cette étude que des divergences statistiquement significatives entre les deux régulateurs apparaissent uniquement lorsque l'ART émet un avis défavorable aux offres de France Télécom, ou symétriquement lorsque le gouvernement homologue les offres de cet opérateur.

Ce test ne permet pas de prouver simultanément la capture de l'ART par les opérateurs alternatifs et celle du gouvernement par l'opérateur historique, bien qu'il n'exclut pas cette possibilité. Il permet toutefois de corroborer l'analyse développée dans les chapitres précédents en montrant que, lorsque l'agence de régulation est capturée, elle l'est nécessairement par les opérateurs alternatifs, et que, lorsque le gouvernement est capturé, il l'est nécessairement par l'opérateur historique.

Après avoir décrit les objectifs des régulateurs, nous avons déterminé leur impact sur le processus concurrentiel.

Le chapitre 6 a, dans un premier temps, examiné le cas où il n'y aurait qu'un seul régulateur (le Ministre puis l'ART). En supposant que ce régulateur unique soit le Ministre, nous avons montré que le processus de régulation conduit à l'émergence d'une structure de marché sous-concurrentielle (concurrence imparfaite). En supposant que ce régulateur unique soit l'agence de régulation, le processus de régulation converge vers une structure de marché exagérément concurrentielle qui, à l'instar de la situation décrite précédemment, se réalise au détriment des consommateurs.

Par définition, en présence d'une capture du régulateur, le résultat obtenu ne peut pas être de premier rang. Il convient alors de déterminer les contours de l'architecture institutionnelle qui permette de conduire à l'*optimum optimorum* de second rang. En considérant que les objectifs poursuivis par l'agence de régulation indépendante et le régulateur gouvernemental sont diamétralement opposés, nous avons examiné, dans un second temps, les effets des interactions entre ces deux régulateurs. Nous avons montré que la meilleure solution de second rang consistait à répartir les compétences de régulation entre les deux régulateurs capturés.

Il s'ensuit qu'une telle organisation institutionnelle est à même d'imposer une auto-discipline à chacun des régulateurs, rétablissant ainsi un jeu de pouvoirs et contre-pouvoirs (*check and balance*) à l'instar de ce qui est généralement préconisé lorsque se pose un problème de répartition de compétences.

Le fait que le gouvernement dispose des compétences suffisantes pour rééquilibrer les conditions de la concurrence, dans le cas où les opérateurs alternatifs ont été favorisés par l'ART, doit ainsi inciter cette dernière à prendre une décision acceptable pour le gouvernement. Ce raisonnement est symétrique pour les deux régulateurs.

Dans une situation où n'émergerait pas un tel compromis, nous avons proposé un mode de répartition des compétences en dernier ressort qui permette, malgré les comportements stratégiques des régulateurs, de limiter les pertes subies par le consommateur. Il convient d'attribuer les compétences de régulation de l'accès à l'ART et les compétences de régulation tarifaire, au Ministre chargé des télécommunications. Cette structure organisationnelle permettra aux opérateurs alternatifs de bénéficier de tarifs

d'accès au réseau avantageux et à l'opérateur historique de diminuer ses tarifs de détail, tandis que les consommateurs bénéficieront d'une concurrence durable.

Le chapitre 7 a fourni l'occasion de placer le problème du contrôle des régulateurs au niveau supranational. La Commission européenne dispose des instruments lui permettant d'exercer un contrôle efficace sur le processus de régulation et, dans un cadre d'agence, peut être considérée comme le Principal incitant les régulateurs nationaux (les Agents) à se conformer à l'intérêt général. Nous avons enrichi notre réflexion par l'examen d'une configuration où les compétences sont réparties entre le régulateur indépendant et le régulateur politique, cette division diminuant le risque d'occurrence de comportement stratégique.

La question qui se pose alors est de déterminer s'il est préférable de s'accommoder du résultat de la libre interaction entre les régulateurs capturés ou, *a contrario*, de chercher à les inciter à se conformer à l'intérêt général. Compte tenu des coûts induits par ces incitations, nous avons déterminé les conditions d'acceptation de chacune de ces solutions.

In fine, notre travail peut être résumé par les cinq enseignements majeurs suivants :

L'organisation institutionnelle française n'est pas conforme aux préconisations européennes.

Les décisions des autorités politiques sont influencées par l'opérateur historique.

Les décisions de l'agence de régulation indépendante sont influencées par les opérateurs alternatifs.

