

LES AUTORITÉS DE RÉGULATION ET LE DÉMEMBREMENT DU POUVOIR CENTRAL

Par

Sébastien RENAUD

Doctorant, vacataire - Faculté d'Aix-Marseille

La « révolution juridique » (1) annoncée par l'arrivée des articles 34 et 37 de la constitution, sensés bouleverser la hiérarchie des normes en instituant respectivement une limitation du domaine de la loi et un pouvoir réglementaire autonome, n'avait finalement pas eu lieu, désamorcée par le contrôle jurisprudentiel du Conseil Constitutionnel. Ce dernier avait préservé l'intégrité de notre édifice juridique fondé sur la séparation des pouvoirs qui réserve par principe aux représentants de la nation la faculté d'édicter les normes exprimant la volonté du peuple.

Si le prestige de la loi a été sauvegardé, c'est aujourd'hui et depuis plusieurs années au tour du pouvoir exécutif de voir contestée sa suprématie, son « monopole » dans le domaine qui lui était jusque-là réservé : l'application des lois. Cette fois-ci cependant, le Conseil, par sa décision du 18 septembre 1986 *liberté de communication* (2), n'a pas adopté une position « conservatrice » comme il avait pu le faire pour restaurer le statut privilégié du législateur dans le système normatif français. Ainsi, par « un accommodement des dispositions de l'article 21 de la constitution » (3), le Conseil a adopté une interprétation progressiste en affirmant que si cet article confère au Premier ministre (sous réserve de l'article 13) « l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national, il ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État le soin de fixer [...] des normes permettant de mettre en oeuvre une loi ». Par cette décision, affinée en 1989 à propos cette fois du CSA, le Conseil reconnaît l'incapacité des instances régulatrices traditionnelles à combler certains nouveaux besoins sociaux.

Les autorités administratives indépendantes (AAI) (4), depuis la première création d'une telle institution (la commission de contrôle des banques en 1941), n'ont cessé d'être au centre d'innombrables controverses doctrinales et

(1) D. Turpin, *Droit constitutionnel*, PUF, 4^e éd., 1999, p. 536.

(2) Décision n° 86-217 DC, Rec. p. 141.

(3) R. Chapus, *Droit administratif général*, T.I, Montchrestien, 13^e éd., 1999, p. 626.

(4) La dénomination AAI sera entendue dans une acception large recouvrant à la fois les organes qualifiés d'AAI par la loi, par le juge ou bien par la doctrine.

jurisprudentielles traitant essentiellement de leur difficile intégration théorique et pratique dans notre système juridique (5). La seule véritable convergence que l'on pourrait éventuellement trouver dans ce foisonnement serait la reconnaissance de la hardiesse de la tâche. Face à ce constat d'incertitude, d'hésitation, de contradiction, voir de malaise de certains auteurs se refusant alors toute tentative de théorisation (6), il devient nécessaire d'admettre que la raison d'être de ces autorités réside justement dans cette hétérogénéité.

Ces « autorités sont en effet d'avantage le fruit du hasard que d'un schéma préconçu. Elles sont le plus souvent nées pour résoudre un problème donné à un moment donné » (7). Elles naissent par un « phénomène de réaction » face à un cadre étatique trop rigide, trop lourd ou manquant d'indépendance. Ces organes qui se développent en dehors de toute structure préexistante se définissent donc essentiellement par ce qu'ils ne sont pas.

L'hybridité de ces autorités se révèle être un concept clé : une hybridité nécessaire (I) mais également une hybridité maîtrisée (II) du fait de son intégration dans un système.

I - UNE HYBRIDITÉ NÉCESSAIRE

La création des AAI répond au récent constat de l'inadaptation des structures étatiques traditionnelles face aux nouvelles exigences de notre société. La France n'est pas le seul État à avoir ressenti ce besoin et à l'avoir comblé par la mise en place d'organismes spécialisés et autonomes. Ainsi, au cours des débats parlementaires consacrés à la création de la première institution qualifiée expressément d'AAI par le législateur : la CNIL ; le rapporteur du projet de loi, M. Jean FOYER, la comparait à ces « homologues anglo-saxons, qui empruntent certains traits de leur organisation aux juridictions » et qui « jouissent par leur statut d'une réelle indépendance » (8).

Aux États-Unis (9), la première *independent regulatory agency* naquit dès 1889 par la reconnaissance par le Congrès de l'autonomie de l'*interstate commerce commission*. Depuis, ce sont près d'une quarantaine d'agences qui virent le jour, au rang desquelles l'on peut compter la très célèbre NASA qui fut durant de nombreuses années la tête de proue de la politique internationale des États-Unis.

En Grande-Bretagne, où la décentralisation est très poussée, les *administrations indépendantes* ou *authority* sont d'une variété immense car règne le « principe traditionnel du partage du pouvoir entre le centre et la périphérie, et entre l'élite politique et les spécialistes ou les professionnels » (10). En 1980, ce sont près de 4000 *Quangos* (*quasi autonomes non-gouvernementales organisations*) qui se partagent des fonctions exécutives, consultatives et juridictionnelles. Confusion et difficulté de contrôle sont l'inévitable corollaire d'une telle profusion à laquelle les gouvernements ne semblent pas décidés à mettre un frein : « la tentation reste très

(5) Voir principalement : P. Sabourin, *Les AAI, une catégorie nouvelle*, AJDA, 1983, p. 275 ; J. Chevalier, *Réflexion sur l'institution des AAI*, JCP, 1986, I, 3254 ; C. Teitgen-Colly, *Les instances de régulation et la constitution*, RDP, février 1990, p. 153 ; C.A. Colliard et G. Timsit, *Les AAI*, PUF, 1988 ; M.-J. Guédon, *Les AAI*, LGDJ, 1991 ; M. Gentot, *Les AAI*, Montchrestien, 1991.

(6) Pour un exemple récent de qualification problématique : S. Traore, *La commission consultative du secret de la défense nationale : une AAI sui generis ?*, Rev. Adm., 1999, n° 311, p. 508.

(7) R. Denoix de Saint-Marc, in *Présentation du rapport public 2001 du conseil d'État*, La doc. fr., étude de documents, n° 52.

(8) J.O., Débats parlementaires, Assemblée Nationale, 4 octobre 1977, p. 54.

(9) Pour une étude approfondie : M.-H. Davis, *L'expérience américaine des independent regulatory commissions*, in Colliard et Timsit, op. cit., p. 222.

(10) H. Machin, *L'expérience britannique*, in Colliard et Timsit, op. cit., p. 236.

forte, d'essayer de résoudre des problèmes publics en dehors du marché, de la politique et de la justice » (11).

En Suède (12) ou en Finlande (13), les *agences centrales* et les *directions nationales* bénéficient d'une certaine autonomie par rapport aux ministères dans l'exercice de leurs fonctions d'administration courante (on relevait environ 80 *agences* en Suède à la fin des années 70).

En Allemagne, où se pose le problème des « *ministerial freien raums* » c'est à dire des « espaces du pouvoir ministériel » ; en Espagne, malgré quelques réticences à rompre avec la tradition d'une administration hiérarchisée ; ou encore au Japon, où depuis 1948 existent de nombreuses agences de régulation dotées d'une réelle indépendance et chargées de protéger les citoyens contre l'intervention de l'État dans certains secteurs sensibles : les choix faits pour résoudre les nouveaux problèmes sociaux sont sensiblement les mêmes qu'en France.

