

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE ET DÉLÉGATION DE COMPÉTENCE NORMATIVE (Essai de synthèse)

Par

Jean-Louis BERGEL

*Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences
d'Aix-Marseille*

Dans le monde moderne, le processus classique de production de normes par les instances traditionnelles des sociétés démocratiques paraît inadapté aux exigences de certains secteurs clés de la vie sociale. En matière d'éthique, d'information, de communication, de concurrence, de marchés financiers ..., l'intervention exclusive et directe de l'État, par l'intermédiaire du Parlement ou du pouvoir exécutif, semble désormais inappropriée au règlement de problèmes sensibles, techniquement complexes et en constante évolution.

L'apparition d'instances nouvelles dotées d'une certaine indépendance dans le processus de production des normes et susceptibles d'en diversifier les sources, aux États-Unis avec les « independant agencies » puis en Grande Bretagne, est un phénomène qui n'a pas épargné la France. Dès les années 1970, diverses « autorités administratives indépendantes » (AAI) y ont été instituées, dans des contextes divers, pour répondre à des problèmes spécifiques à divers secteurs déterminés. Le rapport public du Conseil d'État en 2001 (La documentation française, études et documents, n° 52) a recensé 34 organismes administratifs susceptibles d'être qualifiés d'autorités administratives indépendantes, qu'elles soient qualifiées comme telles par la loi ou par la jurisprudence, ou qu'elles répondent aux critères dégagés par le Conseil d'État.

Il s'agit de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), du Médiateur de la République, du Comité National d'Évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), de la Commission de Contrôle des Campagnes Électorales et des Financements Politiques (CCEFP), de la Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité (CNCIS), de la Commission des Opérations de Bourse (COB), de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART), de la Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale (CCSDN), du Conseil de Prévention et de Lutte contre le Dopage (CPLD), de l'Autorité de Contrôle des Nuisances Sonores Aéroportuaires (ACNUSA), de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité ... ou encore de la

Commission des sondages, de la Commission de Régulation de l'Électricité, du Bureau Central de Tarifications, du Conseil de la Concurrence, de la Commission de Contrôle des Assurances, voire de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA), du Conseil des Marchés Financiers (CMF), du Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE)...

En dépit de leur hétérogénéité, certains de ces organismes sont investis de missions de régulation et dotés d'un véritable pouvoir réglementaire, indépendamment des autres prérogatives d'investigation, de contrôle ou de sanction qui leur sont reconnus.

Cette situation, qui implique une multiplication des niveaux de régulation et une diversification des compétences réglementaires, affecte manifestement le processus de création normative, ce qui, outre des questions institutionnelles et des risques inhérents à toute dispersion, pose des problèmes divers d'origine, de contrôle et de portée des normes émanant de ces organes.

Cette évolution des sources du droit répond à des *mutations de politique législative* (I) et implique des *transformations des techniques régulatrices* (II).

I - LES MUTATIONS DE POLITIQUE LÉGISLATIVE

Depuis que le Parlement, sous la troisième République, s'est vu contraint de déléguer au pouvoir exécutif une part de sa compétence législative et que la Constitution du 4 octobre 1958 a consacré l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome, des questions nouvelles de compétence, d'autorité et de cohérence du système normatif ont commencé à se poser. Il s'agit, en particulier, de déterminer les raisons et l'objet de ces sortes de délégations normatives et d'apprécier leur régularité constitutionnelle et institutionnelle. Ces problèmes deviennent toutefois plus aigus encore, lorsque la dispersion du pouvoir normatif s'accroît et quand des instances étrangères à l'appareil institutionnel se faufilent dans le processus de création des normes.

A - L'opportunité d'une diversification des instances régulatrices

La dispersion des sources de droit et la multiplication des instances régulatrices paraissent inhérentes aux sociétés actuelles dont la complexité implique une infinité de centres de décision, qu'il s'agisse des organes de puissance publique ou des divers acteurs de la vie sociale. Les pratiques actuelles de délégation de l'action normative à des autorités administratives indépendantes, aux avis des juridictions suprêmes ou à d'autres instances, en particulier, ont des causes diverses.

Elles tiennent d'abord à l'ampleur de la tâche de régulation des activités économiques et des secteurs d'activités nouvelles, ainsi qu'à l'explosion technologique des sociétés modernes... Elles tiennent aussi à la nécessaire *technicité des textes*, à l'incidence des exigences socioéconomiques, à la nécessité d'une meilleure concrétisation des règles, au désir de favoriser leur adaptabilité et à la nécessité de prolonger les principes dans une réglementation plus opérationnelle...

