

## « LE PREMIER MINISTRE (...) EXERCE LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE »

### Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1er de la Constitution (\*)

Par

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille  
Laboratoire de théorie juridique*

Dans l'ordre juridique français unitaire, il n'y a pas de place, non seulement pour la reconnaissance de plusieurs pouvoirs législatifs, mais encore pour celle de plusieurs pouvoirs réglementaires. La Constitution telle que lue par le Conseil constitutionnel consacre cette double thèse selon laquelle, d'une part, le pouvoir réglementaire est défini par l'article 37 de la Constitution (1), d'autre part, l'article 21, alinéa 1 de la constitution l'attribue au Premier ministre (2). Il y a donc unité du pouvoir réglementaire au sens où il n'y en a qu'un, concentré entre les mains du Premier ministre.

Le pouvoir réglementaire dont on parle est bien sûr le pouvoir d'imposer des normes juridiques de portée générale à des tiers sans leur consentement. Il est le pouvoir de fixer les règles dans les domaines autres que ceux qui relèvent de la loi. Il est bien sûr étranger aux réglementations privées qui pourraient naître de contrats ou d'ententes ou qui seraient les manifestations du pouvoir d'auto-organisation institutionnelle d'un groupe fondé sur l'adhésion volontaire de ses membres. Ces réglementations n'émanent pas du « pouvoir réglementaire ». Il y a peut-être des cas, en nombre limité, plus difficiles, celui du règlement intérieur d'entreprise dont le fondement et le champ d'application peuvent susciter la discussion et que la Cour de cassation a qualifié d'« acte réglementaire de droit privé » (Soc., 25 septembre 1991) ou celui des conventions et accords collectifs de travail (3). Mais il est difficile de

(1) Le pouvoir réglementaire d'exécution des lois est visé par l'article 37 : voir notamment la décision 76-94 L du 2 décembre 1976 dans laquelle il dit que « la Constitution, en son article 34, réserve au législateur la fixation des règles concernant (...), et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires à l'application de ces règles ».

(2) Sous la réserve que l'article 13 de la Constitution qui dispose que le Président de la République signe les décrets délibérés en Conseil des ministres.

(3) Qui, même non étendus par un acte administratif, ont un effet normatif ou plutôt un effet réglementaire dès lors que la loi prévoit qu'ils s'appliquent aux contrats de travail de tous les salariés même de ceux non adhérents à une organisation syndicale signataire dès lors qu'ils sont employés dans les entreprises liées par ces conventions.

rattacher ces actes à un « pouvoir » de même nature que celui en œuvre dans le « pouvoir réglementaire ».

L'unité du « pouvoir réglementaire » (I) est préservée alors même que la loi décide l'attribution de compétences pour fixer des règles à des autorités autres que le Premier ministre selon une jurisprudence (II) dont le champ d'application reste encore incertain (III).

### 1 - L'unité du pouvoir réglementaire

Contrairement aux thèses « institutionnalistes » ou pluralistes, il n'y a pas de reconnaissance en droit français d'un pouvoir réglementaire qui découlerait des missions propres aux ordres professionnels ou d'autres organismes professionnels de nature corporative (4). Ainsi, il n'y a pas de pouvoir réglementaire implicite pour l'ordre des pharmaciens en matière de déontologie (CE, Sect., 31 janvier 1969, Union nationale des grandes pharmacies de France, *Droit social*, 1970, p. 137, note Bazex). Ce pouvoir ne peut venir que de la loi sous les réserves que l'on dira. Il est lié à l'octroi par l'État à ces organismes d'une mission de service public.

De même, il n'y a pas, sur la base de l'article 72 de la Constitution, un pouvoir réglementaire local autonome comme expression du principe de libre administration. Le Conseil constitutionnel rappelle qu'aux termes de l'article 72 de la Constitution les collectivités locales s'administrent librement « dans les conditions prévues par la loi » et qu'aux termes de l'article 34 c'est la loi qui détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources (CC, 90-274, DC, du 29 mai 1990, *RJC*, I, p. 403) (5).

Certains auteurs ont cherché à distinguer le pouvoir réglementaire de l'article 21 de la Constitution qui serait le pouvoir réglementaire d'exécution des lois et le pouvoir réglementaire attribué par la loi dans le champ de l'article 72 de la Constitution qui serait un pouvoir de réglementation pris « en application de la loi ». Jean-Marie Auby avait écrit que « l'objection de l'article 21 n'est nullement insurmontable. Si ce texte semble bien établir un monopole, il peut être entendu comme visant le pouvoir réglementaire d'exécution des lois ; il n'exclut pas expressément l'existence et la dévolution d'un pouvoir réglementaire « en application de la loi », *ex lege*, qui ne serait ni un pouvoir de réglementation autonome, ni un pouvoir d'exécution des lois entendu comme la mise en œuvre