Si Franck Moderne estime que « l'analyse de systèmes étrangers montre qu'aucune conception d'ensemble ne préside à la construction des AAI » (14), il semble toutefois possible de dégager deux axes, au sein des nouvelles exigences sociales, autour desquels ces nouvelles instances de régulation se sont développées : l'indépendance (A) et la technicité (B).

A - L'exigence d'indépendance

Ce qui fonde la spécificité essentielle de ces organes est bien leur autonomie. Expression de ce que l'on a pu appeler la crise de l'État providence, les AAI s'érigent comme un « double rempart à la fois contre les pressions des groupes d'intérêt et contre celles du pouvoir politique » (15).

1 - L'indépendance face à l'État

Cette nécessité est parfaitement exprimée par C. Teitgen-Colly (16) lorsque, au sujet du pouvoir exécutif monopolisant le secteur de l'audio-visuel, elle affirme : « à l'origine du mal il ne saurait remédier : on ne peut être à la fois poison et antidote ».

Indépendance par rapport au pouvoir politique donc, mais aussi par rapport à l'administration, deux organes de l'État de plus en plus souvent dissociés.

a - La dépolitisation des secteurs « sensibles »

C'est tout d'abord et principalement pour répondre à un souci d'impartialité que les AAI ont vu le jour. De nombreux secteurs dits « sensibles » ne peuvent être régulés efficacement en s'inscrivant dans le cadre d'une politique gouvernementale. La tentation serait trop grande d'orienter la gestion de ces secteurs sur le fondement d'idéologies politiques. L'État, afin de ne pas paraître trop interventionniste ou dirigiste et afin d'écartier toute suspicion quant à son impartialité, fera le choix de faire-faire à d'autres ce qu'il ne veut pas faire lui-même.

(11) H. Machin, op. cit., p. 250.

(12) Voir notamment : K. Holmgren, *L'administration suédoise devant les transformations économiques et sociales contemporaines*, Ann. Eur. Adm. Pub., 1978, p. 115 et s.

(13) T. Modeen, *L'administration finlandaise devant les transformations*, Ibid., p. 125 et s.

(14) In *Les AAI*, Colliard et Timsit, op. cit., p. 210.

(15) J. Chevalier, op. cit.

(16) *Les AAI : histoire d'une institution*, in Colliard et Timsit, op. cit., p. 40.

Le domaine le plus sensible aux yeux de l'État et de l'opinion publique est sans doute celui de la communication et de l'information. Les ordres professionnels ont ici été écartés au profit des AAI pour deux raisons : tout d'abord, historiquement le passé corporatiste des ordres professionnels effraie, de plus la France n'a pas souhaité exposer de tels secteurs au danger de l'autorégulation. L'actuel organisme chargé de la régulation de ce secteur est le conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) qui remplaça, en décembre 1988, la commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), elle-même succédant à la haute autorité de la communication audiovisuelle créée par la loi du 29 juillet 1982. Cette autorité veille notamment au respect du pluralisme dans les programmes, fixe les règles des campagnes électorales, du droit de réponse et de l'expression des partis politiques. De telles fonctions ne pouvaient évidemment pas être confiées directement à l'administration dont « dispose » le gouvernement (article 20 de la constitution) qui serait alors juge et partie.

Les mêmes exigences sont à l'origine de la création de la commission des sondages, de la commission pour la transparence financière de la vie politique, de la commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques, de la commission nationale de contrôle de la campagne électorale pour l'élection présidentielle ou encore du conseil supérieur de l'agence France presse ainsi que de la commission paritaire des publications et des organes de presse.

Un tel foisonnement démontre la détermination des gouvernements (depuis le milieu des années 70) à tendre vers « une meilleure efficacité administrative » (17), mais aussi la crainte de se voir accusés de partialité.

b - La protection contre les excès de la bureaucratie

Autre composante de l'État après le gouvernement : l'administration. Organe monumental, incontournable, indispensable mais parfois perfectible, inadapté ou techniquement incompetent ; l'appareil administratif français a vu son « monopole » aménagé afin d'éviter qu'il n'écrase les administrés sous ses pas de géant. C'est donc la crainte d'une administration omnipotente et opaque qui a conduit à la création de nouvelles autorités indépendantes dont la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) par la loi du 6 janvier 1978. La CNIL est le parfait exemple du phénomène de réaction de l'État face à l'évolution de la société. Elle a en effet été créée pour garantir aux citoyens la protection des informations nominatives figurant dans les fichiers administratifs informatisés, et ce, aussi bien au stade de leur inscription que de leur utilisation. Cette instance largement indépendante est, en quelque sorte, l'organe de la conscience sociale face à l'emploi de l'informatique : elle se renseigne, réfléchit, conseille, propose, contrôle, elle informe l'opinion et dispose de certains pouvoirs mais surtout, elle aide d'autres organes de l'État à exercer les leurs.

Peu de temps après la CNIL, ce fut au tour de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) de voir le jour par la loi du 17 juillet 1978. La transparence administrative fit un grand pas en avant par la reconnaissance du droit d'obtenir la communication des documents à caractère administratif et d'être informé de l'existence des différents documents par une publication régulière. Conscient de la « révolution » que représentait l'abandon du secret administratif, le législateur a préféré confier à cette commission le soin de mettre en œuvre ce droit nouvellement reconnu. « Notre société devient de plus en plus complexe : nous sommes les témoins de beaucoup trop de détresses pour accepter qu'elles puissent être

(17) J.-L. Quermonne, *L'appareil administratif de l'État*, Seuil, 1991, p. 270.

provoquées ou aggravées par la rigueur excessive d'un texte ou l'esprit formaliste d'un service public ». Cette phrase de Jacques Pelletier (18), alors Médiateur de la République, exprime à la perfection le rôle et la place de ces nouvelles autorités chargées de défendre le citoyen contre les excès de la bureaucratie. Les autorités de régulation sont, en effet, toujours créées en réaction à un phénomène de vide à combler, ce qui justifie pleinement leur hétérogénéité et les difficultés de classification dont elles sont l'objet.

Le Médiateur n'échappe pas à ce constat. De nombreux auteurs se sont interrogés au sujet de son statut lors de sa création, mais c'est finalement le Conseil d'État qui, par l'arrêt *Retail* du 10 juillet 1981, trancha définitivement et sans équivoque la question en affirmant le caractère d'autorité administrative du Médiateur. Son indépendance, il ne la tire pas de sa nomination par le Président de la République ni de la loi qui se borne à préciser qu'il « ne reçoit d'instruction d'aucune autre autorité », ni de son mandat pourtant d'une durée incompressible de six ans non renouvelable, mais plutôt des faits, des preuves d'impartialité qu'il a pu apporter et qui seules pourront lui accorder la nécessaire confiance des citoyens.