Compte tenu du caractère diamétralement opposé de leurs objectifs, la répartition des pouvoirs entre les deux régulateurs doit permettre de palier l'impact négatif de leurs comportements stratégiques sur le bon fonctionnement de la régulation du secteur

Le contrôle des régulateurs doit être opéré au niveau supranational.

BIBLIOGRAPHIE

ALBERT, S. et C. BUISSON, (2002), *Entreprises publiques – Le rôle de l'État actionnaire*, La documentation française, Paris.

ARMSTRONG, M. (1997), « Competition in Telecommunications », *Oxford Review of Economic Policy*, vol.13, n°1, pp.64-82.

ARMSTRONG, M. (1999), « Regulation and Inefficient Entry : Economic Analysis and British Experience », *Regulation Initiative Working Paper*, n°30, 16p.

ART (1999), *Rapport public d'activité 1998*, Paris.

ART (2000), *Rapport public d'activité 1999*, Paris.

ART (2001), *Rapport public d'activité 2000*, Paris.

ART (2002), *Rapport public d'activité 2001*, Paris.

ART (2003), *Connaissance et perception des télécommunications par les ménages*, Enquête réalisée par le cabinet CSA pour l'ART.

ART (2004), *Rapport public d'activité 2003*, Paris.

BALLBE, M. et C. PADROS (2001), « Spanish Independent Authority and its Role in a New Competitive Environment », dans G.Amato et L.L.Laudati eds, *The Anticompetitive Impact of Regulation*, 2001.

BARBET, P. et A. GNOZALES (1999), « La notion de service universel dans les télécommunications : évolution et nécessité d'une nouvelle définition », *Revue Internationale de Droit Économique*, n°1(51), p.69-75.

BAREL, E., C. BEAUX, E. KESSLER et O. SICHEL (1997), *Économie politique contemporaine*, Paris : Armand Colin.

BAUBY, P. (2000), « Politique industrielle et services publics », *Après-Demain*, janvier-février.

- BAUBY, P. (2003), « Les entreprises publiques face à la libéralisation », *Cahiers français*, n°313, pp.42-47.
- BAUER, J.M. (2005), « Regulation and State Ownership: Conflicts and Complementarities in EU Telecommunications », *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol.76, n°2, pp.151-177.
- BAUMOL, J.W. et J.G. SIDAK (1994), *Toward Competition in Local Telephony*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press.
- BECKER, G. (1983), « A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence », *Quarterly Journal of Economics*, vol.98, n°3, p.371-400.
- BELLAMY, C. (2004), « Le juge contrôleur du régulateur », dans *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, M.A. Frison-Roche eds, Dalloz.
- BERGOUGNOUX, J. (2000), « Comment le régulateur gagnera sa légitimité », *Sociétal*, n°30, pp.61-66.
- BERLIN, D. (1997), « Déréglementation des télécommunications : L'accès au marché français », *L'Actualité juridique – Droit administratif*, 20 mars 1997.
- BOULAUD, D. (2001), « Le nouveau cadre européen des communications électroniques : quelle régulation pour quels équilibres », *Les documents d'information de l'Assemblée Nationale*, n°3048, 61p.
- BOURREAU, M. (2001), « la boucle locale radio comme vecteur d'entrée dans les télécommunications », *Revue française d'économie*, vol.15, n°4, pp.111-143.
- BOURREAU, M. et E. DEBROECK (1999), « Le développement de la concurrence dans la boucle locale : éléments de réflexion », *Communications et Stratégies*, n°36, p.145-162.
- BOURREAU, M. et P. DOGAN (2003), « Concurrence par les services ou concurrence par les infrastructures dans les télécommunications ? », *Économie publique, études et recherches*, n°12 2003/1, pp.45-70.
- BOY, L. (2000), « Les pouvoirs de l'Autorité de Régulation des Télécommunications », *Centre national de la recherche scientifique*, ESA 6043.
- BOY, L. (2001), « Réflexions sur le droit de la régulation », *Recueil Dalloz, Chroniques*, p.3031-3043.
- BROUSSEAU, E. (2003), « La régulation dans une économie mondialisée – Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ? », *Cahiers français*, n°313, pp.64-70.