(4) Que l'on doit ranger parmi les personnes morales de droit privé par extension de la solution retenue pour les comités d'organisation. CE, 7 décembre 1984, Centre d'études marines avancées et Cousteau, Rec., p. 413 ; Trb. Confl., 13 février 1984, Rec., p. 447

(5) Une autre thèse selon laquelle dans les domaines de compétences des collectivités territoriales déterminées par la loi, le pouvoir réglementaire national ne pourrait pas intervenir doit être écartée. Le Conseil constitutionnel n'a jamais soulevé d'office l'inconstitutionnalité des renvois faits par les lois à des décrets d'application de la loi dans les matières locales (voir notamment CC 20 janvier 1984, Fonction publique territoriale). Si le Conseil d'État a admis qu'il revenait aux organes compétents des collectivités locales de fixer les règles d'application d'une loi, c'est après avoir constaté que la loi ne renvoie pas à un décret le soin de fixer les règles nécessaires à son application (CE, 13 février 1985, Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise, *RFDA* 1985, p. 367 s. note Jean-Claude Douence et observations Louis Favoreu). Il a également jugé que les dispositions d'une loi, qui conféraient aux collectivités locales une compétence pour fixer les critères d'attribution des logements de fonction, pouvaient être appliquées sans qu'il soit nécessaire qu'intervienne un décret d'application que la loi ne mentionnait d'ailleurs pas (CE, Ass, 2 décembre 1994, Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord, *RFDA* 1996, pp. 116, note Bertrand Faure). L'arrêt doit être rapproché d'un avis rendu par le Conseil d'État le 20 mars 1992, Préfet du Calvados, *AJDA* 1992, p. 293, où il jugeait nécessaire l'intervention d'un décret pour permettre l'application des dispositions d'une loi relative aux indemnités des fonctionnaires territoriaux.

d'une mission de compléter la loi, d'en fixer les modalités d'application » (« Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », *AJDA* 1984, p. 474). Jean-Claude Douence avait adopté la même position dans son rapport de synthèse aux rencontres d'Angers de 1983 (*Les cahiers du CFPC*, n° 13, octobre 1983). « Les collectivités locales ne disposent pas du pouvoir d'exécution des lois, au sens strict du terme qui appartient au Gouvernement en vertu de la Constitution. Donc leurs compétences réglementaires ne relèvent pas de cette fonction. Elles ne réglementent pas pour exécuter une loi. Cela étant, si le principe de libre administration a un sens, c'est évidemment que les autorités locales doivent disposer de l'ensemble des moyens juridiques nécessaires à l'exercice de leurs fonctions légales ou si l'on préfère à l'exercice de leurs compétences dans les conditions prévues par la loi. Cela veut dire que les autorités locales ont un certain nombre de compétences qui leur sont conférées par la loi et que, pour les exercer elles disposent de moyens, parmi lesquels le pouvoir réglementaire. Le pouvoir réglementaire n'est pas une prérogative distincte, ce n'est qu'un aspect du pouvoir de prendre des décisions administratives pour exercer une compétence, c'est-à-dire une fonction déterminée. Une des fonctions essentielles des collectivités locales consiste dans l'organisation et le fonctionnement des services publics locaux de toute nature. Cette compétence implique nécessairement un pouvoir réglementaire relatif à l'organisation et au fonctionnement des services correspondants ». André Roux, dans un esprit proche, précise de son côté que « la loi qui confère ainsi une compétence réglementaire à une autorité locale décentralisée n'attribue à cette autorité qu'un moyen indispensable à l'exercice de la libre administration. Elle ne conduit pas à lui conférer une partie du pouvoir réglementaire que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre (6) » (*Précis Dalloz Droit constitutionnel*, n° 681) (7).

Mais le problème vient de ce qu'on ne sait pas très bien quel est ce pouvoir réglementaire « en application de la loi » et en quoi il se différencie du pouvoir réglementaire d'exécution des lois. Écarter l'objection tirée de l'article 21 de la Constitution revient à une interprétation du principe de libre administration « selon laquelle la libre administration postule l'existence d'un pouvoir réglementaire local distinct du pouvoir réglementaire attribué au Premier ministre. Mais accepter cette interprétation suppose que l'on ait démontré que la libre administration est synonyme de libre réglementation et ne signifie pas simplement libre gestion des affaires locales dans un cadre défini par les lois et règlements d'application » (Louis Favoreu, entretiens d'Angers, *Les cahiers du CFPC*, n° 13, octobre 1983, p. 21).

(6) Souligné par nous.