Enfin pour conclure ce rapide exposé des réactions législatives qui « humanisent » la bureaucratie, il convient d'évoquer également : - la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité créée par la loi du 11 juillet 1991 dans le but de veiller au respect du nouveau régime juridique des « écoutes téléphoniques » ;

- la commission des infractions fiscales, à laquelle la loi du 29 décembre 1977 confia le soin de participer activement à l'encadrement et à la réduction du pouvoir discrétionnaire dont disposait l'administration quant au choix des personnes justifiant la saisine de juridictions pénales.

c - La lutte contre les pressions économiques

Les banques, les assurances, la bourse, les marchés et les consommateurs, bien que participant au phénomène de libre-jeu de la concurrence, doivent être soumis à un contrôle minimum du fait de l'important volume financier qu'ils représentent. L'État-providence a fait place à l'État-gendarme qui encadre plus qu'il ne dirige. L'apparition des AAI - « boucliers, barrières, sauvegardes contre les dangers qui menacent les sociétés libérales modernes » (19) - participe pleinement de ce phénomène en assurant une régulation plus souple et donc plus efficace mais aussi et surtout une régulation sans subordination vis à vis du pouvoir politique, sujet au changement de majorité et moins enclin à prendre des décisions impopulaires. Les autorités de régulation des activités économiques et financières doivent pour cela répondre à des impératifs de proximité et de constance afin de protéger au mieux l'exercice égalitaire des libertés de chacun contre un déséquilibre des forces.

Il sera donc intéressant d'étudier la corrélation existant entre la naissance d'un besoin social de protection et la réaction mise en œuvre par la création d'autorités de régulation indépendantes de l'État.

Au plus près des *consommateurs*, la commission de sécurité des consommateurs ainsi que la commission des clauses abusives disposent d'une réelle influence dans leur secteur respectif sans pour autant disposer d'un pouvoir de contrainte.

(18) Voir préface in *Le Médiateur de la République, une autorité au service du citoyen*, création agence premier septembre, Paris, 1997, p. 7.

(19) C. Albert Colliard, préface, in *Les AAI*, Colliard et Timsit, op. Cit., p. 11.

La commission de sécurité des consommateurs, créée par la loi du 21 juillet 1983, dispose d'un fort pouvoir d'enquête sur place et sur pièce, pouvoir auquel on ne peut opposer ni le secret professionnel ni les secrets de fabrication. Chargée de contribuer à « améliorer la prévention des risques en matière de sécurité des produits ou des services », la commission rend, après une procédure contradictoire, des avis adressés au Président de la République et au Parlement dans un rapport annuel.

La commission des clauses abusives fut, elle, instituée par la loi du 10 janvier 1978. Elle est chargée d'émettre des recommandations auprès du ministre chargé de la consommation lorsqu'elle détecte la présence de clauses présentant un caractère abusif dans les modèles de contrat. Afin de lutter contre les abus de puissance économiques exercés au préjudice des particuliers, cette commission dispose d'un important pouvoir d'enquête.

Ces deux institutions, difficilement classables dans la catégorie des AAI du fait de l'absence de pouvoir de coercition, sont souvent qualifiées d'*autorités morales* car la pertinence de leurs avis et recommandations, qui font l'objet d'une large diffusion par leur publication au J.O., n'est jamais mise en doute. Elles interviennent « dans un domaine où la vigilance s'impose de façon très aiguë pour la protection des droits » (20). Par leur non-subordination et une certaine autonomie de fonctionnement, ces institutions agissent au plus près des nouvelles exigences de la vie économique, de façon plus rapide et précise que ne le ferait l'administration centrale.

Dans le secteur bancaire se sont trois organismes qui ont été créés par la loi du 24 janvier 1984 répartissant entre eux les nombreuses et importantes attributions de l'ancienne commission de contrôle des banques (21). Par ce geste le législateur a-t-il désiré améliorer la régulation d'un secteur en développement, par la création de trois organes plus spécialisés (22), ou bien a-t-il souhaité démanteler une institution jugée trop puissante ? Sans pour autant réintégrer dans l'administration centrale les attributions de la première commission, la loi de 1984 a anéanti le monopole de l'application de la réglementation bancaire audacieusement instauré en 1941 en confiant à cette dernière un pouvoir réglementaire, un pouvoir disciplinaire, un pouvoir d'enquête et de contrôle ainsi que divers pouvoirs décisionnels. Technique et politique législative se sont trouvées réunies dans ce projet visant à créer plusieurs organes hyper-spécialisés et à rassurer les français craignant de voir naître une nouvelle forme de dirigisme économique.

Dans le secteur des assurances, tout comme dans le secteur bancaire, il s'est fait sentir un besoin grandissant de rassurer les consommateurs de tels services (la quasi-totalité des français), souvent confrontés à de grandes entreprises d'échelon national ou multinational contre lesquelles ils pouvaient se sentir totalement impuissants. Si les contrats-cadres prévalent dans ces secteurs, privant ainsi le particulier de toute négociation, ce dernier peut légitimement exiger un minimum de garanties en contre-partie. C'est le contrôle de l'effectivité de ces garanties que l'État a préféré confier à des autorités indépendantes, conscient des difficultés que le système administratif traditionnel pouvait rencontrer dans l'exécution d'une tâche indissociable des notions de proximité, d'assiduité, de célérité et de flexibilité.

La loi du 31 décembre 1989 transféra donc le contrôle financier des compagnies d'assurance, détenu jusque-là par une direction du ministère des finances, vers la commission de contrôle des assurances présidée par un membre du

(20) M.-J. Guedon, op. cit., p. 98.

(21) Première véritable AAI du fait de ces fonctions de son organisation et de ces pouvoirs.

(22) La commission bancaire, le comité de la réglementation bancaire et le comité des établissements de crédit.

Conseil d'État. Elle a pour mission de « rassurer les assurés » en leur apportant la garantie de la solvabilité des compagnies d'assurance. La commission grâce à ses pouvoirs d'enquête et de sanction, limités essentiellement par le principe d'opportunité, veille au respect des lois et règlements transposant les directives communautaires, majoritairement présentes dans ce domaine depuis l'ouverture du marché européen. « Gendarme » et « technicien » sont donc les fonctions de cette institution jouant le rôle d'*interface* entre la norme, les professionnels et les particuliers.

Dans le domaine financier à présent : la commission des opérations boursières (COB), créée par l'ordonnance du 28 septembre 1967, complétée par les décrets du 3 janvier 1968 et du 24 mars 1999 ainsi que par les lois du 2 août et du 2 juillet 1996 (23), est l'organe central en matière de protection des investisseurs. Le milieu de la finance, en perpétuelle évolution, met en présence des individus souvent isolés - spéculateurs plus ou moins avertis - et des sociétés soumises aux enjeux de pouvoir et aux appétits de contrôle. La nécessité de fournir à ces spéculateurs une diffusion claire rapide et précise des informations et de leur assurer le bon fonctionnement des marchés c'est rapidement faite sentir, dans un milieu où la confiance est la clé de voûte de tout le système. Ce sont donc deux lourdes charges qui incombent à la COB : protéger les spéculateurs et assurer la sérénité et la prospérité des marchés financiers. Cela implique la mise à sa disposition d'un large panel de pouvoirs : - pouvoirs d'enquête considérables ;

- pouvoir de décision individuelle (visas, agréments mais aussi et surtout sanctions pécuniaires parfois très lourdes) ;

- pouvoir de saisine de l'autorité judiciaire, afin de mettre fin à une pratique illégale dans les plus brefs délais ;

- pouvoir consultatif (formulation de recommandations et d'avis) ;

- pouvoir réglementaire (dans le cadre de l'exécution de sa mission la commission établit les règles concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ainsi que les règles de pratiques professionnelles et de « bonne conduite » (24)).