- BUCHANAN, J.M. et G.TULLOCK (1962), *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, MI : University of Michigan Press.
- BUIGUES, P-A. (2001), « European Policy on Local Loop Unbundling – Competition Lax Landscape and Implementation Issues », *Communications & Stratégies*, vol.42, pp.51-66.
- BUREAU, D. et N. CURIEN (2001), « Establishing Independent Regulators in France », dans Henry, Matheu et Jeunemaître 2001, *Regulation of Network Utilities*, Oxford University Press.
- CAMMAS, G. (2000), « Les rapports entre l’Autorité de Régulation des Télécommunications et d’autres autorités de régulation en matière de concurrence », *Centre National de la Recherche Scientifique*, ESA 6043.
- CARTELIER, L. (2003), « Les autorités de régulation économique : bilan d’étape », *Cahiers français*, n°313 pp.57-61.
- CARTELIER, L. et I. CROCQ (2002), « Concurrence et réglementation dans les télécommunications. Missions et résultats des agences de régulation : une comparaison France – Royaume-Uni », *Politiques et management public*, vol.20, n°2, pp.23-41.
- CARTER, M.S. (1997), « French Telecommunications Regulation After the 1996 Reform », *International Lawyer*, vol.31, n°4, pp.987-1006.
- CETTE, G., J. MAIRESSE et Y.KOCOĞKU (2002), « Croissance économique et diffusion des TIC : le cas de la France sur longue période (1980-2000) », *Revue française d’économie*, vol16, n°3.
- CHEVALLIER, J. (1999), « Les mutations du secteur français de la communication – Opérateurs globaux et instances de régulation », *Revue internationale de droit économique*, n°1 (51).
- COHEN, E. (1990), « L’État et le secteur des télécommunications : « du mercantilisme high tech » à l’institution du marché », *L’Année sociologique*, vol.40, pp.125-154.
- COHEN, E. (2000), « De la réglementation à la régulation : histoire d’un concept », *Problèmes Économiques*, n°2680, pp.1-4.
- COLECCHIA, A. et P. SCHREYER (2001), « ICT Investments and Economic Growth in the 1990’s : Is the United States a Unique Case ? », *OCDE STI Working Paper 2001/7*, OCDE, Paris.
- COMMISSION EUROPÉENNE (1999), « Cinquième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications », Bruxelles.

COMMISSION EUROPÉENNE (2000), « Sixième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications », COM(2000)814, Bruxelles.

COMMISSION EUROPÉENNE (2002-a), « Huitième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications », COM(2002) 695, Bruxelles.

COMMISSION EUROPÉENNE (2002-b), « La politique industrielle dans une Europe élargie », COM(2002) 714 Final, Bruxelles.

CONAC, P.H. (2002), « Un exemple étranger : la SEC aux États-Unis », dans H. De Charrette eds, *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Economisa, Paris.

CONSEIL D'ÉTAT (2001), *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport d'activité 2001, La documentation française, Paris.

COWEN, T., A. GLAZER et K. ZAJC (2000), « Credibility May Require Discretion, not Rules », *Journal of Public Economics*, vol.76, n°2, pp.295-306.

CREMER, H., F. GASMI, A. GRIMAUD et J.J. LAFFONT (2001), « Universal Service : An Economic Perspective », *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 72, n°1, pp.5-43.

CROCQ, I. (2004), *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, Economisa, Paris.

CSSPPCE (2004), *Rapport annuel de la Commission Supérieure du Service Public des Postes et des Communications Électroniques*, octobre 2003 – septembre 2004, Paris.

CSSPPT (2001), *Rapport annuel de la Commission Supérieure du Service Public des Postes et Télécommunications*, octobre 2000 – septembre 2001, Paris.

CURIEN, N. (2000-a), *Économie des réseaux*, Eds La Découverte, collection Repères, Paris.

DAHL, R.A. (1956), *A Preface to Democratic Theory*, Chicago : The University of Chicago Press.

DEMSKI, J.S. et D. SAPPINGTON (1984), « Optimal Incentives Contracts with Multiple Agents », *Journal of Economic Theory*, vol.33, pp.152-171.

DESNOIX DE SAINT MARC, R. (1996), *Le service public*, Paris, La documentation française.

DIEFENBACHER, M. (2003), « Rapport d'enquête sur la gestion des entreprises publiques », *Rapport de l'Assemblée Nationale*, n°1004, Paris.