Le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire sont dépassés par ces exigences. Mais ils doivent conserver la maîtrise de la création normative pour des raisons à la fois constitutionnelles, de démocratie, et de stratégie du pouvoir politique qui ne peut abandonner ses prérogatives.

Ils doivent néanmoins « concéder » à des organes spécialisés d'action permanente, dans les divers secteurs considérés, une part de la création normative. Dans des secteurs politiquement sensibles, comme celui de l'information ou de la communication, la mainmise de l'État paraît attentatoire aux libertés essentielles et

aux principes démocratiques. Il est donc nécessaire, ou pour le moins opportun, de confier les pouvoirs de régulation, d'organisation, de contrôle voire de sanction, dans de tels domaines, à des organismes qui agissent au nom de l'État et disposent d'un véritable pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement. Ce phénomène de délégation de la régulation d'activités très diverses à des institutions indépendantes mais soumises au contrôle de la puissance publique permet d'éviter une intervention directe de l'État, qui serait inopportune ou inappropriée, tout en conservant de bonnes garanties d'insertion des compétences régulatrices dans l'appareil d'État.

L'attribution du pouvoir réglementaire à des autorités locales ou à des établissements publics relève de problématiques particulières, étrangères à ce phénomène de délégation. En revanche, l'attribution d'un pouvoir réglementaire spécial à des autorités administratives indépendantes, voire à des ordres professionnels, quand elle est concédée par le législateur ou entérinée par lui, relève bien du processus de production normative déléguée par le Parlement ou l'exécutif qui parviennent ainsi à s'en décharger, tout en conservant le contrôle.

Cela procède toutefois d'une politique législative nouvelle par rapport aux schémas classiques.

À l'époque moderne, la politique législative délaisse en effet l'édiction de normes techniques de pur droit positif directement opposables aux usagers, au profit d'une « *législation finalisée* », fondée sur des objectifs déterminés par le pouvoir politique, mais dont la mise en œuvre opérationnelle est confiée à d'autres instances que le Gouvernement et l'Administration.

Cela correspond à la création d'instances ad hoc, chargées d'une activité normative de régulation des secteurs concernés, pour la réalisation des objectifs qu'indique la loi.

La Commission Nationale de la Communication et des Libertés (CNCL), remplacée par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) par la loi du 17 janvier 1989, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), créée par la loi du 6 janvier 1978, la Commission des Opérations de Bourse (COB), l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART)... en sont, parmi d'autres, le témoignage en dépit de leur hétérogénéité et de la diversité de leurs missions et de leurs pouvoirs.

Cette mise en œuvre suppose donc une sorte de *répartition de l'activité normative* entre les pouvoirs qui en sont traditionnellement et constitutionnellement investis et des organes indépendants et spécialisés. Mais cette dispersion normative ne doit pas affecter la cohérence du système juridique, ce qui suppose une coordination des délégants et des délégataires et un strict encadrement de ces derniers par ceux-là.

Il s'agit aussi, dans des secteurs essentiels de la vie sociale comme l'information, la communication, l'économie, les marchés financiers, la consommation..., au carrefour des exigences techniques et opérationnelles et des libertés essentielles, de privilégier une nécessaire concertation des pouvoirs publics avec les acteurs eux-mêmes, avec les intéressés et avec les usagers, pour garantir l'acceptabilité et l'effectivité des règles à édicter.

Enfin, ces matières impliquent également une *adaptation permanente des règles*, même si leur mutabilité engendre une certaine instabilité, sans laquelle l'évolution et la flexibilité nécessaires en ces matières seraient impossibles.

B - La régularité d'une diversification des instances régulatrices

Le recours à de telles instances de régulation affecte nécessairement, néanmoins, le schéma institutionnel français, au point que le Conseil d'État s'en était alarmé, dans son rapport de 1987, selon lequel « ces autorités administratives indépendantes constituent une catégorie non prévue par le constituant et difficilement conciliable avec l'équilibre des pouvoirs mis en place par lui » (Rapport de la section du rapport et des études du Conseil d'État, EDCE, 1987, p. 53). De même, le droit public français ne semble pas reconnaître de pouvoirs réglementaires issus de leurs missions propres aux ordres professionnels ou aux autres organismes professionnels de caractère corporatiste (J.-Y. Cherot, supra, p. et s.). Les instances de régulation, dotées d'un pouvoir réglementaire délégué, posent manifestement des problèmes de constitutionnalité.

On sait que, selon l'article 21 de la Constitution du 4 octobre 1958, « le Premier ministre ... assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire... ». Mais ce texte prévoit seulement qu'il « peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres ». La régularité constitutionnelle du pouvoir normatif d'autorités autres que le Premier ministre ou les ministres délégués est donc manifestement problématique.