(7) Le débat sur la question de savoir si, sous l'empire de la Constitution de 1958, le Parlement pouvait attribuer librement le pouvoir de prendre les mesures d'application de la loi à une autorité autre que le Premier ministre s'est noué pour la première fois devant le Parlement en 1979, à propos de l'examen du projet de loi sur le développement des responsabilités des collectivités locales. Certains parlementaires avaient déposé des amendements contenant notamment des dispositions envisageant d'exclure de la compétence réglementaire du Premier ministre l'établissement des règles régissant le statut du personnel des collectivités locales et de le transférer dans la compétence d'un organisme national représentatif des collectivités locales. Devant le Sénat, le sénateur de Tinguay, rapporteur, s'éleva contre cette disposition selon lui contraire aux dispositions de l'article 21 de la Constitution (JO déb. Sénat, p. 2964). « Il n'appartient pas au Parlement de modifier les dispositions de la Constitution pour confier le pouvoir réglementaire à quelqu'un d'autre ». Il considérait que les dispositions législatives très nombreuses ayant confié un pouvoir réglementaire à une autre autorité que le Premier ministre étaient antérieures à la constitution de 1958 et que la nouvelle constitution avait changé la donne. Il fait état de la décision du Conseil constitutionnel qui avait déclaré non constitutionnelle une disposition qui subordonnait l'exercice du pouvoir réglementaire du Premier ministre à un contrat passé entre le gouvernement et les établissements d'enseignement agricole privés. Ces thèses, comme le remarque Jean-Marie Auby, ont eu un très grand écho dans les milieux du Parlement et de l'administration.

Bertrand Faure adopte une position identique. Il constate que « la jurisprudence n'a jamais avalisé une telle distinction et le subterfuge trahit davantage le souci de contourner la difficulté que d'affronter l'hypothèse d'une concurrence des administrations dans la mise en œuvre des lois, d'un partage d'un seul et même pouvoir » (*Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, thèse Pau, p. 206).

Dans la décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse, le Conseil malgré l'emploi de formules peu catégoriques juge bien que l'article 21 de la Constitution fait partie des normes de référence pour discuter de la conformité à la Constitution d'une loi confiant à une catégorie de collectivités territoriales des modalités d'application de la loi impliquant un pouvoir réglementaire. L'unité du pouvoir réglementaire n'est pas mise en cause.

Enfin, s'il existe une compétence réglementaire peut-être étrangère au pouvoir réglementaire de l'article 21 de la Constitution, ce serait la compétence reconnue, même sans texte, par le juge administratif, à tout chef de service pour prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement des services placés sous son autorité (jurisprudence CE, 7 février 1936, Jamart, *S* 1937, 3, 113, note Jean Rivero). Au mieux, l'article 21 doit être lu comme comportant une réserve au profit des chefs de service (8). Bien évidemment ceci suppose que l'on puisse délimiter utilement le pouvoir réglementaire du chef de service. En tout état de cause cette compétence de prendre des mesures d'organisation des services est soumise aux dispositions de l'article 34 de la Constitution.

**2 - L'article 21 ne fait pas obstacle, dans le respect de l'unité du pouvoir réglementaire, à ce que la loi confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de la mettre en œuvre - La jurisprudence CSA -**

Dans la décision 86-217 DC du 18 septembre 1986, *RJC I*, p. 283, (à propos du pouvoir reconnu par la loi sur la liberté de la communication audiovisuelle à la CNCL), le Conseil souligne que les dispositions de l'article 21 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que le législateur confère à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi » (9). Cette première formulation a ensuite été abandonnée au profit d'une autre selon laquelle les dispositions de l'article « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant dans leur champ d'application que par leur contenu » (88-248 DC du 17 janvier 1989, CSA, *RJC I*, p. 339). Tous les auteurs s'accordent à dire que ce critère est formulé de façon plus rigoureuse que celui qui figurait dans la décision 86-217 DC (Bruno Genevois, *RFDA* 1989, p. 215 et René Chapus, *Droit administratif général*).

(8) Ainsi, l'article 21 ne peut pas être opposé aux compétences réglementaires qui peuvent être reconnues par la loi aux autorités administratives indépendantes dans l'organisation intérieure de leurs services (type règlement intérieur).

(9) Le Conseil d'État avait de son côté émis des réserves en ce qui concerne l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire au Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche dans un avis de l'Assemblée générale du 18 septembre 1968, n° 300.821, cité par Bruno Genevois, *RFDA* 1989, p. 217. Le Conseil d'État (CE, Sect., 23 mai 1969, Société distillerie Brabant, *AJDA* 1969, p. 640, concl. N. Questiaux) avait refusé de consacrer la proposition du commissaire du gouvernement de reconnaître la possibilité pour les ministres de prendre des mesures par voie réglementaire dans le domaine de l'intervention économique.

On peut relever que le Conseil constitutionnel ne dit pas que la loi confie ou attribue « le pouvoir réglementaire » à une autorité publique autre que le Premier ministre, mais confie à ces autorités « le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi ». Le Conseil constitutionnel réserve le terme de « pouvoir réglementaire » au Premier ministre au point de dire parfois « le pouvoir réglementaire » pour parler du Premier ministre dans l'exercice de sa fonction réglementaire (10).

L'habilitation législative faite à une autorité autre que le Premier ministre de prendre des mesures normatives de mise en œuvre de la loi doit donc être limitée d'un point de vue quantitatif d'abord, le domaine de l'habilitation devant être étroit et d'un point de vue qualitatif, ensuite, l'habilitation ne pouvant pas porter sur des matières importantes.