- DIXIT, A. (1996), *The Making of Economic Policy. A Transaction-Cost Politics Perspective*, Cambridge, MA, MIT Press.
- DOWS, A. (1957), *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper & Row, 1957.
- DOYLE, C. (1996), « Effective Sectoral Regulation Telecommunications in the EU », *Journal of European Public Policy*, vol.3, n°4, pp.612-628.
- DU CASTEL, F. (2000), « L'évolution de la politique industrielle dans les télécommunications (1945-1999) », *Après-Demain*, pp.23-27.
- DUCH, R. (1991), *Privatizing the Economy : Telecommunications Policy in Comparative Perspective*, Ann Arbor, University of Michigan Press.
- DUGUIT, L. (1928), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccart.
- DURRIEU, Y. (2000), « Qu'est ce qu'une politique industrielle ? », *Après-Demain*, n°420-421, pp.4-7.
- EDWARDS, G. (2004), « The European Union Regulatory Institutions (EURI) Database – Codebook », *Regulation Initiative Working Paper*, London Business School of Economics.
- EBERLEIN, B. (1999), « L'État régulateur en Europe », *Revue Française de Sciences Politiques*, vol.49 (2), pp.205-230.
- EDWARDS, G. et L. WAVERMAN (2006), « The Effects of Public Ownership and Regulatory Independence on Regulatory Outcomes – A Study of Interconnect Rates in EU Telecommunications », *Journal of Regulatory Economics*, vol.29, n°1, pp.23-67.
- ELGIE, R. (2006), « Why do Governments Delegate Authority to Quasi-Autonomous Agencies ? The Case of Independent Administrative Authorities in France », *Governance*, vol. 19, pp.207-227.
- ENCAOUA, D. et L.FLOCHEL (1997), « La tarification : du monopole à la concurrence régulée », *L'Actualité juridique – Droit administratif*, 20 mars 1997, pp.254-266.
- ESTACHE, A. et D. MARTIMORT (1999), « Politics, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institutions », *World Bank, Policy Research Working Paper Series*, n°2073.
- FAURE-GRIMAUD, A., J.J. LAFFONT et D. MARTIMORT (2000), « A Theory of Supervision with Endogenous Transaction Costs », *Annals of Economics and Finance*, vol.2, pp.231-264.

- FIGUEIREDO, J.M. et E.H. TILLER (2001), « The Structure and Conduct of Corporate Lobbying : How Firms Lobby the Federal Communications Commission », *Journal of Economics & Management*, vol.10, n°1, pp.91-122.
- FOREMAN-PECK, J. et R.MILLWARD (1994), *Public and Private Ownership of British Industry*, Clarendon University Press, Oxford.
- FOSTER, C. (1992), *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Oxford, Blakwell.
- FRISON-ROCHE, M.A. (1998-a), « Les différentes définitions de la régulation », *Petites affiches*, n°82, pp. 5-6.
- FRISON-ROCHE, M.A. (1998-b), « Les difficultés françaises face à la notion de régulation », *Petites affiches*, n°82, pp.24-25.
- FRISON-ROCHE, M.A. (2000), « La victoire du citoyen-client », *Sociétal*, n°30, pp.49-54.
- FRISON-ROCHE, M.A. (2001), « Le droit de la régulation », *Le Dalloz*, n°7, pp.610-616.
- FRISON-ROCHE, M.A. (2004), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, sous la direction de M.A. Frison-Roche, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris.
- GEHRING, T. (2004), « The Consequences of Delegation to Independent Agencies : Separation of Powers, Discursive Governance and the Regulation of Telecommunications in Germany », *European Journal of Political Research*, vol.43, pp.677-698.
- GILARDI, F. (2001), « Policy Credibility and Delegation of Regulatory Competencies to Independent Agencies : A Comparative Empirical Consideration », *Journal of European Public Policy*, vol.9, n°6, pp.873-893.
- GILLE, L. et R. MARTI (2000), *Les technologies de l'information et des communications et l'emploi en France*, Rapport réalisé par le BIPE pour la DIGITIP, 146p.
- GOLDSTEIN, A.E. (2000), « Corporate Governance and Regulation in Privatized Utilities : Telecommunications in Four European Countries », *Business and Politics*, vol.2, n°2, pp.189-222.
- GRANDE, E. (1999), « The New Role of the State in Telecommunications : An International Comparison », *West European Politics*, vol.17, n°3, pp.138-157.
- GROSSMAN, G. et E. HELPMAN (1994), « Protection for Sale », *American Economic Review*, vol.84, n°4, pp.833-850.

HOCEPIED, C. (2000), «La politique européenne de la concurrence face à la convergence », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n°117, pp.29-36.

