

Chapitre 2 - Les grands choix liés à l'organisation de la régulation de la performance des services d'eau et d'assainissement

Pour faire le lien entre, d'un côté, l'instrument de mesure de performance et, de l'autre, les différents groupes d'acteurs plus ou moins ouverts au suivi de performance, **il reste à travailler sur l'organisation de la régulation.**

Les positions exprimées au chapitre précédent mettent l'accent sur trois questions majeures relatives à cette organisation : **faut-il un régulateur centralisé ou décentralisé, sectoriel ou généraliste et enfin indépendant ou lié au pouvoir politique ?**

Ce chapitre va aborder ces trois aspects et tenter, dès à présent, d'avancer des réponses.

1 Entre le niveau local et la centralisation : quel équilibre ?

L'analyse du modèle de gestion des services d'eau français, réalisée dans la première partie (chapitre 2), a montré qu'une source d'inefficience de la régulation des services, notamment délégués, était la différence entre l'échelle de gestion du régulateur, à savoir la collectivité locale, et l'échelle de gestion de l'opérateur, d'envergure nationale.

Dans ces conditions, la bonne échelle de régulation est-elle au niveau local de la collectivité, ou bien à un niveau plus centralisé ? Après avoir rappelé les arguments des uns et des autres, on s'interrogera pour savoir si l'alternative est posée dans les bons termes : plutôt que de raisonner la centralisation comme un tout, ne faut-il pas dissocier plusieurs types de tâches, les unes se prêtant à la centralisation, les autres devant rester du domaine local ? Enfin, quelle forme peut prendre une centralisation partielle de la régulation ?

1.1 Centralisation ou décentralisation : les termes du débat

Le débat entre girondins et jacobins est enraciné dans la culture française et reste, encore à l'heure actuelle, source d'engagements forts et d'oppositions tranchées.

Le secteur de la gestion de l'eau ne fait pas exception à la règle.

Classiquement, deux positions s'affrontent.

La première, d'essence jacobine, trouve ses partisans principalement au sein d'administrations de l'État. Le projet de régulation issu du Haut Conseil du Secteur Public ou celui de la loi sur l'eau du Ministère de l'Environnement s'inscrivent dans cet esprit.

Partie 3 - Organisation de la régulation de la performance

Leurs arguments ne manquent pas de poids :

1) On constate de fait un déficit de moyens, de compétences et d'information pour que la régulation locale soit effectuée dans de bonnes conditions. Le rapport de la Cour des comptes (1997) conclut dans ce sens¹. L'Etat peut alors jouer un rôle d'appui technique, juridique et financier, proposer des documents de référence (contrats, normes), faire circuler de l'information.

2) Le niveau local n'est pas jugé assez indépendant. Là encore, l'Etat serait le seul à pouvoir assurer les conditions d'indépendance et de neutralité, nécessaires pour éviter les risques d'entente, voire de corruption locale.

3) Enfin, l'Etat peut jouer un rôle d'arbitre pour trancher les conflits dont les parties prenantes n'arrivent pas à sortir. Une autorité nationale indépendante aurait alors un rôle de recours, d'enquête, de jugement et un pouvoir d'injonction voire de sanction.

La tendance girondine, quant à elle, est bien évidemment ancrée chez les collectivités locales. Elle reçoit aussi le soutien d'économistes comme D. Lorrain, déjà cité. Cette fois-ci, les reproches vont à la création d'une autorité nationale de régulation :

1) Une telle instance priverait les élus locaux de leurs prérogatives, alors même que la légitimité des collectivités est forte dans la gestion des services d'eau. Elle retirerait à la régulation tout contrôle démocratique.

2) Par ailleurs, une autorité centralisée risque d'être coûteuse pour une efficacité très relative. Comment un organisme, même doté d'une cinquantaine de fonctionnaires, pourrait-il procéder au suivi des quelques 30 000 services d'eau et d'assainissement chaque année ? Plus cette instance aura un rôle large, plus il lui sera difficile d'exercer toutes ses responsabilités sans aboutir à un engorgement de ses moyens d'intervention et à une lenteur de traitement des dossiers.

3) Corrélativement, une instance nationale risque d'être déconnectée des réalités locales, si déterminantes dans les services d'eau. Son avantage en terme de compétences risque d'être contrebalancé par son manque de connaissance du terrain.

4) Elle risque enfin de prendre des décisions jugées arbitraires, sans que la position ni des usagers, ni des collectivités ne soient suffisamment entendues.

Formulé dans ces termes, le débat semble insoluble : comment trancher entre deux solutions qui présentent chacune une liste d'inconvénients ?