Gestion des informations, production des normes et contrôle de leur exécution sont donc les principales attributions de la COB : une autorité aussi puissante et complexe que le secteur dans lequel elle évolue confirmant ainsi, une fois de plus, que les AAI sont « les figures juridiques d'un fait social » (25).

La protection du pluralisme dans la diffusion des œuvres cinématographiques : le patrimoine financier du consommateur cède ici sa place au patrimoine culturel. « Le cinéma ce n'est pas qu'un art, c'est aussi une industrie » et comme dans toute industrie l'affrontement d'intérêts financiers colossaux peut perturber le libre fonctionnement des marchés. La commission de la concurrence, puis le conseil de la concurrence, auraient pu prendre en charge le contrôle des ententes illicites et des abus de position dominante susceptibles de perturber ce secteur, mais par la loi du 29 juillet 1982 instituant le Médiateur du cinéma, le législateur a ajouté une dimension culturelle et artistique que ne possédaient pas ces autorités. S'il est nécessaire de contrôler le bon fonctionnement des circuits de distribution pour éviter la mise à l'écart de certaines maisons de productions plus « confidentielles », il est également primordial de favoriser une diversification dans la diffusion des œuvres

(23) La loi du 2 juillet 1996 créa également le conseil des marchés financiers ; organe travaillant en collaboration avec la COB et doté de la personnalité juridique remplaçant les autorités professionnelles du marché qu'étaient le conseil des bourses de valeur et le conseil du marché à terme. C'est cette loi qui a qualifié explicitement la COB d'AAI.

(24) Loi du 4 juillet 1996, art. 70.

(25) E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, p. 470.

cinématographiques dans l'intérêt des spectateurs. Pour arriver à ses fins, le Médiateur organise et dirige des conciliations préalables aux litiges relatifs à la diffusion en salle de telles oeuvres. A défaut il peut émettre publiquement des injonctions et saisir le conseil de la concurrence ou informer le ministère public en cas d'échec.

C'est une nouvelle facette des AAI qui c'est dévoilée en 1982 avec le Médiateur du cinéma : un protecteur des droits et libertés des individus sur le plan économique mais aussi culturel.

La création d'AAI est aussi hétérogène que ne le sont les besoins de notre société moderne : l'indépendance tout d'abord (face aux pouvoirs politiques, face à la bureaucratie, face aux pouvoirs économiques) mais également la technicité de certains domaines qui a incité le législateur à recourir massivement à des autorités indépendantes comme nous allons le voir à présent.

B - L'exigence de technicité

Cantonnée par la loi à des domaines très précis, les autorités de régulation sont vouées à la spécialité ; leur raison d'être réside dans la gestion quasi-autonome de certains secteurs socio-économiques. Si ces institutions n'ont pas vocation à déborder du domaine d'action qui leur a été légalement attribué, en revanche elles disposent de nombreux moyens pour mener à bien leur mission : ce sont des experts (26).

Dans des domaines aussi techniques et mouvants que l'informatique, la communication, ou encore les finances, ces experts se sont rapidement révélés incontournables. Ils « constituent en effet une réponse, certes empirique, mais non fortuite des pouvoirs publics au besoin de régulation de certains secteurs jugé non satisfait par les canaux traditionnels que sont notamment l'exécutif, le parlement et les juges » (27). Ces trois « pouvoirs » tirent des avantages certains à l'institution de ces nouvelles autorités régulatrices.

1 - Les instances de régulation au service du législateur

Honneur au créateur, c'est par le législateur que nous débiterons l'étude de « l'utilité technique » de ces organes.

Mis à part la COB et le conseil de la concurrence, c'est la loi qui institue les AAI (sans pour autant leur reconnaître à toutes une telle dénomination). La loi, cette norme aux vocations de généralité et de fixité, trouverait dans les AAI un troisième « relais » à son action normative qui viendrait s'ajouter à l'exécutif et au juge. La loi, dont les qualités premières ne sont ni la spécialité ni la personnalisation, trouve, dans le pouvoir réglementaire qui en assure l'exécution (art. 21 de la constitution), ainsi que dans le juge qui ne peut refuser « de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (art. 4 C. civ.) les compléments nécessaires pour, respectivement, l'affiner et l'appliquer au cas par cas.

Notre système juridique ne peut se passer de bases solides et constantes. Pour remplir ces exigences, la loi ne peut donc pas coller de trop près à la réalité mouvante ; le législateur doit trouver la juste distance, l'équilibre, entre le « trop abstrait et le trop concret ». Sous les III^e et IV^e républiques, la loi, intervenant dans les domaines les plus divers et subalternes de la façon la plus détaillée, avait perdu

(26) Voir notamment : M. Delmas-Marty, *L'État et les experts : les AAI*, in *Flou du droit*, PUF, 1^e éd., 1986, p. 237-240.

(27) C. Teitgen-Colly, *Les instances de régulation et la constitution*, op. cit., p. 153.

son prestige « parce-que l'on avait confondu généralité (la loi doit être faite pour tous) et universalité de la loi (qui doit être compétente pour tout) » (28). Portalis, dans son discours préliminaire, avait une vision assez nette de la mission des tribunaux : préciser la portée des règles du code dans des circonstances variées, combler les lacunes actuelles et futures du droit. La loi, pour conserver son prestige et l'intégrité de sa fonction, doit fixer un cadre juridique dans lequel le pouvoir réglementaire et le juge réguleront les problèmes sociaux par la complémentarité de leurs attributions respectives. Le législateur doit savoir laisser une « marge de manœuvre » au gouvernement chargé de l'exécution des lois, de même qu'il doit parfois laisser l'exécutif pénétrer dans le domaine législatif par le jeu des ordonnances de l'article 38 de la constitution. Vis-à-vis du juge, le législateur sait lui reconnaître une compétence en matière d'interprétation de la loi en lui réservant, par le biais des notions indéterminées, une conséquente liberté d'action.

Par l'institution des AAI, c'est une troisième voie qui s'ouvre à lui. Il peut ainsi faire le choix de confier l'application d'un texte au pouvoir normatif, au juge ou bien à une autorité qu'il crée dans cet unique but. Après avoir cerné l'étendue des besoins et les spécificités du domaine envisagé, le parlement peut entériner par le vote un projet de loi (d'origine gouvernementale principalement) qui mettra en place un système quasi-autonome de régulation. « Système » car la loi qui institue une telle autorité lui confie, après avoir défini avec précision les contours d'un domaine d'intervention, le soin d'établir les règles régissant les rapports entre les acteurs économiques concernés ainsi que le soin d'en assurer l'effectivité par l'attribution de pouvoirs d'enquête et de sanction. Une telle loi va donc ériger un cadre précis et stricte dans lequel elle place une autorité quasi-omnipotente à qui elle confère l'importante mission de « réaliser le droit », c'est à dire d'élaborer des normes impersonnelles puis de les individualiser en les confrontant à la réalité des faits sociaux.