HUET, P. (1997), « Déréglementation des télécommunications. Allocation et gestion des ressources rares », *L'Actualité juridique – Droit administratif*, 20 mars 1997.

HUREAU, P. (1999), « Services publics : vous sentez-vous usager ou client ? », *Échanges*, n°156, juin 1999.

JENNY, F. (1996), « La déréglementation des télécommunications : concurrence loyale ou concurrence efficace », *Revue des affaires européennes*, 1996, pp.91-94.

JENNY, F. (1997), “Déréglementation des télécommunications : quelles leçons des expériences à l'étranger ?”, *L'Actualité juridique – Droit administratif*, 20 mars 1997, pp217-223..

JOSKOW, P. (1974), « Inflation and Environmental Concern : Structural Change in the Process of the Public Utility Price Regulation », *Journal of Law and Economics*, vol.17, pp.291-327.

KAHN, A. (1971), *The Economics of Regulation : Principles and Institutions*, New-York, John Wiley.

KANE, E.J. (1984), « Regulatory Structure in Future Markets : jurisdictional Competition Among the SEC, the CFTC, and Other Agencies », *NBER Working Paper*, n°1331.

KERF, M., M. SCHIFFLER et C. TORRES (2001), « Telecom Regulators », *Public Policy for The Private Sector*, Note n°230, Worldbank, Washington DC.

KIESSLING, T. et Y. BLONDEEL (1998), « The EU Regulatory Framework in Telecommunications. A critical Analysis », *Telecommunications Policy*, vol.22, n°7, pp.571-592.

KIESSLING, T. et Y. BLONDEEL (1999), « The Impact of Regulation on Facility-Based Competition in Telecommunications : A Comparative Analysis of Recent Developments in North America and European Union », *Communications & Stratégies*, n°34, pp.19-44.

KYDLAND, F.E. et E.C. PRESCOTT (1977), « Rules Rather than Discretion : The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, vol.85, n°1, pp.473-491.

LAFFONT, J.J. (1990), « Analysis of Hidden Gaming in a Three-Level Hierarchy », *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol.6, n°2, pp.301-324.

LAFFONT, J.J. (1994) « The New Economics of Regulation Ten Years After », *Econometrica*, vol.62 (3), pp.505-537.

LAFFONT, J.J. (1996), « Industrial Policy and Politics », *International Journal of Industrial Organization*, vol.14, n°1, pp.1-27.

LAFFONT, J.J. (2002), « Pourquoi réguler ? », dans J.M.Chevalier, I.Ekeland, M.A.Frison-Roche et M.Kalika eds., *Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations*, pp.17-34, Presses Universitaires de France : Paris, 2002.

LAFFONT, J.J. et D. MARTIMORT (2002), *The Theory of Incentives : The Principal Agent Model*, Princeton University Press, 421p..

LAFFONT, J.J. et J. TIROLE (1990), « The Politics of Government Decision Making : Regulatory Institutions », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.3, pp.1-32.

LAFFONT, J.J. et J. TIROLE (1991-a), « The Politics of Government Decision Making : A Theory of Regulatory Capture », *Quarterly Journal of Economics*, vol.104, pp.1089-1127.

LAFFONT, J.J. et J. TIROLE (1991-b), « Privatization and Incentives », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.7, Special Issue, pp.84-105.

LAFFONT, J.J. et J. TIROLE (1993), *A Theory of Incentives and Procurement in Regulation*, Cambridge Mass : the MIT Press.

LAFFONT, J.J. et J. TIROLE (1996), « Creating Competition Through Interconnection : Theory and Practice », *Journal of Regulatory Economics*, vol.10, n°3, pp.227-256.

LAFFONT, J.J. et J. TIROLE (2000), *Competition in Telecommunications*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England.

LARCHER, G. (1996), « Projet de loi sur la réglementation des télécommunications », *Rapport du Sénat*, n°389, fait au nom de la Commission des affaires économiques et du plan.

LARCHER, G. (2002), « France Télécom : pour un avenir ouvert », *Rapport du Sénat*, n°274, avril 2002.

LASSERRE, B. (1997), « L'Autorité de Régulation des Télécommunications », *L'Actualité juridique – Droit Administratif*, 20 mars 1997.

LASSERRE, B. (2002), « Qu'est ce qu'un régulateur ? », dans J.M.Chevalier, I.Ekeland, M.A.Frison-Roche et M.Kalika eds., *Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations*, pp.43-76, Presses Universitaires de France : Paris, 2002.