Cette impasse apparente vient probablement d'une mauvaise formulation de la question : dans les discours rapportés ci-dessus, la décentralisation est prise comme une

¹ Voir notamment les pages 126 à 130 qui insistent sur l'importance de développer à la fois le rôle d'assistance technique et de conseil des services de l'Etat et sur les moyens d'informations mis à disposition des communes.

notion indivisible, comme si l'on ne pouvait décentraliser que tout ou rien. En réalité, il nous semble que l'amalgame est fait entre des fonctions de nature différentes : **la centralisation n'implique ni un dessaisissement total des collectivités, ni la mise en place d'une structure unique et plénipotentiaire au niveau parisien.**

1.2 Une proposition : centraliser, oui mais pas tout

Au lieu de parler de "la" centralisation, il est plus judicieux de parler "des" centralisations. Une approche organisationnelle, permet de distinguer 4 types de prérogatives qui peuvent être sujettes à la centralisation :

- **le pouvoir d'allocation des ressources**, c'est-à-dire le choix de l'affectation des moyens (principalement en terme budgétaire),

- **le pouvoir de décision**, c'est-à-dire la responsabilité de choisir un mode de production (pouvoir d'utilisation des moyens),

- **la possession de l'information**, avec une double composante, les données et les compétences,

- **le contrôle des résultats**, c'est-à-dire la vérification que les objectifs ont été atteints.

Cette grille que nous proposons pour définir la centralisation² paraît opérante car, comme le montre le Tableau 42, elle permet de distinguer clairement des modèles de régulation existants dans le secteur de l'eau.

² Nous prolongeons un principe défini par Mintzberg, qui base son analyse des types organisationnels notamment sur la décentralisation du pouvoir de décision (Mintzberg 1980).

Tableau 42 - Les modèles de gestion et de régulation de l'eau définis par quatre dimensions de centralisation

	Dimensions de la centralisation				Modèle type de régulation de l'eau
	Allocation des ressources (fixation du prix)	Pouvoir de décision	Information	Contrôle des résultats	
Centralisation réalisée	oui	oui	oui	oui	Gestion nationalisée (ex-RDA)
	oui	non	partielle	oui	Privatisation, régulateur type Ofwat (Angleterre)
	non	non	oui	partielle	Sunshine regulation ³ , (Portugal)
	non	non	non	non	Gestion locale sans régulation nationale (Allemagne, France)
	oui	non	non	non	Gestion locale avec contrôle administratif des prix (France, 1952-70 ⁴)

A partir du moment où la centralisation partielle est envisagée, il devient possible de concilier la régulation locale avec la régulation nationale, en limitant les inconvénients de chacune d'elles.

Il semble logique de supposer que la centralisation apporte un gain si elle porte **principalement sur l'information et, éventuellement, sur une partie du contrôle.**

En effet, **la remontée de l'information** est une condition nécessaire à la capitalisation du savoir et des compétences côté régulateur. C'est le moyen de réduire la dissymétrie d'information. C'est aussi la possibilité d'introduire une pseudo-concurrence par comparaison.

Cette capitalisation de l'information s'entend aussi en terme de compétences développées à un niveau national à travers par exemple des modèles de cahiers des charges ou des standards.

³ Le modèle de sunshine regulation est classiquement associé à la Suède. Mais dans ce pays, il s'applique aux télécommunications, au secteur électrique et gazier, aux services postaux et aux chemins de fer, qui ont été libéralisés. La gestion de l'eau, communale, n'est pas soumise à un régulateur.

⁴ Dans un contexte de limitation de l'inflation, le 15 avril 1952, un décret ministériel, premier d'une longue série, confie aux préfets la mission de limiter l'évolution des prix de l'eau. Ces derniers vont ainsi pouvoir interférer sur l'évolution des prix définis dans les contrats, en ralentissant leur augmentation, voire en les bloquant pendant plusieurs années lorsque le prix initial est jugé trop élevé. La loi du 31 décembre 1970, relative aux libertés communales, mettra provisoirement fin à cette administration des prix (qui réapparaît de 81 à 86).

Il paraît également intéressant de centraliser partiellement le **contrôle des résultats** pour deux raisons :

- L'information mesurée est souvent dépendante des outils de contrôle mis en place, donc pour avoir une information homogène, il faut définir au niveau central un minimum d'outils communs de contrôle.

- Le contrôle peut nécessiter l'intervention d'arbitrage (par exemple pour déterminer les responsabilités respectives) dans lesquels une administration centralisée, qui représente un tiers indépendant, peut intervenir.

Par contre, il nous semble qu'en **laissant au niveau de la collectivité le rôle d'allocation des ressources** (c'est-à-dire la négociation et la fixation du prix), **le pouvoir de décision** pour organiser les services (mode de gestion, fixation des objectifs, choix d'investissement) **et une partie importante du contrôle**, on lui laisse toutes ses prérogatives et l'on crée les conditions pour une maîtrise du système par la collectivité. En effet, elle a les moyens d'une rétroaction sur l'organisation des services (cf. Figure 26).