Les discussions portées devant le Conseil permettent de saisir concrètement le sens de ces critères. Ces limites avaient été dépassées en ce qui concerne les pouvoirs conférés par la loi au CSA. « La loi habilite le Conseil supérieur de l'audiovisuel à fixer seul par voie réglementaire non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci ; qu'en raison de sa portée trop étendue, cette habilitation méconnaît les dispositions de l'article 21 de la Constitution » (88-248 DC). Bruno Genevois rappelle que les questions touchant à la publicité commerciale ont été considérées comme une composante de la liberté d'expression par les organes de la CEDH. Par ailleurs, il souligne qu'avant la réforme, les règles applicables à la publicité et au parrainage des émissions avaient été fixées par décret et que la compétence réglementaire que la loi nouvelle entendait donner au CSA aurait abouti à un dessaisissement du titulaire normal du pouvoir réglementaire.

On doit également faire état de la discussion sur l'article L. 36-6 1° du code des postes et télécommunications en tant qu'il prévoit que l'Autorité de régulation des télécommunications « précise les droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 ». La requête des sénateurs faisait valoir que cette « rédaction s'avère singulièrement imprécise. Il s'ensuit que le champ d'application et le contenu du pouvoir réglementaire ainsi octroyé à cette instance dépasse l'ampleur supportable pour une telle habilitation. L'emploi du terme précise ne saurait être satisfaisant de ce point de vue. Plus sérieusement encore, l'expression « les droits et obligations afférents à l'exploitation » vise un domaine d'intervention de l'autorité dont les limites n'apparaissent pas. Bien plus, il s'agit là d'une définition de ses pouvoirs pouvant porter préjudice aux droits et libertés que le secteur des télécommunications peut concerner. Au demeurant, s'agissant d'un secteur qui participe d'un service public d'importance nationale, le pouvoir d'édicter des réglementations confié à une autorité relativement indépendante, sans que cette compétence soit strictement encadrée, méconnaît certainement l'article 21 de la Constitution ».

Le gouvernement avait répondu que les compétences de l'ART étaient étroitement encadrées par la loi et par ses décrets d'application. « Il suffit, pour bien

(10) Aussi, contrairement à la pratique doctrinale très répandue, avons-nous hésité à parler du « pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes » ou d'autres autorités. Notre prudence est sans doute excessive. Le Conseil réserve au seul Premier ministre « le » pouvoir réglementaire ». Il n'exclut sans doute pas que l'on puisse parler de la participation des autres autorités au pouvoir réglementaire.

mesurer la nature résiduelle des pouvoirs réglementaires attribués à l'ART, de se reporter aux articles L. 33-1 et L. 34-1 et L. 33-2 qui habilite le pouvoir réglementaire de droit commun à fixer l'essentiel des règles applicables aux réseaux et services concernés (cahier des charges types, conditions générales d'interconnexion, conditions d'implantation des réseaux indépendants). Le gouvernement précise que le pouvoir de l'autorité de régulation des télécommunications est limité dans son champ d'application car l'ART ne peut se prononcer sur les grandes catégories de réseaux et de services. Ces catégories et leur régime juridique sont définis par la loi. Il n'appartient pas à l'ART de fixer le contenu des autorisations afférentes à chaque catégorie. C'est à un décret en Conseil d'État qu'il revient de fixer les clauses types des cahiers des charges. Pour les réseaux indépendants, un décret fixe les conditions générales. Pour les autres services, c'est un décret en Conseil d'État qui précise la procédure d'autorisation ou de déclaration. Le pouvoir réglementaire de l'ART est également limité dans son contenu car l'ART doit intervenir dans le respect des dispositions tant législatives que réglementaires du code des PTT. Il sera encadré non seulement par les articles L. 33-1 et L. 34-1, mais aussi par l'existence de clauses types définies par décret (11). Le Conseil a jugé (décision 96-378 du 23 juillet 1996) « que la compétence réglementaire reconnue à l'ART par l'article précité est limitée dans son champ d'application et doit s'exercer, en vertu dudit article, dans le respect des dispositions du code des PTT et de ses règlements d'application ; qu'en particulier, l'article L. 33-1 auquel renvoie sur ce point l'article L. 34-1, confie à un décret pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications le soin de définir les clauses types devant figurer dans les cahiers des charges dont les règles s'imposent aux opérateurs ; que la compétence réglementaire dévolue à l'ART s'exerce sous le contrôle du ministre chargé des télécommunications ; que par suite le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 21 de la Constitution ne peut qu'être écarté » (12).