La mise en place d'un tel « cadre normatif » est un travail de longue haleine car il s'agit ici de mettre en place un « micro-système juridique » complet dans un système juridique préexistant. Cependant, ce « micro-système » offre l'avantage non négligeable de s'autogérer (puisqu'il regroupe les trois pouvoirs), à l'abri des pressions politiques, économiques et administratives. Il s'agit, pour le législateur de créer une institution « vivante », capable de s'adapter aux évolutions du domaine attribué et de perdurer sans limite de temps. La durée de vie de ces institutions dépend donc, tout comme celle d'une loi, de la capacité du législateur à trouver le meilleur compromis au sein des exigences contraires de clarté, de précision, de généralité et de stabilité.

2 - Les instances de régulation au service du gouvernement

Le gouvernement participe presque toujours à l'institution de ces autorités : soit directement en prenant des ordonnances (29), soit indirectement en élaborant le projet de loi. L'éclosion de toutes les AAI à partir des années 1970 démontre que les gouvernements de la V^e république ont trouvé des avantages certains à créer de telles institutions.

Tout d'abord, ces institutions ne répondent à aucun modèle préexistant, il est donc aisé de coller au plus près des exigences précises pour un secteur donné à un moment donné. Leur création permet donc d'éviter une profonde réforme du

(28) D. Turpin, *Droit constitutionnel*, PUF, 4^e éd., 1999, p. 544.

(29) Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 créant la COB, ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} septembre 1986 créant le conseil de la concurrence.

système administratif traditionnel qui conserve ainsi une nécessaire stabilité. La médiation, la concertation, les recommandations et l'information sont autant de nouveaux moyens d'action imposant une proximité et un échange avec les acteurs sociaux que l'administration ne pouvait pas fournir directement. Les gouvernements se sont ainsi dotés d'un nouveau mode d'expression : la régulation.

Autre avantage indéniable, après l'efficacité et la précision : la clarification de la structure gouvernementale. Le nombre de ministères n'est fixé par aucune loi organique, il est donc laissé au choix du Premier ministre en fonction de critères techniques ou purement politiques. La tentation de succomber à une « inflation » ministérielle est très grande, ce que l'histoire confirme puisque de moins de dix ministres fin 19^oS. (avant l'État-providence), on est passé à seize en 1913, vingt et un (plus quatorze sous-secrétaires d'État) en 1936, quarante six en 1957, trente et un en 1968, pour dépasser les quarante à partir de 1981, jusqu'au second gouvernement Juppé qui ne comptait « que » trente trois membres ; le gouvernement Jospin de 1997 en comptait vingt-six (30). Léon Blum avait pourtant déjà compris qu'« une dissémination excessive des départements ministériels entraîne une dispersion fatale de l'esprit » (31).

L'attribution de la régulation de certains secteurs précis et identifiés à des AAI est un moyen de clarifier l'organisation gouvernementale ce qui comporte le double intérêt de participer à la recherche d'une certaine transparence de la vie politique, mais aussi et surtout de faciliter le travail gouvernemental en « abandonnant » certains domaines complexes et en limitant le nombre de participants aux réunions de travail.

Enfin dernier avantage, et non des moindres, à l'institution d'AAI : créer un écran pour le pouvoir politique. Afin d'échapper aux critiques de bureaucratie malfaisante, les gouvernements affichent le désir de « faire-faire » plutôt que de vouloir « tout-faire ». Selon Paul Sabourin (32) « le polycentrisme [...] s'analyserait en vérité comme un écran entre le pouvoir jetant en pâture à l'opinion publique la transparence réalisée par les autorités administratives revêtues des insignes de l'indépendance et la réalité qui ferait que le pouvoir resterait maître en fin de compte non seulement du destin de ces organisations mais de leur manière même de le servir ». Pour cet auteur, les conditions d'un parfait polycentrisme n'étant pas réunies - du fait notamment du rattachement au premier ministre ou à un ministère, de la présence fréquente d'un commissaire du gouvernement, de l'existence d'un contrôle a posteriori ou encore de celle d'un cahier des charges - il ne serait pas dénué d'intérêt de se demander si la création d'AAI ne répond pas principalement au désir d'échapper à la critique d'une présence politique gênante dans des domaines sensibles. Pour répondre précisément à ce que Paul Sabourin reconnaît être une provocation, il sera indispensable de procéder ultérieurement à une étude de la réalité de cette indépendance.

Au surplus de vertus techniques avérées, les AAI, s'inscrivant dans un contexte néo-libéral marquant la fin des excès de l'État providence, ont donc dévoilé des vertus « psychologiques » non négligeables ayant fortement concouru au succès de cette formule.

(30) Ces chiffres comprennent les ministres, les ministres d'État, les ministres délégués, ainsi que les secrétaires d'État et sous-secrétaires d'État.

(31) L. Blum, *La réforme gouvernementale*, Grasset, 1936.

(32) P. Sabourin, *Les AAI dans l'État*, in Colliard et Timsit, op. cit., p. 111.

3 - Les instances de régulation au service du juge

Par l'exercice des différents pouvoirs qui leurs sont reconnus, les autorités de régulation sont amenées à agir en complément des institutions judiciaires mais aussi parfois en concurrence avec elles.

a - L'action complémentaire des AAI

Par leur proximité, leur disponibilité et leur spécialisation, les AAI se sont engagées sur la voie nouvelle de la « régulation sans sanction ». Lorsqu'une irrégularité est soupçonnée, l'autorité met en branle de puissants moyens d'investigation au service d'une enquête à caractère administratif ou coercitif (33). Ces enquêtes permettent d'établir avec précision la réalité des faits mais également, dans un esprit systémique, de saisir la complexité de la situation dans son ensemble afin de prendre les mesures les mieux adaptées. Toutes les AAI disposent d'un pouvoir d'enquête sur place et sur pièces auxquels on ne peut que rarement opposer le secret professionnel.

Une fois l'enquête achevée trois options s'ouvrent alors à l'autorité :

- *La formulation de « critiques »* : la CNIL peut adresser des « avertissements » en cas de négligences ou d'irrégularités constatées dans l'utilisation ou la constitution de fichiers ; la commission des sondages édicte des « mises au point » ; le CSA adresse des « observations publiques » ; la commission bancaire et la commission de contrôle des assurances adressent des « mises en garde » ; la CADA, quant à elle, émet des « avis » et le Médiateur fait des « recommandations ». Ces critiques qui n'ont pas de caractère impératif peuvent parfois ne pas être entendues ce qui justifie l'existence des injonctions.

- *La formulation d'injonctions*. Intervenant, en règle générale, après la formulation de critiques restées vaines, les injonctions (34) sont des décisions obligeant leur destinataire à rectifier leur comportement pour se conformer à la réglementation. Il s'agit d'obligations de faire ou de ne pas faire étudiées au cas par cas afin d'assurer un retour rapide à la normale et aucunement une sanction. Leur force exécutoire reste limitée, et en cas de refus de s'y conformer les AAI doivent parfois exercer leur pouvoir de sanction ou saisir une juridiction.