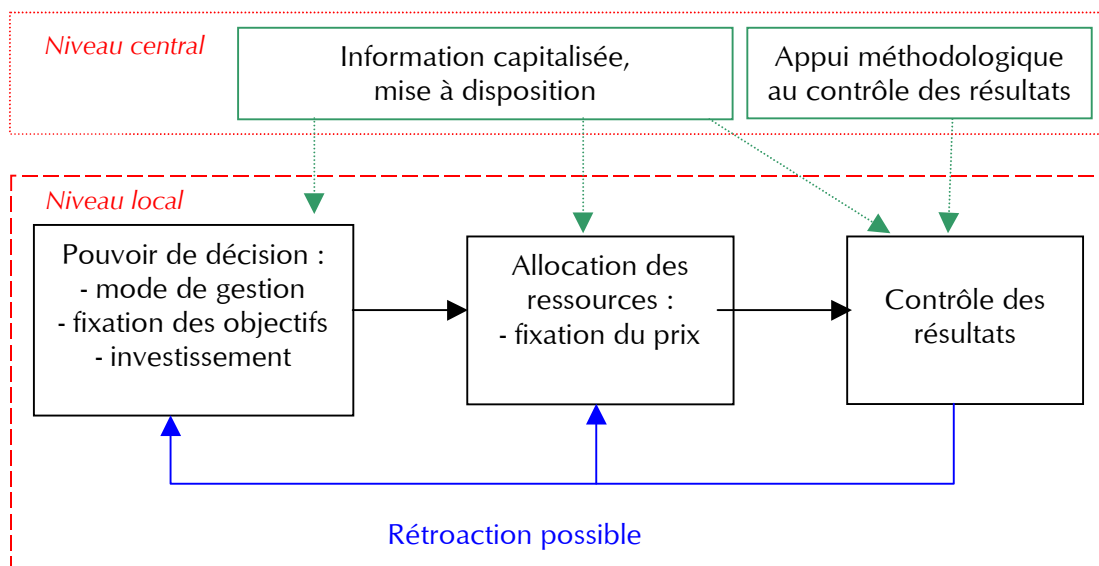


Figure 26 - Proposition d'un schéma de décentralisation partielle des responsabilités, pour une maîtrise du système par les collectivités

Dans un tel schéma de régulation, **l'information, une fois intégrée au niveau central, est répercutée vers le niveau local**, faute de quoi elle est inutile. En effet, la transmission d'information (**données et compétences**) est nécessaire pour l'exercice du pouvoir de décision, d'allocation des ressources et de contrôle.

C'est là encore une différence notable avec la vision traditionnelle de la "centralisation" où la remontée des responsabilités vers le central ne s'accompagne pas de retombées vers le local. Une telle organisation va bien dans le sens d'une structure d'intégration mise au service des collectivités.

La détention de l'information est synonyme de pouvoir lorsqu'elle est détenue de manière exclusive. A partir du moment où le retour est effectué vers les collectivités,

elles ne sont pas privées de leur compétence (au sens juridique du terme⁵). Au contraire, elles disposent même d'un pouvoir plus grand.

1.3 Le rôle des indicateurs dans la capitalisation de l'information

L'information a été définie plus haut comme une association de compétences et de données. Parce que les indicateurs sont un condensé de compétences et une source de données, ils sont intimement liés à la mutualisation de l'information.

• Les indicateurs condensés de compétences

Dans la construction et le choix des indicateurs, des spécialistes ont investi leurs compétences pour révéler les caractéristiques principales de la gestion d'un service d'eau.

Cette capitalisation, dans l'outil de mesure lui-même, permet au régulateur local (la collectivité) de pouvoir tirer des conclusions sans détenir lui-même l'ensemble des compétences.

• Les indicateurs supports de données produisent des références

Les indicateurs, une fois construits, constituent le support approprié pour la circulation de l'information. Ils ont potentiellement plusieurs atouts :

- Définis de manière standard, ils permettent de récolter des informations homogènes.

- Construits pour donner une vision plus simple de la réalité, ils facilitent la communication des enjeux vers les usagers.

- Surtout, récoltés sur de nombreux services, ils créent un référentiel (ou des référentiels par catégorie de services) qui facilite encore l'interprétation du régulateur local. Non seulement l'information lui est transmise de manière plus complète et plus claire, mais de plus, la valeur prise par un indicateur prend un sens par rapport à des valeurs attendues. Il y a encore une fois économie de compétences côté régulateur car les indicateurs fournissent une grille d'évaluation.

1.4 Comment organiser la centralisation de l'information : des réseaux d'échange avec des relais locaux

Il s'avère donc utile de proposer une centralisation, ou plutôt une mutualisation de l'information, tout en laissant aux communes leurs prérogatives.

Reste à définir le support organisationnel de cette mutualisation.

En effet, l'image de centralisation est souvent associée à une autorité nationale, située au niveau parisien. Or la mutualisation de l'information n'implique pas nécessairement une structure administrative exclusivement parisienne.

Certes, il est nécessaire de disposer d'un réseau d'échange mettant en relation des services sur un large territoire. Mais des relais locaux, ou du moins de niveau départemental, sont envisageables : s'il est important de définir le langage commun au

⁵ Dans le contexte du droit administratif, la "compétence" d'une collectivité ne désigne pas ses "connaissances". Lorsque l'on parle de "compétence eau" ou de "compétence assainissement", on indique que ces domaines d'activité sont du ressort de la collectivité, qu'elle est responsable de l'organisation de ces services publics.

niveau le plus élevé possible, l'appui technique aux collectivités peut se situer dans un service déconcentré.

Cette organisation, en cascade, aurait l'avantage de permettre la mutualisation de l'information, tout en assurant un suivi de proximité et en démultipliant les moyens d'assistance aux collectivités.