C'est ainsi que « la question de la conformité à l'article 21 de la Constitution de l'attribution par la loi d'un pouvoir de fixer des règles pour l'application d'une loi à une autorité administrative nationale autre que le Premier ministre a fait l'objet de sept décisions du Conseil Constitutionnel » (J.-Y. Cherot, supra, p. et s.).

Deux principes semblent résulter de ces décisions. D'une part, les dispositions de l'article 21 de la Constitution, relatives à l'exécution des lois et à l'exercice du pouvoir réglementaire, « ne font pas obstacles 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 » (Cons. const. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, CNCL, RJC, I, p. 283). Plus précisément, cette compétence « doit s'exercer dans le respect des principes posés par le législateur et sous le contrôle du ministre... et, le cas échéant, du gouvernement » (Cons. const. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, COB).

D'autre part, si le législateur peut confier 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 par leur champ d'application que par leur contenu » (Cons. const. n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, CSA, RJC, I, p. 139 ; Cons. const., n° 89-260 DC 28 juillet 1989, COB ; Cons. const. n° 91-304 DC 15 janvier 1992, Liberté de Communication, RJC, I, p. 481 ; Cons. const. n° 93-324 DC, 3 août 1993, Banque de France, RJC, I, p. 537).

Ainsi, pour ne pas porter atteinte aux pouvoirs et attributions des institutions de la République, la délégation du pouvoir normatif à d'autres autorités que le Premier ministre doit être strictement encadrée par les lois et règlements, limitée à la mise en œuvre d'une loi et ne concerner que des mesures de portée limitée par leur champ d'application et leur contenu. Autrement dit, le législateur ne saurait déléguer sa propre compétence législative à d'autres autorités et peut seulement les habiliter à fixer des normes permettant de mettre en œuvre la loi, ce qui revient justement à faire appliquer la loi. Cela n'est pas contraire au pouvoir réglementaire du Premier ministre, s'il ne s'agit que d'un pouvoir réglementaire spécial, et non général, confié à certains organismes par le législateur lui-même, dans le cadre défini à la fois par

les lois et les règlements, c'est à dire strictement encadrés et contrôlés. Il ne saurait s'agir d'une compétence réglementaire « réservée », parce que garantie par le législateur qui serait seul compétent pour ce faire, mais seulement d'une compétence réglementaire « résiduelle », en ce qu'elle ne peut empiéter sur le pouvoir constitutionnel général de mise en œuvre des lois qui appartient au Premier ministre. En définitive, le pouvoir régulateur susceptible d'être délégué à de telles instances paraît confiné dans une sorte de « petit droit », une régulation purement technique... Toutefois, au delà de ces limites de principe, c'est bien cette réglementation de détail qui donne vie à des lois qui intéressent des secteurs stratégiques de la vie sociale et des libertés fondamentales. En y renonçant et en la confiant à des instances étrangères aux pouvoirs législatif et exécutif traditionnels, on procède malgré tout à un transfert du pouvoir normatif à d'autres que ces titulaires institutionnels.

Cela implique aussi une transformation des techniques régulatrices.

II - LES TRANSFORMATIONS DES TECHNIQUES RÉGULATRICES

La création des autorités administratives indépendantes est « davantage le fruit du hasard que d'un schéma préconçu. Elles sont le plus souvent nées pour résoudre un problème donné à un moment donné » (R. Denoix de Saint Marc « présentation du rapport public 2001 du Conseil d'État », La doc. française, études et documents, n° 52). Elles sont le fruit d'un « phénomène de réaction » devant un cadre étatique trop rigide, trop lourd ou manquant d'indépendance. Ces organes « hybrides » se sont développés en dehors de toute structure préexistante. Cela explique leur hétérogénéité (S. Renaud, V. supra, p. ... et s.). La diversité de leurs statuts respectifs de leurs missions et de leurs pouvoirs n'exclut pourtant pas une tentative de définition de leurs techniques de régulation, qu'il s'agisse de leurs modes d'action (A) ou d'expression (B).

A - Les modes d'action régulatrice

L'analyse des pouvoirs des diverses autorités administratives indépendantes et des ordres professionnels démontre que ces diverses instances ont, selon les cas, un pouvoir normatif direct ou, simplement, un rôle d'inspiration des normes qu'édicte le pouvoir législatif ou réglementaire, si bien que leur action régulatrice n'est qu'indirecte. Une même instance peut d'ailleurs, selon les cas, avoir une fonction directe ou indirecte de régulation.