- *La collaboration avec la justice*. Le fait que les AAI disposent généralement d'un pouvoir de sanction n'écarte pas l'hypothèse d'une saisine du juge ; de plus leur pouvoir consultatif les amènent à collaborer. Il existe ainsi une double procédure répressive à la disposition de certaines AAI titulaires d'un pouvoir de sanction qui ne s'exerce que dans le cadre expressément prévue par la loi, cadre en dehors duquel la saisine de la juridiction compétente devient nécessaire. La saisine d'un juge par une AAI peut également être un choix délibéré dès lors qu'elle justifie la mise en oeuvre de moyens coercitifs plus forts (astreinte, mesure conservatoire ou sanction pénale). Cette collaboration est à double sens puisque les juridictions peuvent à leur tour saisir les AAI pour avis, reconnaissant ainsi la complémentarité de ces experts indépendants.

(33) Les enquêtes à caractère administratif permettent de demander communication de tous documents utiles et d'avoir accès à tous locaux à usage exclusivement professionnel.

Les enquêtes à caractère coercitif se caractérisent par des possibilités de perquisition et de saisie en tous lieux (pouvoirs dont ne disposent que la COB et le conseil de la concurrence).

(34) Mises à part celles du Médiateur qui n'ont pas d'effet obligatoire.

Ces autorités essaient de persuader plutôt que de contraindre ce qui implique la reconnaissance de leur légitimité ; une légitimité qui passe essentiellement par leur compétence et leur indépendance.

b - L'action concurrente

La formulation de critiques puis d'injonctions ne permet pas toujours aux autorités de régulation de mener à bien leur mission, parfois « l'efficacité semble nécessairement passer par des moyens offensifs puissants » (35). Le législateur a donc trouvé bon de doter certaines d'entre-elles du pouvoir de prendre directement des sanctions, c'est le cas pour le conseil de la concurrence, la COB, la commission bancaire, le CSA, le conseil de discipline des organismes de placements collectifs en valeurs mobilières, la commission de contrôle des assurances et la commission nationale des comptes de campagne.

L'exigence d'efficacité pouvait-elle justifier ce nouvel accommodement de l'article 16 de la constitution et plus généralement du principe de séparation des pouvoirs ? De nombreuses hésitations doctrinales ont été levées par deux décisions du Conseil Constitutionnel. La première datant du 17 janvier 1989 relative au CSA a affirmé que : « la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante [...] de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire de l'accomplissement de sa mission ». La seconde, en date du 28 juillet de la même année et relative à la COB cette fois, confirma que « le principe de séparation des pouvoirs [...] ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction. »

En reconnaissant la constitutionnalité de la sanction administrative, le Conseil Constitutionnel en fixa également le régime en précisant la soumission aux principes de : légalité des délits et des peines, nécessité des peines, non rétroactivité de la loi répressive plus sévère, proportionnalité des peines, respect des droits de la défense et enfin la soumission au contrôle du juge des mesures de sanction.

Si les autorités détentrices d'un pouvoir de sanction ne peuvent prononcer des peines afflictives et infamantes, elles conservent la faculté de prendre des sanctions pécuniaires importantes ainsi que des sanctions privatives de droits, se traduisant par le retrait ou l'aménagement d'autorisations et d'agréments qu'elles ont qualité pour délivrer. Cet empiètement dans le domaine du juge permet en réalité de soustraire aux juridictions des contentieux nombreux, exigeants et très techniques, nécessitant la consultations d'experts ce qui occasionne un fort ralentissement de la procédure. Grâce aux AAI, les experts peuvent se saisir et prononcer directement des sanctions, ce qui participe activement au désengorgement des tribunaux.

Édicter des règles, assurer leur exécution et sanctionner leur non-respect sont des prérogatives de puissance publique qui se conjuguent au sein des AAI. Certes leur « quasi » autonomie et omnipotence assurent à la fois indépendance et efficacité, mais un tel potentiel ne peut, dans un État de droit, s'exercer en toute liberté. Cette hybridité des AAI, bien qu'indispensable, est donc nécessairement contrôlée.

II - UNE HYBRIDITÉ MAÎTRISÉE

Le fait de confier, à des organes indépendants du pouvoir central, des fonctions de régulation peut s'analyser, comme le dit Jacques Chevallier, en « un modèle nouveau de type polycentrique caractérisé par la coexistence de plusieurs

(35) M. J. Guédon, op. cit., p. 119.

centres de décision et de responsabilité » (36), mais aussi comme une « forme d'auto-limitation du pouvoir exécutif central » (37) car c'est sur son initiative que les cartes changent de main. Le tableau presque idyllique dressé en première partie, mettant en avant l'utilité de ces institutions, doit être nuancé car, comme nous allons le voir ce polycentrisme pourrait s'analyser en réalité comme un « écran » dressé entre l'opinion publique et le pouvoir politique. Cette analyse critique de la « face cachée » des AAI s'articulera autour de la maîtrise de leur indépendance (A) et du contrôle de leurs pouvoirs (B).

A - Une indépendance relative

La relativité de cette indépendance sera étudiée sous un angle organique et fonctionnel.

1 - L'indépendance organique

Deux éléments nuancent l'indépendance de ces autorités : la nomination des membres et la composition.

a - La nomination

Par principe, la nomination ne peut pleinement participer à l'exigence démocratique de la représentation. Cependant, exécutée avec impartialité et neutralité, elle peut assurer plus efficacement l'effectivité de l'indépendance. L'élection, elle aussi, pour offrir des garanties suffisantes, dépend du statut et de l'implication des électeurs. Ce n'est donc qu'au cas-par-cas qu'il sera possible de déceler d'éventuelles lacunes dans la désignation des membres de ces autorités puisque, une fois encore, aucun régime global n'existe.

Premier constat : dans la presque totalité des AAI, plusieurs membres sont nommés par décret pris en conseil des ministres et plus rarement par décret du Président de la République (les neuf membres du CSA ainsi que leur président) ou par arrêté pris par le ministre chargé du secteur concerné. Il ne s'agit parfois que d'un seul membre, c'est le cas pour la COB (son président), mais le plus souvent c'est la totalité des membres qui est désignée par une autorité politique, il en est ainsi pour : le CSA, le conseil de la concurrence, la commission des clauses abusives, la commission de sécurité des consommateurs, la commission des sondages, la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques ou encore le comité national d'évaluation des établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel.

Lorsqu'ils ne sont pas nommés par décret ou par arrêté, les membres le sont par les assemblées générales des autorités dont ils sont issus : le Conseil d'État, la Cour de Cassation ou la Cour des Comptes.

Ce type de désignation ne permet pas, à lui seul, de remettre catégoriquement en question l'indépendance de ces autorités de régulation, mais il incite naturellement à douter de leur réelle dépolitisation pourtant indissociable de l'impératif de stabilité nécessaire à la réalisation des projets les plus audacieux.

Pour conclure, il est important de noter que l'élection du président, par et parmi les membres, n'est qu'exceptionnellement retenue (pour la CNIL et la

(36) Op. cit.