Elle pourrait reposer sur une administration de l'Etat, avec création d'une haute autorité, associée à la mobilisation des services déconcentrés déjà impliqués dans la gestion des services d'eau (cf. Figure 27, qui sera complétée avec la présentation de l'ensemble des protagonistes dans le schéma de synthèse, p 352). L'exemple des DDAF, présenté au prochain chapitre, montrera que ce schéma n'est pas une simple vue de l'esprit.

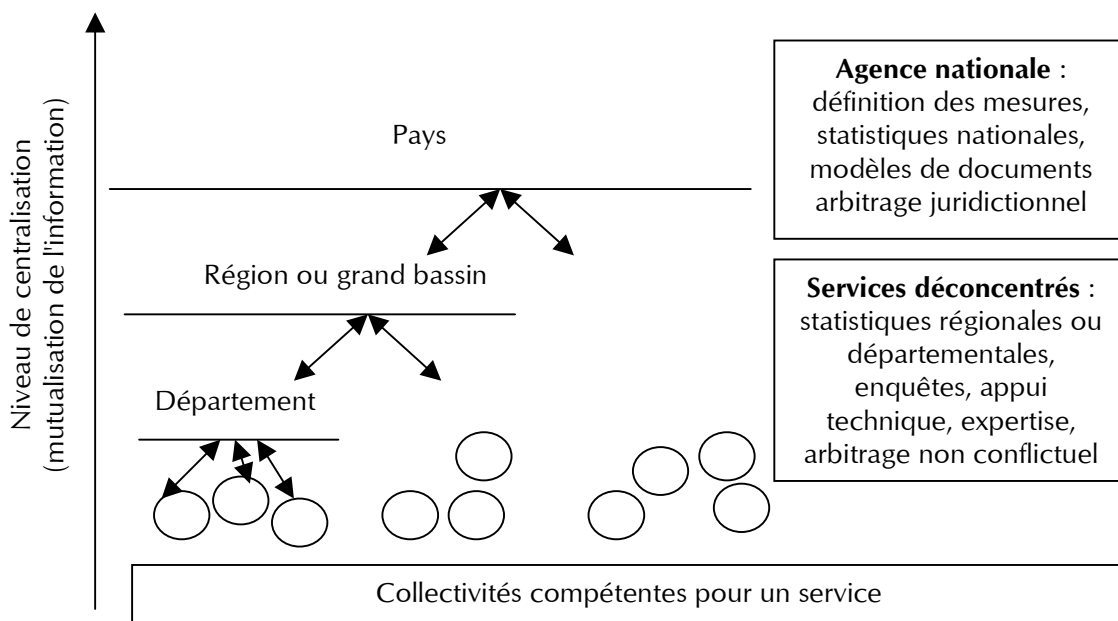


Figure 27 - Organisation schématique d'un réseau de mutualisation de l'information reposant sur les administrations de l'Etat, au service des collectivités

La mutualisation pourrait aussi s'appuyer sur des formes d'intercommunalité ou d'association de collectivités. Ainsi, la FNCCR a déjà commencé un travail d'élaboration d'un modèle de cahier des charges, destiné à être appliqué librement par tous les services français. Par ailleurs, il existe des syndicats de gestion départementaux ou encore des associations entre plusieurs collectivités qui échangent des données et de l'expérience.

Ces structures sont encore peu homogènes et irrégulièrement réparties sur le territoire, mais elles pourraient être développées.

Enfin, **les Agences de l'Eau, ou les réseaux de conseil privés**, disposant de services régionaux et d'un bon niveau d'expertises pourraient aussi constituer les relais intermédiaires.

Ainsi, il y a place pour une complémentarité entre différents niveaux d'intervention. **Le niveau centralisé participerait avant tout à la diffusion d'une information standardisée et au développement de compétences mises à la disposition du niveau local (collectivité), qui resterait pleinement responsable de l'organisation des services.**

2 Une régulation sectorielle plutôt que généraliste

Le débat sur l'intérêt d'une régulation sectorielle, avec une structure spécifique aux services d'eau ou au contraire généraliste, commune avec les autres secteurs d'activités, est posé notamment dans le rapport Baert (Haut Conseil du Secteur Public 1999).

La principale voix qui s'exprime en faveur d'une régulation généraliste est celle du Conseil de la Concurrence (CC), représenté par son Vice-Président, Pierre Cortesse.

Son argumentaire tient en deux idées :

- Le secteur de l'eau n'obéit pas à un droit spécifique et il est soumis à la concurrence comme les autres.

- Il existe déjà un organe de régulation de la concurrence, à savoir le Conseil du même nom.

Cette position appelle de fortes réserves, à la fois pour des raisons pratiques et pour des raisons de fond.

- **Première raison matérielle, le Conseil de la Concurrence (CC) n'a pas les moyens de s'occuper du secteur de l'eau de manière satisfaisante.**

Depuis que le Conseil de la Concurrence existe, il n'a été saisi que deux fois sur des affaires liées à l'eau. Bien qu'il en ait théoriquement le pouvoir, le CC ne s'auto-saisit que rarement, faute de temps.