L'article 21 de la Constitution devrait conduire le juge à interpréter strictement des habilitations législatives faites au profit d'autorités indépendantes. Pourtant, le Conseil d'État, sans doute dans l'intention de faciliter l'exercice de la régulation économique des systèmes économiques complexes que sont les marchés

(11) Le gouvernement donne alors des exemples de ce à quoi pourrait servir le pouvoir réglementaire de l'ART. « Les réseaux et services peuvent toutefois être répartis en sous-catégories, pour lesquelles certaines précisions communes peuvent être apportées. Il appartiendra à l'ART de proposer des modèles de cahiers des charges par sous-catégories, dans l'espace résiduel laissé par le code et le cahier des charges type. Ces précisions sont de nature à rendre plus aisée la réalisation par les exploitants autorisés des objectifs définis par la loi. À titre d'exemple, les matières pouvant donner lieu à une intervention de l'ART relèveront des domaines suivants : obligations d'égalité de traitement pour des opérateurs internationaux ; conditions d'accès aux préfixes d'appel pour les opérateurs longue distance ; obligations liées à la portabilité des numéros pour des opérateurs locaux ; bandes de fréquence accessibles à des opérateurs de services par satellite ».

(12) Le Conseil fait référence au fait que la compétence réglementaire de l'ART s'exerce « sous le contrôle du ministre chargé des télécommunications ». Cela vient ajouter à l'idée que ce pouvoir normatif est limité dans sa portée. Mais, en tant que tel, ce contrôle qui prend la forme d'une homologation n'est pas de nature à lui seul à régler la question constitutionnelle. L'attribution d'une compétence normative pour prendre une norme dont l'entrée en vigueur serait subordonnée à une homologation ministérielle ne conduit pas à mettre la loi à l'abri d'une contrariété avec la Constitution. L'obligation d'obtenir une homologation n'enlève pas le pouvoir réglementaire des mains de l'autorité autre que le Premier ministre car par le pouvoir d'homologation, le ministre ne peut qu'accepter ou rejeter en bloc l'acte qui lui est présenté pour homologation. Par ailleurs, dans la mesure où l'homologation est en général confiée à un ministre et non au Premier ministre et que la loi ne peut pas librement confier aux ministres le pouvoir de fixer les normes de mise en œuvre de la loi, le problème n'est que déplacé.

de réseau d'utilité publique (13), a admis une habilitation semi-tacite à adopter des actes réglementaires à propos de l'examen de décisions générales de l'ART fixant la procédure d'attribution des préfixes téléphoniques (CE, Ass., 28 juin 1998, Sté AXS Telecom, *CJEG* 1998, p. 379, concl. H. Hubert) (14).

On peut se demander si le pouvoir normatif des AAI n'est pas *résiduel*, en ce sens que le Premier ministre ne peut pas voir son pouvoir réglementaire d'application de la loi limité par celui conféré à l'Autorité indépendante. Le Conseil d'État a admis de façon constante la théorie selon laquelle la compétence réglementaire accordée par une loi à une autorité autre que le Premier ministre est protégée contre l'intervention du pouvoir réglementaire (15). Mais encore faut-il que la loi ait spécialement prévu cette protection contre l'intervention du pouvoir réglementaire. Et il faut bien constater que les lois prévoient souvent elles-mêmes le caractère résiduel des compétences réglementaires des AAI (16). Ainsi, dans son arrêt du 14 avril 1999 (*JurisPTT*, n° 55, 1er semestre 1999, p. 15) sur recours pour excès de pouvoir de France Telecom contre le décret relatif à l'interconnexion, pris en application de la loi de réglementation des télécommunications, le Conseil d'État juge qu'en édictant ces dispositions le Premier ministre « n'a pas méconnu la compétence de l'ART qui, aux termes de l'article L. 36-6 n'est chargée de « préciser les règles concernant les prescriptions applicables aux conditions techniques et financières d'interconnexion » que « dans le respect des dispositions du code des postes et télécommunications et de ses règlements d'application » et « conformément à l'article L. 34-8 ». Mais le Conseil d'État est prisonnier de la théorie de la loi-écran. Sa jurisprudence ne peut servir pleinement dans une discussion de nature constitutionnelle. La question peut donc rebondir. La loi ne serait-elle pas tenue de consacrer le caractère résiduel du pouvoir de fixer des normes par les autorités autres que le Premier ministre pour respecter les exigences de l'article 21 de la Constitution et l'unité du pouvoir réglementaire ? Force est de

(13) Sur une tendance jurisprudentielle favorable, dans une perspective de régulation, aux autorités de marchés, voir aussi notamment CE, 22 novembre 2000, Sté Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, *AJDA* 2000, p. 1069 et chr., p. 997, CE, 22 juin 2001, Sté Athis, *AJDA* 2001, p. 638.