La Commission Nationale Informatique et Liberté (CNIL) a été dotée par la loi du 6 janvier 1978 d'un pouvoir réglementaire direct « dans les cas prévus par la loi » (art. 6), c'est à dire pour l'élaboration de normes simplifiées (art. 17) et pour l'établissement de règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes (art. 21, 3°). Ce pouvoir direct a d'ailleurs une portée particulière puisque « ces deux types de règlements sont, l'un et l'autre, susceptibles d'entrer dans l'élément légal de certaines des incriminations en la matière » (R. Gassin, supra, p. ... et s.). De même, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a le pouvoir d'édicter un certain nombre de règles générales ; mais ce pouvoir réglementaire direct qui lui a été concédé par le législateur, plus restreint que celui précédemment conféré à la Commission Nationale de la Communication et des Libertés (CNCL) par la loi du 30 septembre 1986, se limite à la fixation de conditions techniques d'usage des fréquences pour la diffusion de services de communications par voie hertzienne terrestre, à celle des règles concernant les conditions de production, aux modalités de programmation et de diffusion des émissions relatives aux campagnes électorales et

au pouvoir de fixer les règles relatives aux conditions de diffusion de messages d'alerte sanitaire sur certaines chaînes (F. Haid, V. supra, p. ... et s.). La commission des sondages paraît également bénéficier d'un pouvoir normatif direct pour définir les clauses devant figurer obligatoirement dans les contrats de vente des sondages (V. Rouit, supra, p. ... et s.).

Quant à la Commission de Régulation de l'Électricité (CRE), créée par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, conformément à la directive n° 96-92-CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996, elle est dotée (loi 10 février 2000, art. 37) du pouvoir de préciser par décision publiée au Journal Officiel, en tant que de besoin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires, les missions des gestionnaires de réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, les conditions de raccordement au réseau public de transport et de distribution d'électricité, les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, la mise en œuvre et l'ajustement des programmes d'appel d'approvisionnement et de consommation et la compensation financière des écarts, la conclusion de contrats, d'achat et de protocoles par les gestionnaires de réseaux publics de transport ou de distribution et des périmètres de chacune des activités comptablement séparées, les règles d'imputation comptable appliquées pour obtenir les comptes séparés et les principes déterminant les relations financières entre ces activités. Ce pouvoir réglementaire n'est d'ailleurs pas soumis à homologation par le ministre compétent (J.-V. Borel, supra, p. ... et s.). Certaines institutions en matière bancaire et financière ont également un pouvoir réglementaire direct. (J.-J. Alexandre-Souyris, supra, p. ... et s.). C'est le cas du Comité de la Régulation Bancaire et Financière (CRBF) qui a compétence pour fixer les prescriptions d'ordre général applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement pour toute une série de questions essentielles à l'exercice de leur activité (Code monétaire et financier, art. L. 611-2). C'est le cas aussi pour la Commission des Opérations de Bourse (COB) qui peut prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ou prescrivant des règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux personnes faisant publiquement appel à l'épargne, ainsi qu'aux personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans des opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres (CMF, art. L. 621-6).

Toutefois, les règlements de la CRBF comme ceux de la COB sont soumis à l'homologation du ministre chargé de l'économie, par arrêtés, si bien que leur pouvoir normatif n'est ni totalement direct, ni réellement autonome. Il en est de même pour le pouvoir normatif de l'ART.

Il en va à peu près de même aussi pour les ordres et autres organismes professionnels, personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public, qui ont pour mission d'élaborer un code de déontologie, mais ne l'édicte pas : sauf pour les vétérinaires, les lois prévoient que l'adoption des codes de déontologie des ordres professionnels relève du pouvoir réglementaire du Premier ministre qui les édicte sous la forme d'un décret en Conseil d'État (J.-Y. Chérot, supra, p. ... et s. ; J.-L. Bergel, (dir.), « Droit et déontologies professionnelles, Libr. Univ., Aix en Provence, 1997).

Toutes les autorités administratives indépendantes disposent, en revanche, d'un pouvoir normatif indirect sous forme d'avis, conformes ou simples, motivés ou non, et de pouvoirs de proposition ou de recommandation, voire d'élaboration et de préparation des textes législatifs ou réglementaires.