Pierre Cortesse est le premier à le reconnaître :

"[Le Conseil de la Concurrence] dispose d'un nombre limité de rapporteurs face à un stock de dossiers en instance qui s'accroît d'année en année. [...] De plus, le Conseil ne dispose pas d'enquêteurs. [...] Enfin, ces difficultés se sont accrues depuis deux ans car l'activité du Conseil de la Concurrence s'est progressivement judiciaire" (Haut Conseil du Secteur Public 1999, Audition de P. Cortesse, p 2).

- **Ensuite, la concurrence ne s'exerce pas dans le secteur de l'eau de la même manière que dans les autres, y compris au sein des services publics.**

Au moins deux arguments viennent démontrer la spécificité du secteur de l'eau, du point de vue du jeu concurrentiel.

1) Le droit des délégations, avec l'*intuitu personae*, place les services publics dans un cadre, par essence, moins concurrentiel.

La distinction forte entre le marché public et la délégation a été abordée dans la première partie (cf. partie 1, chapitre 2, point 1.4.1.7, p 50). Le marché public suppose une stricte mise en concurrence, alors que la délégation, conformément à la loi Sapin, n'introduit qu'une obligation de publicité et de transparence. En dernier recours, la décision discrétionnaire du maire s'impose.

Le rôle de l'élu est incontestablement plus fort dans les services publics locaux que dans les services nationaux.

2) Parmi les services publics, les services d'eau sont ceux pour lesquels la concurrence s'exerce le moins.

Une première distinction s'établit entre les services publics de réseau nationaux (électricité, télécommunications, transport) et les services de l'eau qui sont locaux.

L'analyse comparative conduite dans la première partie montre que, à la différence des autres secteurs, le secteur de l'eau est un **monopole naturel pur** : l'utilisateur n'a pas le choix de son opérateur et il n'existe pas de produit de substitution. Cette différence est claire pour le téléphone et les transports, elle devient réalité pour l'électricité où la concurrence sur la production apparaît. La situation de monopole pour l'eau est instaurée pour de longues périodes, la procédure de délégation n'intervenant en général que tous les 10 ans au mieux.

La régulation de la concurrence est donc bien de nature différente dans le cas de l'eau. Littlechild (1988) l'a clairement souligné dans ses réflexions sur la privatisation des services publics en Angleterre : alors que dans les autres secteurs, la régulation de la concurrence peut être considérée comme transitoire, le temps de passer d'une gestion par un opérateur unique à une pluralité de fournisseurs, elle doit être permanente dans le secteur de l'eau, monopole naturel, où seule la pseudo-concurrence est possible.

Quand bien même la régulation pourrait s'exercer, la situation d'**oligopole** coopératif rend bien souvent le jeu de la compétition illusoire.

La spécificité du secteur de l'eau s'exprime également parmi les services locaux. Dans le transport urbain ou la gestion des cantines, la concurrence s'exerce par la possibilité de substituer les produits (voiture individuelle plutôt que bus collectif, repas préparé plutôt que cantine...). Autre différence, **le coût d'entrée** étant sensiblement moindre, **les durées des contrats sont généralement plus courtes** quand ces services locaux sont délégués. Le monopole y est donc plus faible.

- **Par ailleurs l'enjeu de la régulation des services publics dépasse largement la mise en place des conditions de la concurrence**

Ne voir dans la régulation qu'une question générale de concurrence semble pour le moins restrictif :

1) La concurrence ne garantit pas le respect des principes de service public.

Comme le souligne Christian Dellacherie dans le rapport du HCSP, à vouloir respecter le strict droit de la concurrence, on perd de vue l'objectif de fond : assurer une meilleure qualité de service au meilleur prix. Dans le même rapport, Dominique Baert souligne que la concurrence ne permet pas non plus d'éviter les subventions croisées entre activités dans les grands groupes.

2) La régulation du contenu du service suppose des compétences spécifiques et multidisciplinaires.

La capitalisation et la circulation de l'information pour améliorer la régulation des services sont apparues comme une idée centrale.

Elles supposent une compétence spécifique sur les services d'eau : la fixation des indicateurs, la constitution de statistiques nécessitent une bonne connaissance de l'activité elle-même.

L'intervention en soutien auprès des collectivités exige des compétences à la fois techniques (connaissance des process et des contraintes techniques), économiques (connaissance des coûts, expertise comptable et financière) et juridiques (droit des contrats et des délégations, réglementation sanitaire...).

Un tel pôle d'expertise ne peut se développer que dans une structure sectorielle.

3) Un régulateur généraliste, instance quasi-juridictionnelle, conduit à une régulation par arbitrage de conflits ponctuels et non à la coordination dynamique et continue entre les parties.

Le Conseil de la Concurrence, dont huit des dix-sept membres sont des magistrats, est doté de pouvoirs quasi-juridictionnels d'instruction et de sanction. Il peut prendre des mesures conservatoires et soumet ses décisions à la cour d'appel.

Cette judiciarisation s'est renforcée sous l'impulsion de la cour d'appel et de la Cour de cassation, avec une procédure de plus en plus lourde.

P. Cortesse déplore lui-même que cette dérive ait conduit à privilégier l'approche juridique au détriment des capacités d'analyse économique et financière.

Patrick Hubert (toujours dans le rapport Baert) note que cette évolution n'est pas propre au Conseil de la Concurrence et que la plupart des autorités de régulation subissent ce glissement vers un rôle d'arbitrage des conflits et de sanction. Cette remarque vaut également pour le contrôle renforcé des juges des comptes (eux aussi généralistes).