(14) Le commissaire du gouvernement Hubert a rappelé que « la question de la compétence doit être étudiée avec attention. La jurisprudence déduit de l'article 21 de la Constitution qu'une autorité administrative indépendante ne dispose d'un pouvoir réglementaire qu'en cas d'habilitation législative expresse dont les termes sont examinés avec soin par le juge. L'interprétation de ces dispositions ne peut qu'être restrictive, compte tenu de la sévérité dont fait preuve le Conseil constitutionnel lorsqu'il examine la constitutionnalité des habilitations accordées par le législateur aux autorités administratives indépendantes (...). Il nous semble cependant possible de découvrir dans la loi une habilitation semi-tacite, c'est-à-dire nécessairement voulue par le législateur mais se traduisant par une rédaction ambiguë et, à la suite sans doute d'un oubli, non introduite par l'article L. 36-6 relatif au pouvoir réglementaire de l'ART. C'est l'histoire du texte qui nous conduit à cette affirmation (...) ».

(15) Voir CE, 25 octobre 1957, Duval, Rec. T. 452, *RDJ* 1958, p. 507, note M. Waline. À propos d'un texte législatif conférant une compétence réglementaire au conseil supérieur du Notariat. Le juge a estimé que cette attribution de compétence mettait fin à celle attribuée en ce domaine au Président de la République. Marcel Waline avait écrit que la volonté « décentralisatrice » du Parlement « créé des droits à l'autorité à qui est conférée la nouvelle compétence exclusive ». Voir aussi, CE., Ass., 28 mai 1971, Sieur Barrat et autres et syndicat général de l'éducation nationale SGEN-CFDT, Rec., p. 387 : Incompétence du décret pour décider du mode de suffrage des élections aux conseils des UER. Il appartient aux seules universités compétentes pour déterminer leurs structures internes de décider du mode de suffrage à ces élections. Sur ce point, voir l'analyse systématique de Bertrand Faure qui dépasse le cas du pouvoir réglementaire locale, thèse 1992, p. 299 s.

(16) Voir la loi du 29 juillet 1982 précisant que les compétences réglementaires de la Haute Autorité de l'audiovisuel s'exercent « sous réserve des dispositions législatives et réglementaires applicables ».



constater qu'il est difficile de dire que le Conseil constitutionnel se soit prononcé clairement sur la question (17).

En tout cas, l'intervention de l'autorité administrative indépendante ne doit pas conditionner l'exercice du pouvoir réglementaire du Premier ministre, comme on peut le déduire de la décision 86-217 DC. Dans cette décision, le Conseil avait souligné que le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi ne pouvait être conféré à une autorité autre que le Premier ministre que « dans le cadre défini par les lois et règlements » et il avait jugé qu'« en prévoyant que les normes édictées par le gouvernement, agissant par décret en Conseil d'État, pour assurer l'exécution de l'article 62 de la loi, seront subordonnées aux règles générales fixées par la CNCL en application de l'article 27-II, le législateur a méconnu les dispositions de l'article 21 de la Constitution ». L'attribution à une autorité publique ou à une personne privée d'un pouvoir de proposition au Premier ministre qui conditionnerait l'exercice de son pouvoir réglementaire serait contraire à l'article 21 de la Constitution comme l'a déjà jugé le Conseil constitutionnel qui a déclaré non conforme une disposition législative qui subordonnait l'exercice du pouvoir réglementaire du Premier ministre à un contrat passé entre le gouvernement et les établissements d'enseignement agricoles privés (78-95 DC du 27 juillet 1978, Enseignement professionnel agricole, *RJC I*, p. 60).

### 3 - Le champ d'application de la jurisprudence CSA

Cette ligne jurisprudentielle concerne principalement les autorités administratives indépendantes. Les autorités administratives indépendantes disposant d'une compétence réglementaire du fait de la loi sont nombreuses. C'est le cas de la CNIL, de la COB, du Conseil des Marchés financiers, du CSA, de l'ART, de la Commission bancaire, du Comité de la politique monétaire, du Conseil de régulation de l'électricité (article 37 de la loi 2000-108 du 10 février 2000). Les dispositions législatives attribuant le pouvoir réglementaire au Conseil des bourses de valeur, au CSA et, avant elle, à la CNCL, à l'ART et au comité de la politique monétaire ont été examinées par le Conseil constitutionnel. En revanche, le Conseil n'a pas discuté de la conformité à l'article 21 de la Constitution du pouvoir

(17) Voir la décision 86-217 DC du 18 septembre 1986 dans laquelle le Conseil dit que l'article 21 ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre « le soin de fixer dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre une loi ». Voir encore décision 91-304 DC du 15 janvier 1992, Liberté de communication, *RJC I*, p. 481, considérant n° 13 : « que la compétence reconnue au Conseil supérieur de l'audiovisuel par l'article 1er-II de la loi déferée est limitée dans son champ d'application ; qu'elle ne saurait s'exercer que dans le respect des règles essentielles posées par le législateur et des principes généraux fixés par décret en Conseil d'État ; qu'à cet égard, si l'instance de régulation de l'audiovisuel a la possibilité, en ce qui concerne uniquement les œuvres audiovisuelles, de substituer à la notion d'« heures de grande écoute » celle d'« heures d'écoute significatives », cette faculté n'est accordée par le législateur que dans la mesure limitée où un tel aménagement serait de nature à rendre plus aisée la réalisation par chaque service autorisé des objectifs déterminés par la loi et qui tendent à assurer la diffusion de seuils minimaux d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles d'expression originales française ; que, dans l'exercice de ses compétences, le CSA est, à instar de toute autorité administrative, soumis à un contrôle de légalité ; que, sous ces réserves, l'article 1er-II de la loi déferée n'est pas contraire à l'article 21 de la Constitution ».

réglementaire de la COB, de la CNIL, du comité de la réglementation bancaire (18) et du Conseil de régulation de l'électricité (19).