Qu'il s'agisse de la CNIL, du CSA, de la Commission des Sondages ou de la Commission de Régulation de l'Électricité, les autorités dotées d'un pouvoir

normatif direct remplissent également diverses fonctions consultatives ou de proposition. Elles sont alors saisies pour avis par les ministres ou d'autres instances, ou disposent de pouvoir de proposition de mesures législatives ou réglementaires, ou reçoivent un pouvoir de recommandation. Ces avis, propositions ou recommandations, font partie intégrante du processus d'élaboration des normes considérées et s'imposent parfois au pouvoir réglementaire. C'est dire que ces autorités, comme les organes professionnels en matière de déontologie, disposent d'un réel pouvoir normatif, même s'il n'est qu'indirect, puisqu'en définitive c'est le parlement ou le pouvoir réglementaire qui édicte les normes correspondantes.

Certaines instances ne disposent même que d'un pouvoir normatif indirect, sans aucune compétence de régulation directe. C'est en particulier le cas, pour les institutions bancaires et financières, du Conseil National du Crédit (Code mon. et fin., art. L. 614-1) qui n'est qu'une institution consultative chargée d'étudier les conditions de fonctionnement du système bancaire et financier et, maintenant, de la Commission Bancaire qui, après avoir été dotée d'un pouvoir réglementaire, en est maintenant dépourvue (J.-J. Alexandre Souyris, supra, p. ... et s.).

Dans un tout autre domaine, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) n'a aucun pouvoir de décision et n'émet que des avis consultatifs ou des recommandations en matière de biomédecine, sur des principes fondamentaux touchant à la vie, à la dignité humaine et, plus généralement, à l'éthique de la société française. À chacun son rôle : aux experts la réflexion, au législateur la loi, au juge son application. Si l'autorité des avis et recommandations du CCNE auprès du législateur est considérable, ce n'est pas pour autant à lui de légiférer ; mais son intervention dans le processus de régulation sur des questions aussi essentielles que l'embryon humain, le clonage reproductif, les greffes et, plus largement, la bioéthique a profondément transformé le processus normatif, à l'époque contemporaine (Ph. Pedrot, supra, p. ... et s.).

Cette transformation matérielle du processus d'élaboration des normes par l'intervention d'instances extérieures à l'appareil constitutionnel implique enfin de nouvelles modalités d'expression formelle des textes.

B - Les modes d'expression

Les modes d'expression de la norme ne peuvent qu'être affectés par cette dispersion du pouvoir normatif et par l'immixtion dans l'élaboration des textes d'instances étrangères au processus législatif ou réglementaire classique. Il s'agit de « techniques

législatives », c'est à dire de procédés de mise en œuvre des options de la « politique législative », autrement dit de l'art et de la technique de mise en forme des textes, comme du choix des modes d'expression et de rédaction de la norme. La loi elle-même, qui institue de nouvelles instances, détermine leurs missions et fixe leurs pouvoirs, en est transformée, tandis que toute la régulation dont l'élaboration, voire l'édiction, est confiée à ces instances paraîtrait insolite à de précédentes générations de juristes.

En effet, la loi proprement dite a un objet nouveau consistant à se focaliser sur la détermination des objectifs qualitatifs et quantitatifs qu'elle se doit d'énoncer, si bien qu'il s'agit moins de dispositions prescriptives que de normes finalisées. Pour ce faire, le législateur a de plus en plus recours à des notions floues et, moins que jadis, à des normes précises d'applicabilité immédiate. Il en résulte, pour les autorités déléguées d'un pouvoir normatif direct ou indirect, voire de compétences juridictionnelles, et en tout cas pour le juge, la doctrine et tous les interprètes de la loi, une obligation de « décodage » des textes, avant toute application. La nature

même du raisonnement juridique s'en trouve affectée, dans la mesure où la logique déductive classique doit désormais céder une place importante à une sorte de « logique floue »...

Pour le reste, le contenu de la loi est tributaire de cette nouvelle normativité. Il lui appartient non seulement d'instituer des organes d'un type nouveau, dotés d'une mission particulière, mais de préciser le statut des autorités en cause, leurs missions, leurs divers pouvoirs, leurs modes de fonctionnement, les modes d'expression de leurs décisions, les modalités de diffusion de ces décisions, les modes de contrôle à instaurer, la portée de leurs actes ...

Quant aux divers types de régulation émanant de ces nouvelles instances, qu'il s'agisse d'avis, de propositions ou de recommandations, ou encore de règles de droit positif, ils prennent des formes totalement différentes de celles de la loi traditionnelle... Si ces règles sont également générales, permanentes et abstraites, elles n'expriment guère de ces « grandes vues » et de ces « maximes générales du droit » qu'il était, selon Portalis, de « l'office de la loi » de fixer, ce qui excluait, selon lui, « de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». On n'y trouve, au contraire, que des dispositions techniques et de détail, de la petite réglementation plutôt que du grand droit. Mais cela est nécessaire, et ce sont souvent ces petites règles qui servent les grandes causes...