Ces réserves théoriques s'expriment concrètement, dans le cas de l'eau. Une régulation uniquement juridictionnelle comporte plusieurs inconvénients :

- Elle ne concentre son action que sur les cas qui lui sont soumis. Une minorité de services sera concernée à la fois en raison de la lenteur des décisions (à titre d'exemple, quarante cinq mois, en moyenne, sont nécessaires pour le traitement d'un dossier au

CC) mais aussi parce que la complexité de la procédure risque de décourager des plaignants potentiels. Une régulation à deux vitesses risque de se créer avec d'un côté une minorité de services où une décision et une sanction sont prises et de l'autre une majorité de services où le régulateur n'intervient jamais.

- Cette régulation correspond à la résolution de situations extrêmes de conflit, et ne permet ni les ajustements rapides, ni les ajustements coopératifs entre les parties. L'impasse est faite sur la coordination post-contractuelle. Or c'est justement à ce stade que la régulation est nécessaire pour assurer la maîtrise continue du service par la collectivité, et permettre les adaptations d'un contrat de longue durée dans un contexte de dialogue.

- **Dernier argument en faveur d'une régulation sectorielle, nos voisins européens ont déjà souvent choisi cette voie.**

Le chapitre 3 de la première partie apporte plusieurs exemples :

- En Angleterre, chaque secteur d'activité privatisé possède son propre régulateur économique, auquel s'ajoute dans le cas de l'eau un régulateur environnemental.

- Au Portugal, un institut de régulation de l'eau mêlant un rôle d'observatoire et de contrôle a été créé.

- La loi Galli en Italie a également créé un observatoire spécifique et le débat est vif pour lui attribuer des pouvoirs de régulation étendus⁶.

En conclusion, les avantages d'une régulation sectorielle semblent s'imposer. La régulation par les seules règles de concurrence ne saurait apporter une solution complète au cas spécifique de l'eau.

Il y a donc place en France pour une autorité sectorielle, agissant de manière complémentaire au Conseil de la Concurrence ou à d'autres instances juridiques transversales (cour des comptes, juge administratif).

3 L'indépendance du régulateur

La troisième question au cœur du débat sur l'autorité de régulation est celle de son indépendance. En s'inspirant des expériences européennes, Henry définit l'indépendance du régulateur comme le fait d'agir "hors de toute interférence des pouvoirs politiques, des administrations et naturellement des entreprises régulées" (Henry 1996, p 36).

Il en fait à la fois une obligation et un droit du régulateur.

Ce point est toutefois source de débat. Si les risques liés à la non-indépendance du régulateur sont certains, rien n'assure que l'indépendance totale, particulièrement vis-à-vis du politique, soit une meilleure solution.

⁶ (Massarutto 1997).

3.1 Indépendance vis-à-vis de l'opérateur

Le premier risque auquel se heurte le régulateur est celui de **la capture** par le régulé. Les travaux de Stigler, évoqués dans la première partie (p 53), développent ce type de situation. Ils montrent que la meilleure parade consiste d'une part à augmenter les compétences présentes au sein de l'organisme régulateur et d'autre part à prendre en compte de manière pluraliste les différents intérêts en cherchant à les équilibrer. En particulier, les consommateurs et les associations de collectivités peuvent jouer le rôle de contrepoids face aux opérateurs.

Un second risque présenté dans la littérature est celui de **l'entente** entre le régulateur et le régulé, qui consiste pour chacune des deux parties à privilégier des intérêts qui leurs sont propres, au détriment du troisième protagoniste, l'utilisateur.

Les comportements collusifs entre la tutelle et les firmes privées ont été décrits notamment par J.M. Salles (1996, p 70 et suiv.). La presse s'en est aussi fait l'écho. Une entente peut conduire à accepter une tarification surévaluée en échange de subventions indirectes du régulateur par le régulé. La pratique des droits d'entrée constituait dans le passé un exemple typique d'entente au détriment de l'utilisateur (même si elle était licite avant la loi Barnier du 2 février 1995). Les situations de corruptions ou le financement des partis politiques ont représenté la forme extrême de cette dérive.

Ce risque est d'autant plus fort que le régulateur est chargé de missions diversifiées et dispose de moyens de financement limités. Des conflits d'intérêts sont alors possibles entre la stricte gestion du service d'eau et par exemple le développement économique.

Un régulateur disposant de ressources propres et d'une mission circonscrite, dédiée à l'amélioration de la gestion des services d'eau serait donc moins sensible au risque d'entente.

Enfin, l'indépendance du régulateur vis-à-vis des opérateurs s'entend comme son **impartialité** envers les différents exploitants. Sa neutralité, entre les modes de gestion et entre les opérateurs privés, est nécessaire pour que ses décisions soient indiscutables. Un comportement de suspicion systématique vis-à-vis des compagnies privées et une optique strictement répressive serait tout aussi préjudiciable au système que le comportement inverse de favoritisme. En effet, la régulation au lieu d'assurer une coordination entre les intérêts entraînerait l'exacerbation des conflits.