Cette jurisprudence ne concerne pas seulement les autorités administratives indépendantes. Elle concerne les ministres (décision 89-269 DC du 22 janvier 1990 (loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, cons. 22, *RFDA* 1990, p. 406, voir aussi 2001-451, DC du 27 novembre 2001, loi portant amélioration de la convention des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles) et les personnes morales de droit public autre que l'État puisqu'elle a été appliquée dans la décision 93-324 DC du 3 août 1993 au pouvoir réglementaire reconnu par la loi au Conseil de la politique monétaire de la Banque de France (20) que le Conseil constitutionnel qualifie dans la même décision d'« institution de l'État » et à laquelle le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont reconnu la qualité de personne morale de droit public innommée.

Elle concerne aussi les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public. À partir de la décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel ne vise plus seulement « les autorités de l'État » autres que le Premier ministre mais plus largement « les autorités publiques » autres que le Premier ministre. Dans cette décision, il s'agissait en effet du pouvoir normatif conféré au Conseil des bourses de valeur qui constitue une personne morale de droit privé à caractère professionnel. D'ailleurs, il faut observer que les lois les plus récentes, plus fidèles à la Constitution que les textes plus anciens prévoient que l'adoption des codes de déontologie des ordres professionnels relève de décrets du Premier ministre. Il n'y a plus guère que chez les vétérinaires que la loi (ancienne) prévoit que l'ordre édicte lui-même le code de déontologie. Dans les autres professions, si le Conseil de l'ordre élabore un code de déontologie, ce dernier est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État. Ce mécanisme, qui valait pour les professions médicales, a été étendu par la loi du 27 octobre 1966 à l'ordre des pharmaciens, puis en 1968 à l'ordre des experts-comptables et comptables agréés. Mieux encore, la loi 77-2 du 3 janvier 1977 concernant l'ordre des architectes et la loi 94-529 du 28 juin 1994 instituant l'ordre des géomètres - experts retirent à ces ordres le droit d'élaborer eux-mêmes le projet de code de déontologie. Elles ne leur donnent qu'un simple pouvoir d'avis en la matière.

Interprétant en conformité avec les règles constitutionnelles les dispositions de la loi 71-1130 du 31 décembre 1971 « portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques », le Conseil d'État juge que « la fixation de règles de déontologie revêtant un caractère impératif pour l'ensemble de la profession d'avocat relève de la compétence du gouvernement agissant par voie de décret en Conseil d'État (...) ; que dans le cadre ainsi défini, il revient au Conseil national des barreaux, agissant par voie de recommandation, de promouvoir l'harmonisation des règles et usages de la progression d'avocat, sans pour autant disposer à cette fin d'un

(18) Le Conseil constitutionnel discute longuement de la conformité à l'article 34 des compétences réglementaires confiées par la loi bancaire au comité de la réglementation bancaire sans jamais soulever leur non-conformité aux dispositions de l'article 21 de la Constitution (83-167 DC du 19 janvier 1984, loi bancaire, *RJC I*, p. 177).

(19) Il n'y a pas eu de saisine du Conseil constitutionnel de la loi du 10 février 2000 « relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ».

(20) Le Conseil de la politique monétaire peut définir des obligations que la politique monétaire peut conduire à imposer aux établissements de crédits et notamment l'assiette et les taux de réserve obligatoires qui s'appliquent dans le cadre comptable de la réglementation bancaire.

pouvoir réglementaire » (CE, 27 juillet 2001, Ordre des avocats au barreau de Tours, *AJDA*, 2001, p. 852, chr. M. Guyomar et P. Colin) (21).