(37) R. Chapus, op. cit., p. 157.

commission des comptes de campagne), les présidents étant plus fréquemment nommés par décret en conseil des ministres parmi les membres du Conseil d'État.

b - La composition des AAI

Si de nombreux membres peuvent, par leur simple statut, imposer un sentiment d'indépendance, d'autres au contraire sèment le doute.

Mis à part le comité national d'évaluation des établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel, le comité de la réglementation bancaire, le comité des établissements de crédit, la commission bancaire et le CSA, toutes les AAI comportent un ou plusieurs membres issus de la magistrature.

Parfois par contre, la présence de membres d'autorités politiques ternies quelques peu l'image indépendante des AAI : membres du Sénat ou de l'Assemblée (CNIL et CADA), d'un conseil général ou municipal (CADA), représentant du premier ministre (CADA), jusqu'au ministre chargé de l'économie et des finances qui préside personnellement le comité de réglementation bancaire!

Quelques fois le législateur n'impose l'appartenance à aucune fonction spécifique (c'est le cas pour le CSA) ce qui permet alors aux pouvoirs politiques de « placer » discrétionnairement qui bon leur semble, ce qui a déjà par le passé soulevé quelques polémiques abondamment relayées par la presse.

Le Médiateur de la République, quant à lui, est nommé de la façon la « moins apolitique » qui soit puisqu'il est librement choisi par le Président de la République puis nommé par décret.

La suspicion générée par ces pratiques est préjudiciable à la crédibilité des AAI souvent qualifiées « d'autorités morales » et qui ne peuvent se passer de la confiance des citoyens. Mais restons optimiste comme Jean-Michel Galabert pour qui « le mode de désignation des AAI n'est pas, finalement, un problème capital [...], le problème de l'indépendance se pose après... les institutions valent ce que valent les hommes! » (38).

Enfin il convient d'ajouter que, grâce aux règles statutaires, les membres d'autorités indépendantes sont préservés des pressions une fois installés dans leur nouvelle fonction. D'une part, la durée du mandat : de trois à six ans (neuf ans pour les anciennes Haute Autorité et CNCL) ; un mandat trop court ne permettant pas de réaliser les projets les plus complexes, trop long il peut constituer un frein à la carrière des membres ainsi qu'un risque de démotivation. La limite d'âge mettant fin aux fonctions ayant justifiées la nomination d'un membre ne met pas pour autant fin par ricochet à son mandat dans l'AAI tel que l'a décidé le Conseil d'État (39). Ce mandat est parfois explicitement qualifié de non révocable et de non renouvelable par la loi, mais ce n'est malheureusement que rarement le cas malgré l'importance de telles qualités. D'autre part, il faut également mentionner l'existence d'incompatibilités et de cas d'inéligibilités dont le contenu varie d'une autorité à une autre, en fonction des particularités du secteur concerné.

Autre indépendance à relativiser : l'indépendance fonctionnelle.

(38) In *Les AAI*, Colliard et Timsit, op. cit., p. 284.

(39) C.E., 7 juillet 1989, Ordonneau, Rec. p. 161 : le président de la commission de la concurrence était un conseiller d'État nommé pour six ans, l'atteinte de la limite d'âge mettant fin à ses fonctions de conseiller ne met pas pour autant fin au mandat de président de la commission.

2 - L'indépendance fonctionnelle

Elle repose tout d'abord sur l'absence de subordination. Les AAI ne sont pas soumises au contrôle de tutelle ni au contrôle administratif qui s'exerce traditionnellement sur les établissements publics et les collectivités locales. Ces organes sont donc soustraits à l'autorité d'un supérieur hiérarchique et échappent à tout lien de subordination ce qui, dans le cadre des attributions définies par la loi créatrice, leur offrirait une grande liberté décisionnelle. Cependant, cette pièce maîtresse n'est que très rarement prévue explicitement par la loi, ainsi seules les lois instituant le Médiateur et la CNIL disposent qu'elles « ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité ».

C'est ensuite l'autonomie d'organisation dont bénéficient ces autorités qui permet de parler d'indépendance. Par le pouvoir d'édicter leur règlement intérieur, qui n'est, une fois encore, pas explicitement reconnu dans tous les textes créateurs, les AAI définissent leur programme d'activité, leurs conditions de fonctionnement et l'organisation de leurs services voir pour certaines, les règles de procédure applicables devant elles.

L'indépendance fonctionnelle doit être tempérée dans deux autres domaines. D'une part sur le plan de l'autonomie matérielle très réduite du fait que, mise à part la COB, qui peut percevoir des redevances sur les personnes publiques ou privées qui justifient une intervention de sa part (40), les AAI reçoivent des crédits inscrits au budget des ministères de rattachement (41) ou au budget du Premier ministre pour la CADA, le CSA et le médiateur. De plus ces administrations de rattachement leur procurent également locaux et personnel. D'autre part c'est l'absence de personnalité juridique qui nuance une fois de plus l'indépendance annoncée, car de ce fait elles ne sont pas juridiquement séparées de l'État qu'elles représentent et ne sont pas directement responsables de leurs actes.

Si, comme nous venons de le voir, les AAI ne sont pas dotées d'une complète indépendance pourtant mise en avant, la régulation du secteur dont elles ont la charge ne peut pas, elle non plus, être réellement qualifiée d'autonome.

B - Le contrôle des pouvoirs

L'autonomie des autorités indépendantes est, dans les faits, fortement diminuée par le contrôle du Conseil Constitutionnel puis par les contraintes inhérentes à l'intégration de ces autorités dans le système juridique.

1 - Les pouvoirs des autorités de régulation et la constitution

Les pouvoirs de coercition ayant été préalablement étudiés, nous nous attarderons essentiellement sur le pouvoir normatif de ces autorités.

Les AAI sont dotées des moyens nécessaires à l'accomplissement de leur fonction de régulation impliquant la prise de décisions. Ces décisions peuvent être individuelles (autorisation, agrément, injonction,...), mais elles peuvent revêtir un caractère réglementaire.

La reconnaissance d'un pouvoir normatif souleva de nombreuses controverses vis-à-vis des deux pouvoirs concurrencés : le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire.

(40) Faculté reconnue par la loi du 29 décembre 1984.

(41) Le ministère de l'économie et des finances pour le conseil de la concurrence, par exemple.

a - Le législateur peut-il octroyer un pouvoir réglementaire à une AAI ?

D'après l'article 21 de la constitution seul le premier ministre dispose du pouvoir réglementaire pour assurer l'exécution des lois ; pouvoir qu'il peut éventuellement déléguer de façon très ponctuelle à un de ces ministres, précise le texte. A contrario, aucune autre autorité ne pourrait donc exercer ce pouvoir. Une interprétation stricte de cet article rendrait la majeure partie des textes instituant une AAI inconstitutionnelle.

En 1986, le Conseil Constitutionnel, saisi de la conformité de la loi relative à la liberté de communication, devait alors se prononcer sur la validité de l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité indépendante de l'État. Il le fit en énonçant que si l'article 21 confère au Premier ministre « l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national, il ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État le soin de fixer [...] des normes permettant de mettre en oeuvre une loi » (42). Cette interprétation très libre traduisait la conscience qu'avait le Conseil des nouveaux besoins sociaux, et entérina d'un coup l'institution des AAI. Cette volonté sera rapidement confirmée par les décisions des 17 et 28 janvier 1989 concernant respectivement le CSA et la COB (43). Au surplus de cet apport « politique », le Conseil reconnaît en la loi la source principale d'un tel pouvoir et refuse de qualifier cette « habilitation » de délégation. Par cette décision elle préserve la compétence législative et vérifiera par la suite qu'il n'y a pas un complet abandon de sa compétence par le législateur.