- LASSERRE, B. (1996), « La régulation, la concurrence et la dominance », *Communications & Stratégies*, n°24, pp.125-133.
- LEQUESNE, C. (1996), « La Commission européenne entre autonomie et dépendance », *Revue française de sciences politiques*, vol.46, n°3, pp.389-408.
- LEVINE, P., F. TRILLAS et J. STERN (2003), « Independent Utility Regulators : Lessons from Monetary Policy », *Regulation Initiative Working Paper*, n°52, 35p.
- LEVY, B. et P.T. SPILLER (1994), « The Institutional Foundations of Regulatory Commitment : A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.10, n°2, pp.201-246.
- LEVY, B. et P.T. SPILLER (1996), *Regulation, Institutions and Commitment*, Cambridge, UK : Cambridge University Press.
- LIJPHART, A. (1984), *Democracies: Pattern of Majoritarian Consensus Government in Twenty-one Countries*, New Haven (CT): Yale University Press.
- MAISL, H. (1996), « La nouvelle réglementation des télécommunications », *L'actualité juridique – Droit administratif*, 20 octobre 1996, pp762-779.
- MAJONE, G. (1996-a), *Regulating Europe*, London, Routledge.
- MAJONE, G. (1996-b), *La Communauté Européenne : un État Régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996.
- MAJONE, G. (1996-c), « Regulation and its Modes », dans G. Majone eds., London Routledge, 1996.
- MAJONE, G. (1996-d), « Regulatory Legitimacy », dans G. Majone eds, London Routledge, 1996.
- MAJONE, G. (1996-e), « Theories of Regulation », dans G. Majone eds, London Routledge, 1996.
- MAJONE, G. (1996-f), « A European Regulatory State », dans J. Richardson (eds), *European Union and Policy-Making*, London, Routledge, pp.263-277.
- MAJONE, G. (1997-a), « From the Positive to the Regulatory State : Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », *Journal of Public Policy*, vol.17 (2), pp.139-167.
- MAJONE, G. (1997-b), « Independent Agencies and the Delegation Problem : Theoretical and Normative Dimensions », dans Steuenberg, Bernard and Frans van

Vught (eds.), *Political Institutions and Public Policy*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp.139-156.

MAJONE, G. (1997-c), « The New European Agencies: Regulation by Information », *Journal of European Public Policy*, vol.4, n°2, pp.262-275.

MAJONE, G. (2001), « Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance : A Political Transaction-Cost Approach », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol.157, pp.57-78.

MARCOU, G. et F. MODERNE (2005), *Droit de la régulation, services publics et intégration régionale*, L'Harmattan – Logiques juridiques, Paris.

MARIMBERT, J. (2001), « L'Autorité de Régulation des Télécommunications », *Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, n°582, pp.465-473.

MARIMBERT, J. (2002), « L'office des autorités de régulation », *Petites affiches*, 3 juin 2002, n°110.

MARTIMORT, D. (1999), « The Life Cycle of Regulatory Agencies : Dynamic Capture and Transaction Costs », *Review of Economic Studies*, vol.66, pp.929-947.

MATHEU, M. (2003), « Le service public « à la française » : évolution d'une notion », *Cahiers français* n°313, pp.35-40.

McCUBBINS, M.D., R.G. NOLL et B.R. WEINGAST (1989), « Structure and Process, Politics and Policy : Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies », *Virginia Law Review*, vol.75, n°2, pp.431-482.

MELODY, W.H. (1997-a), « On the Meaning and Importance of Independence in Telecom Reform », *Telecommunications Policy*, vol.21, n°3, pp.195-199.

MELODY, W.H. (1997-b), « Interconnection : Cornerstone of Competition », dans *Telecom Reform : Principles, Policies and Regulatory Practices*, Melody eds., Lyngby : Technical University of Denmark, chapitre 5, pp.49-61.

MILLER, J.C., W. SHUGHART et R. TOLLISON (1984), « A Note on Centralized Regulatory Review », *Public Choice*, vol.43, pp.83-88.

MOE, T.M. (1985), « Control and Feedback in Economic Regulation : the Case of the NLRB », *American Journal of Political Science*, vol.79, pp.1094-1117.

MOE, T.M. (1990), « Political Institutions : The Neglected Side of the Story », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.6, Special Issue, pp.213-253.

MOOKHERJEE, D. (1984), « Optimal Incentives Schemes with Many Agents », *Review of Economic Studies*, vol.51, pp.433-446.