C'est probablement en évitant la capture, l'entente et la partialité que le régulateur affirmera son indépendance et assurera sa crédibilité.

Cette crédibilité n'implique aucunement que le système de régulation soit indépendant du monde politique, comme nous allons maintenant le discuter.

3.2 Indépendance vis-à-vis des décideurs politiques

3.2.1 Indépendance vis-à-vis des élus locaux

La décentralisation de la régulation vers les élus locaux provoque une personnalisation de la régulation qui renforce la question de l'impartialité : l'élu ne risque-t-il pas de favoriser certains opérateurs (par exemple un opérateur, implanté dans la

Chapitre 2 - Les grands choix d'organisation

collectivité et qui est source d'emplois), de prendre en compte des intérêts extérieurs aux services pour des raisons électorales, ou même d'être sujet à la corruption ? La question du manque de moyens (voire de l'incompétence) du local est parfois aussi soulevée.

Comme le souligne Lorrain (1996, p 36), ces arguments sont ceux mêmes qui furent longtemps opposés au principe de toute décentralisation. Ils témoignent d'une position de défiance *a priori* vis-à-vis des responsables politiques locaux.

Chacune de ces critiques peut en effet être renversées :

- Favoriser un opérateur parce qu'il est connu et apprécié est le principe même de *l'intuitu personae* qui suppose une relation de confiance avec l'opérateur, propice à une gestion plus pérenne.

- Prendre en compte l'ensemble des intérêts est la mission fondamentale d'un élu local qui gère un territoire et non une activité.

- Si la corruption a bel et bien existé à certains endroits, le souci de transparence est devenu une priorité.

- Si le niveau local manque certes parfois de moyens et de compétences, il n'est pas sûr qu'une instance autonome, moins au fait du terrain, soit plus résistante au risque de capture.

Surtout, **deux raisons importantes militent en faveur d'une implication des élus locaux dans la régulation de l'eau.**

En premier lieu, **la légitimité** des élus locaux dans le secteur des services d'eau est forte, et cela bien avant les lois de 1982. Ils sont responsables de leur organisation.

Comme le souligne D. Lorrain⁷ :

"En France, les hommes politiques locaux gardent un crédit auprès de la population - qui se manifeste entre autres indicateurs par un taux de participation élevé aux élections locales - parce qu'ils sont en prise directe sur les vrais problèmes, parce qu'ils sont considérés comme responsables de la production de biens et de services."

En second lieu, les pouvoirs politiques sont **soumis au contrôle démocratique** des électeurs, ce qui n'est pas le cas des autorités administratives autonomes. C'est d'ailleurs une critique exprimée en Angleterre à l'encontre de l'Ofwat.

Sans aller, comme D. Lorrain, jusqu'à considérer que la régulation locale est pleinement efficace, force est de constater qu'il serait extrêmement mal ressenti (à la fois par les élus locaux et par leurs électeurs) de priver les collectivités de leur rôle de régulation.

⁷ *op. cit.*, p 37.

3.2.2 Indépendance vis-à-vis du pouvoir politique national

La même question se pose au niveau d'un éventuel régulateur national. Nombreux sont ceux qui, sous l'influence du modèle anglo-saxon de régulation économique, préconisent un régulateur indépendant du gouvernement.

Mais pour des raisons assez similaires à celles évoquées pour les élus locaux, il n'est pas aussi évident de trancher en faveur de cette autonomie de décision.

Le cas anglais est lui-même assez illustratif à ce sujet, comme nous avons pu le constater lors des entretiens menés à l'occasion de visites en Angleterre⁸. Durant la dernière periodic review, le directeur de l'Ofwat, Ian Byatt, s'est vu reprocher d'avoir fait de la régulation une affaire trop personnelle⁹. Le directeur général a subi une double critique :

- Conscient d'avoir jusque là donné l'impression de favoriser les entreprises, il a substantiellement réduit les marges des opérateurs lors de la dernière fixation des tarifs en 1999, avant son départ de l'institution. A tel point que des entreprises l'ont accusé d'excès et ont obtenu un arbitrage en leur faveur¹⁰.

- L'Ofwat s'est auto-institué représentant des consommateurs, privilégiant par exemple la réduction des prix par rapport à la protection de l'environnement, ce qui là encore a donné lieu à contestation, notamment de l'Environment Agency.

Comme le note Bishop (1995), la conséquence de la forte personnalisation du régulateur est qu'il dispose d'un fort pouvoir discrétionnaire.

Cet état de fait introduit une incertitude quant à l'attitude de l'Ofwat, ce qui peut encore une fois conduire les exploitants à privilégier le court terme et à renforcer leur attitude opportuniste.

De fait, le Gouvernement travailliste anglais a jugé bon de se réinvestir dans l'orientation générale du secteur de l'eau. Le discours prononcé par le vice premier ministre, John Prescott, lors du "Water Submit" du 19 mai 1997 en témoigne¹¹. On assiste donc au retour du politique, dans le pays qui est pourtant l'archétype de la régulation par des autorités indépendantes.

⁸ Des entretiens ont été menés au sein de deux compagnies anglaises (Northumbrian Water et Three Valley) ainsi qu'à l'Ofwat.