On observera que la formule utilisée par le Conseil constitutionnel, par sa généralité, peut également trouver à s'appliquer à l'attribution par la loi d'une compétence réglementaire aux collectivités locales. Cependant, dans les faits, la définition des compétences réglementaires des collectivités locales ne semble pas limitée par l'obligation de ne pas accorder plus que le pouvoir d'édicter des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. Pour Bertrand Faure, si « à la lecture » des décisions du Conseil constitutionnel « la liste des autorités susceptibles de recevoir un pouvoir réglementaire d'origine parlementaire n'est pas limitative (...), en pratique, doivent être retranchées l'ensemble des institutions dont le texte de la Constitution a voulu explicitement ou implicitement que les attributions de leurs dirigeants soient régies par la loi. Dans ces cas, il suffit que l'intervention du législateur se fonde sur ces titres spéciaux » de telle sorte que, pour lui, « le champ d'application de la jurisprudence sur les autorités indépendantes se rétrécit » et que « restent seuls visés » par elle « les établissements publics d'État, les ministres, les ordres professionnels ou les instances de régulation » (thèse précitée, p. 232-233). C'est bien cette thèse qui vient d'être consacrée par le Conseil constitutionnel (décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse). Après avoir cité les dispositions de l'article 21 de la Constitution, le Conseil souligne que « toutefois, l'article 72 de la Constitution dispose que : « les collectivités territoriales de la République s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi » et que « ces dispositions permettent au législateur de confier à une catégorie de collectivités territoriales le soin d'édicter, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi ». Ayant à examiner les dispositions de l'article L.4424-2 II, premier alinéa du CGCT selon lesquelles « le pouvoir réglementaire de la collectivité territoriale de Corse s'exerce dans le cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi », il juge que ces dispositions « doivent être entendues comme rappelant que le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale dans le respect de lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi » et « qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 attribue au Premier ministre ». On aurait aimé une motivation plus complète, plus développée et prenant plus clairement partie sur les thèses d'interprétation de la Constitution qui étaient en présence. Sans doute faut-il comprendre que cette disposition n'a pas pour objet ou pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire que l'article 21 attribue au Premier ministre parce qu'elle doit se comprendre comme imposant à la collectivité de Corse le respect des règlements pris par le Premier ministre (22). Par ailleurs, comme l'avait souligné le gouvernement dans ses observations, la portée de cette disposition n'est pas de confier un pouvoir réglementaire de portée générale à la collectivité de Corse dont le champ d'application ne serait pas précisément défini, mais seulement de rappeler que la loi peut, au cas par cas, permettre à la collectivité de Corse de prendre pour l'exercice des compétences qu'elle lui reconnaît des modalités d'application comportant l'exercice d'un pouvoir réglementaire. Comme écrit par le gouvernement

(21) Solution contraire à celle retenue par la Cour de cassation, 1ère civ., 13 mars 2001, Conseil de l'Ordre des avocats au barreau de Tours.

(22) Le Conseil valide aussi cependant les dispositions qui permettent à l'Assemblée de Corse de demander au législateur d'être habilité à fixer par dérogation aux règlements du Premier ministre aux règlements des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental.

« le pouvoir réglementaire confié à la collectivité de Corse ne l'est pas in abstracto sur le fondement de cette disposition ; c'est au cas par cas, dans cette loi, comme le cas échéant, dans des lois ultérieures, que ces dispositions précises attribuent ou attribueront à la collectivité un pouvoir réglementaire pour l'exercice de ses compétences ».

La loi est rarement source de compétence réglementaire pour les autorités indépendantes et, quand elle l'est, ce pouvoir est très limité dans sa portée. Encore faut-il souligner à l'attention du travail à mener dans cet atelier que le pouvoir réglementaire des AAI peut trouver sa source dans les décrets du Premier ministre. L'article 21, alinéa 2 prévoit que le Premier ministre « peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres », ce qui « inclut, dit René Chapus, la possibilité d'une délégation de son pouvoir réglementaire » (voir CE, 27 mai 1966, Société de crédit commercial et immobilier, Rec., p. 365 pour un décret réglementaire signé par un ministre sur délégation du Premier ministre). L'article 21 ne peut donc pas être opposé au Premier ministre, compétent pour répartir les responsabilités administratives au sein de l'État et de ses établissements publics et qui, à ce titre, peut confier par décret le pouvoir de prendre des actes réglementaires aux autorités de l'État (23). Le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions qui attribuent le pouvoir réglementaire aux autorités d'un établissement public relèvent du domaine du règlement (77-98, L, du 27 avril 1977, *RJC*, I, p. 74, à propos de l'ONF) (24).

(23) Encore faut-il tenir compte des limites d'une subdélégation de compétence. La subdélégation n'est pas illégale si le décret a défini avec « une suffisante précision » les mesures que les ministres sont chargés de prendre (CE, 15 mars 1961, Soc. des établissements Omer Decugis, Rec., p. 183 ; Ass., 7 janvier 1966, Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires, Rec., p. 17, *Rev. Adm.*, 1966, p. 29, concl. Braibant ; Ass., 13 juillet 1968, Moreau, Rec., p. 441).

(24) Il ne suffit donc pas pour rendre compte du phénomène du pouvoir normatif des autorités autres que le Premier ministre de chercher seulement dans les lois ; il convient également aussi de prendre en considération les compétences normatives des autorités autres que le Premier ministre et fondées sur des décrets de ce dernier. À titre d'exemple, on peut renvoyer aux nombreuses compétences réglementaires confiées à l'Autorité de régulation des télécommunications par le décret du 3 mars 1997 relatif à l'interconnexion.