Ainsi, le Conseil exige que la loi encadre précisément les pouvoirs conférés : dans sa décision *Haute autorité* de 1984 (44), il estime que le législateur a méconnu sa compétence en abandonnant au pouvoir réglementaire créé la détermination du champ d'application de la loi ; il condamna également le pouvoir donné à la CNCL d'autoriser l'usage des fréquences en raison de « l'insuffisance des règles énoncées par la loi... » (45) ; de même en 1996 s'agissant de l'ART, le législateur n'ayant pas fixé lui-même les garanties nécessaires à la sauvegarde de la liberté de communication (46).

La possibilité d'attribuer un pouvoir réglementaire à une AAI est donc reconnue, cependant ce pouvoir est fortement limité « tant par son champ d'application que par son contenu » (47).

b - Le pouvoir réglementaire des autorités de régulation et le pouvoir exécutif

Par sa décision CNCL de septembre 1986, le Conseil a écarté l'idée d'un « monopole » général du premier ministre en matière réglementaire et admet que le législateur diversifie les titulaires du pouvoir réglementaire au profit d'une « autorité de l'État ». Pourtant il a préservé la compétence réglementaire du Premier ministre dans cette même décision en limitant la portée de cette compétence normative : - son

(42) Décision n° 86-217, op. cit.

(43) C. const. n° 89-248 DC, 17 janvier 1989, CSA, RJC - I - 339 et n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, COB, RJC - I - 365.

(44) C. const. n° 84-173 DC, 26 juillet 1984, RJC - I - 187.

(45) C. const. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, Rec. 141.

(46) C. const. n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, Rec. 99.

(47) C. const. n° 89-248 DC, op. cit.

domaine doit être précisément déterminé par le législateur (il ne peut donc s'agir que d'un pouvoir spécial) ;

- son exercice est conditionné par l'action préalable du législateur ;
- ce pouvoir réglementaire ne peut subordonner le pouvoir réglementaire général du Premier ministre.

2 - Le contrôle de l'activité des AAI

Au cours de leur existence, les AAI subissent, par leur intégration au système étatique, trois types de contrôle : un contrôle politique, mais aussi et surtout un contrôle juridictionnel.

a - Le contrôle politique

Les AAI ne tombent pas sous le coup de l'article 20 de la constitution selon lequel le gouvernement dispose de l'administration, car c'est de l'administration centrale, dont ces autorités se démarquent, qu'il s'agit pourtant, comme nous l'avons vu, l'exécutif reste présent dans la composition de certaines d'entre-elles par la présence d'un ministre, d'un représentant du Premier ministre, ou d'un Commissaire du Gouvernement. Si la CNIL ne souffre pas de la présence d'un Commissaire du Gouvernement en son sein ne disposant d'aucun pouvoir de veto, la COB en revanche bénéficie d'une indépendance contrôlée dans les faits par le ministre de l'économie et des finances, mais c'est surtout le comité de la réglementation bancaire présidé par ce même ministre qui ne peut absolument pas prétendre à une réelle indépendance. Enfin, toutes ces autorités doivent rendre compte de leur activité dans un rapport annuel adressé au gouvernement, mais également lors des discussions budgétaires qui permettent un contrôle et une justification des résultats obtenus au cours de l'année.

Le parlement lui aussi exerce un contrôle indirectement par l'exercice de son pouvoir de nomination ou directement par la présence de députés et sénateurs, mais aussi par le biais de la discussion budgétaire lors de laquelle il peut, tout comme l'exécutif, poser des questions et émettre des critiques. Mais c'est dans le principe du parallélisme des formes que se trouve l'essentiel du pouvoir de contrôle du parlement : tout ce qui a été créé par le parlement peut être défait de la même façon. L'autorité n'obtenant pas les résultats escomptés pourra être dissoute ou profondément modifiée.

b - Le contrôle juridictionnel

Au départ qualifié d'incompatible avec l'existence même des AAI, le contrôle juridictionnel c'est rapidement révélé incontournable. En effet, comment imaginer, dans un État de droit, une telle immunité juridictionnelle, privant les citoyens de tout recours devant une nouvelle formation. Les droits fondamentaux auraient été bafoués si le Conseil d'État, par l'arrêt *Retail* du 10 juillet 1981 (48), n'avait pas reconnu la compétence du juge administratif pour statuer sur la légalité des décisions prises par le Médiateur. Par cette décision le C.E. a procédé à l'application de l'ordonnance du 31 juillet 1945, prévoyant la soumission des « autorités administratives » au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Parfois cependant, le législateur peut décider que le contentieux des décisions d'une AAI en particulier sera soumis à une autre autorité judiciaire. C'est ce qu'il fit

(48) Voir notamment RDP, 1981, p. 140.

avec le conseil de la concurrence dont-il confia le contentieux au juge judiciaire, plus compétent en la matière. La loi du 2 août 1989 procéda à la même modification à propos de la COB. Le contrôle de légalité ouvert par la voie du recours pour excès de pouvoir s'applique aussi bien à la légalité externe de l'acte (compétence de l'autorité), qu'à sa légalité interne (respect de la règle de droit).

Enfin le contrôle ne peut déboucher que sur la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique, puisque les AAI n'ont ni personnalité juridique, ni patrimoine propre.

CONCLUSION

Les instances de régulation sont des experts indépendants dotés de prérogatives de puissance publique. La politique législative, qui leur confie la protection des libertés dans certains domaines dits « sensibles », tend vers un fragile équilibre entre des impératifs d'indépendance et de contrôle. Cet équilibre ne se trouve qu'au cas-par-cas en fonction du degré de technicité et de « sensibilité ». La composition, le fonctionnement et les attributions de ces organes sont donc en étroite relation avec les besoins à combler dans le secteur considéré. Aucune « théorie générale des AAI » n'est envisageable puisqu'elle renierait l'hétérogénéité qui les caractérise. Leur seul véritable point commun résiderait dans leur difficile intégration au système juridique ; le Conseil Constitutionnel encourageant ou réfrénant tour à tour les élans créateurs du législateur.

Si l'efficacité des AAI n'est plus à mettre en doute aujourd'hui, la question de la réalité de leur indépendance reste d'actualité : ces créations constituent-elles une nouvelle technique incontournable de régulation, ou bien ne sont-elles qu'un écran dissimulant un mode indirect d'intervention de l'État ? Dans les deux cas, une inflation de leur nombre serait à craindre par la complexité et le manque de coordination qu'elle engendrerait inexorablement. Le Conseil Constitutionnel serait alors impuissant, laissant place au libre-arbitre du législateur conscient des conséquences qu'une telle inflation pourrait avoir sur la légitimité de ces autorités.

Les français craindraient-ils de voir se réaliser la prophétie de George Orwell au point qu'un « gouvernement des sages » doivent succéder à un « gouvernement des juges » ?