⁹ Sur la personnalisation du régulateur en Angleterre, voir également Sage E. (Sage 1999, p 144 et suiv.).

¹⁰ Le journal Water (n°104, 16 août 2000, p 3) rapporte que, suite à un recours présenté devant la Competition Commission, deux compagnies ont obtenu des facteurs K nettement plus favorables que ceux prévues par l'Ofwat.

¹¹ Lors de ce sommet, le gouvernement a dressé un plan d'orientation en dix points pour encadrer l'industrie de l'eau. Ce plan prévoit notamment d'intensifier les économies d'eau et le contrôle des fuites, d'améliorer les compensations en cas d'interruption de service chez les usagers, de renforcer la publication d'information financière et sur les performances, de revoir les systèmes de tarification.

3.3 Une solution intermédiaire : combiner un régulateur indépendant avec le régulateur politique et contrôler leur action

En définitive, si le principe de l'indépendance du régulateur vis-à-vis des opérateurs semble s'imposer, la stricte indépendance vis-à-vis du pouvoir politique est, elle, plus discutable.

Certes, le responsable politique présente, d'un certain point de vue, l'inconvénient d'intégrer d'autres priorités que la gestion des services. Mais par ailleurs, un régulateur déconnecté du pouvoir des élus manque singulièrement de légitimité démocratique et risque par ailleurs d'avoir une vision trop limitative de ses missions (comme par exemple l'Ofwat, accusé de privilégier la réduction du prix au détriment de la protection de l'environnement).

Ces idées nous engagent à **proposer d'associer deux niveaux de régulation : une régulation politique par les élus et une régulation plus technique, par un organisme spécialisé de type administratif.**

Actuellement, c'est déjà le pouvoir politique qui fixe les orientations, en choisissant les objectifs à remplir et en intégrant les différents intérêts. **Les élus nationaux** (et européens) vont ainsi définir des normes générales qui seront éventuellement complétées par les exigences **des élus locaux**. Ces derniers ont également un rôle plus opérationnel, de gestion de proximité. Ils sont les seuls à pouvoir assurer le suivi continu de l'ensemble des services sur le territoire.

Cette implication du politique ne retire pas l'intérêt d'**un second niveau de régulation, qui serait à la fois plus indépendant et plus centralisé**. De l'avis même des collectivités¹², le besoin d'appui technique existe (y compris sur les aspects juridiques et économiques).

Seule une instance suffisamment centralisée et disposant de moyens propres sera en mesure de capitaliser l'expérience, de diffuser des informations et d'apporter des conseils mis à profit par les collectivités. Cette instance peut prendre la forme d'une autorité nationale ou bien reposer sur des services administratifs compétents, décentralisés au niveau départemental mais capables de fonctionner en réseau (comme les DDE ou les DDAF).

Les deux modèles de régulation - politique ou indépendante - ne sont donc pas forcément à opposer.

Une dernière proposition concernant l'autonomie du régulateur peut être avancée : quel que soit son statut, **il semble utile pour la crédibilité générale du système qu'un recours de ses décisions soit possible**. "Indépendance" ne doit pas signifier "incontestabilité".

¹² Cf. propos de Josy Moinet, cités au chapitre 1 point **Erreur! Source du renvoi introuvable.**, p **Erreur! Signet non défini.**

Partie 3 - Organisation de la régulation de la performance

Le recours, qui peut prendre la forme d'abord d'un droit de réponse et ensuite d'une procédure de type juridique, est un moyen de limiter les effets pervers, tels que la capture, la collusion ou la partialité.

Le modèle suédois, rapporté dans la thèse d'E. Sage, est à ce titre exemplaire :

"[Le] responsable de la régulation des télécommunications suédois peut se voir assigné devant un tribunal administratif par un acteur qui se sentira diffamé par ses propos." (Sage 1999, p 174)

La possibilité d'un recours limite le risque d'arbitraire en obligeant à prendre des décisions argumentées et discutées. Les représentants de groupes d'intérêts, qui se sentent lésés, ont la possibilité de faire jouer leur droits.

3.4 Conclusion : premières lignes directrices pour organiser la régulation de la performance

A travers les éléments de réponses apportés sur les trois points traités dans ce chapitre, un scénario de régulation possible commence à prendre forme.

La régulation adaptée aux caractéristiques du secteur de l'eau en France pourrait ainsi reposer sur un dispositif de mutualisation de l'information, à un niveau centralisé, tout en conservant l'échelle de gestion locale.

La régulation sectorielle semble également préférable, à la fois pour des questions de moyens (les structures généralistes actuelles n'ont pas la possibilité de suivre l'ensemble des services d'eau), mais aussi, plus fondamentalement, car les spécificités du secteur à la fois en terme technique et en terme d'exercice de la concurrence (monopole naturel vrai), justifient la constitution d'un pôle de compétence particulier.

Enfin, l'indépendance du régulateur, si elle semble une nécessité vis-à-vis des opérateurs privés régulés, ne paraît pas impliquer une déconnexion du pouvoir politique local, au contraire. C'est en effet un moyen d'assurer à la fois une certaine légitimité démocratique et une prise en compte de l'intérêt général.

Il est nécessaire d'aller encore plus loin pour voir comment ces principes généraux pourraient se concrétiser.