NEU, W., U. STUMPF, L. NETT et F. SCHMIDT (1997), « Costing and Financing Universal Service Obligations in a Competitive Telecommunications Environment in the European Union », Étude réalisée pour la DG XIII de la Commission européenne.

NEVEN, D., R. NUTTALL et P. SEABRIGHT (1993), « Regulatory Capture and the Design of European Merger Policy », dans D. Neven, R. Nuttall et P. Seabright, eds, *Merger in Daylight*, London : CEPR Press.

NISKANEN, W.A. (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine-Atherton, 1971.

NOLL, R.G. (1985), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley : University Press of California.

NORTH, D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press : Cambridge.

OCDE (1999-a), « Autorités de la concurrence et responsables de la réglementation : leurs rôles respectifs », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, vol.3(1), sept.99, pp.193-283.

OCDE (1999-b), *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*, Roundtables n°22, DAFFE / CLP(99)8.

OCDE (2000), « Telecommunications Regulation : Institutional Structures and Responsibilities », DSTI/ICCP, TISP(99)15/FINAL, OCDE.

OCDE (2002-a), *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE – De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, OCDE, Paris.

OCDE (2002-b), *Measuring the Information Economy*, OCDE, Paris.

OCDE (2003), « Broadband Driving Growth ; Policy Responses », *Document de travail*, DSTI/ICCP (2003)13/FINAL, OCDE, Paris.

OCDE (2004), *Access Pricing in Telecommunications*, OCDE, Paris.

OLSON, M. (1965), *The Logic of Collective Action : Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press.

OLSON, M.K. (1995), « Regulatory Agency Among Competing Industries : Inside the FDA », *Journal of Law, Economics and Organization*, vol.11, n°2, pp.379-405.

- PELTZMAN, S. (1976), « Toward a more general theory of regulation », *The Journal of Law and Economics*, Vol.19, n°2, pp. 211–240
- PENARD, T. (2003), « Libéralisation et réglementation des industries de réseau », *Économie publique, études et recherches*, n°12 2003/1, pp.39-43.
- PENARD, T. et N. THIRION (2005), « La régulation dans les télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit », *Working Paper*, <http://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard>.
- PERROT, A. (1995), « Ouverture à la concurrence dans les réseaux : l'approche stratégique de l'économie des réseaux », *Économie et Prévision*, n°119, pp.59-72.
- PERROT, A. (2002), « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue française d'économie*, n°4, vol.16, pp.81-112.
- PERSSON, T., G. ROLAND et G. TABELLINI (1997), « Separation of Powers and Political Accountability », *Quarterly Journal of Economics*, vol.112, pp.1163-1202.
- POCHARD, M. (2001), « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », *Cahiers de la Fonction publique*, novembre 2001, pp.3-6.
- POTTERS, J. et F. VAN WINDEN (1990), « Modelling Political Pressure as Transmission of Information », *European Journal of Political Economy*, vol.6, pp.61-88.
- ROLLER, L.H. et L. WAVERMAN (2001), « Telecommunications Infrastructure and Economic Development : A Simultaneous Approach », *American Economic Review*, vol.91, n°4, pp.909-923.
- SAUGER, N. (2004), « Partis politiques et groupes d'intérêt en France : convergence, confusion et légitimation », papier présenté au *colloque du CEVIPOF : les groupes d'intérêt au XXI^{ème} siècle*, 24 et 25 septembre 2004.
- SCHNEIDER, F. et J. NAUMANN (1982), « Interest Groups in Democracies – How Influential are they ? An Empirical Examination for Switzerland », *Public Choice*, vol.38, n°3, pp.281-303.
- SCHULTZ, R.J. (1990), « Privatization, Deregulation and the Changing Role of the State – Lessons from Canada », *Business Contemporary World*, vol.3, n°1, pp25-32.
- SHAPIRO, M. (1988), *Who Guards the Guardians ? Judicial Control of Administration*, Athens, GA : University of Georgia Press.
- SHAPIRO, M. (1992), « The Giving-Reasons Requirement », *University of Chicago Legal Forum*, pp.180-220.

- SHEPSLE, K.A. (1991), « Discretion Institutions, and the Problem of Government Commitment », dans P. Bourdieu et J.S. Coleman (eds.), *Social Theory for a Changing Society*, Boudler, Westview Press, pp.245-263.
- SMITH, W. (1997-a), « Utility Regulators – The Independence Debate », *Public Policy for The Private Sector*, Note n°127, Worldbank, Washington DC
- SMITH, W. (1997-b), « Utility Regulators – Roles and Responsibilities », *Public Policy for The Private Sector*, Note n°128, Worldbank, Washington DC.
- SMITH, W. (1997-c), « Utility Regulators – Decisionmaking Structures, Resources and Start-up Strategy », *Public Policy for The Private Sector*, Note n°129, Worldbank, Washington DC.
- SPILLER, P.T. (1990), « Politicians, Interest Groups and Regulators : A Multiple-Agency Theory of Regulation, or Let Them Be Bribed », *Journal of Law and Economics*, vol.33, n°1, pp.65-101.
- STIGLER, G.J. (1971), « The theory of Economic Regulation », *Bell Journal of Economics*, vol.2 (spring), pp.3-21.
- STOFFAËS, C. (2003), *Vers une régulation européenne des réseaux*, Rapport du groupe de réflexion dirigé C. Stoffaës, collection ISUPE, Paris, 2003.
- TABELLINI, G. (2002), « Principles of Policymaking in the European Union : An Economic Perspective », *CEsifo*, vol.3, n°2, pp.16-25.
- TAYLOR, P. (1991), « The European Community and the State : Assumptions, Theories and Propositions », *Review of international Studies.*, vol.17, n°2, pp.34-47.
- TESKE, P. (1991), « Interests and Institutions in State Regulation », *American Journal of Political Science*, vol.35 (1), pp.139-154.
- THATCHER, M. (1997), « L'impact de la Communauté Européenne sur la réglementation nationale : les services publics en France et en Grande-Bretagne », *Politiques et Management Public*, vol.15, n°3, pp.141-168.
- THATCHER, M. (1998), « Regulating the Regulators: the Regulatory Regime for Privatised Utilities », *Parliamentary Affairs*, vol.51, pp.209-222.
- THATCHER, M. (1999), « The Europeanisation of Regulation ? The Case of Telecommunications », Florence : Robert Schuman Centre, European University Institute, *Working Paper RSC* n°99/22.

- THATCHER, M. (2001), « The Commission and National Government as partners : EC Regulatory Expansion in Telecommunications 1979-2000 », *Journal of European Public Policy*, vol.8, n°4, pp.558-584.
- THATCHER, M. (2002), « Regulation after Delegation : Independent Regulatory Agencies in Europe », *Journal of European Public Policy*, vol.9, n°6, pp.954-972.
- THATCHER, M. (2005), « The Third Force ? Independent Regulatory Agency and Elected Politicians in Europe », *Governance : An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol.18, n°3, pp.347-373.
- THIEBAULT, J.J. (1996), « Une réforme nécessaire pour le développement de la concurrence loyale dans les télécommunications britanniques », *Communications & Stratégies*, n°23, pp.193-207.
- VAN WINDEN, F. (1983), *On the Interaction between State and Private Sector*, North Holland, Amsterdam.
- VEDEL, T. (1996), « French Policy for Information Superhighways : The End of High-Tech Colbertism ? », *Information Infrastructure & Policy*, vol.5, n°1, pp.41-70.
- WALLSTEN, S. (2001), « An Econometric Analysis of Telecom Competition, Privatization and Regulation in Africa and Latin America », *Journal of Industrial Economics*, vol.49, n°3, pp.1-19.
- WEAVER, R.K. (1986), « The Politics of Blame Avoidance », *Journal of Public Policy*, vol. 6, n°2, pp.371-398.
- WEINGAST, B.R. et M.J. MORAN (1983), « Bureaucratic Discretion or Congressional Control ? Regulatory Policymaking by Federal Trade Commission », *Journal of Political Economy*, vol.91, pp.765-800.
- WELLENIUS, B. (2000), « Extending Telecommunications beyond the Market – Toward Universal Service in Competitive Environments », *Public Policy for The Private Sector*, Note n°206, Worldbank, Washington DC.
- WILLIG, R. (1979), *The Theory of Network Access Pricing*, dans *Issues in Public Utility Regulation*, H.M. Trebing (ed.), Michigan State University Public Utilities Papers.
- WILTHIEN, P.H. (1996), *Décision statistique et économétrie*, Armand Colin, Paris.
- WOLFE, J. (1999), « Power and Regulation in Britain », *Political Studies*, vol.47, p.890-905.
- ZEIGLER, H. et M.BAER (1969), *Lobbying : Interaction and Influence in American State Legislatures*, Belmont : Wadsworth.