

LE CONSENTEMENT DU DROIT PUBLIC À LA « RÉGULATION » : UNE LECTURE DU RAPPORT 2001 DU CONSEIL D'ÉTAT

Bertrand du MARAIS²

Maître des Requêtes au Conseil d'État

Thème : Régulation économique - police des marchés

1 Un apport substantiel à la théorie des autorités administratives indépendantes	2
1.1 Une présentation très documentée du « phénomène AAI »	2
1.2 Un mode d'emploi et quelques rappels	4
2 Des critiques sur le fonctionnement des AAI.....	4
2.1 Un statut qui n'est pas pleinement appliqué.....	4
2.2 Vers l'apparition d'un « jacobinisme régulateur » ?	5
3 Un jugement d'ensemble mesuré	6
4 Quelques pistes pour prolonger la réflexion	7
4.1 L'influence des modèles étrangers sur le fonctionnement des régulateurs	7
4.2 Des conflits d'objectif non résolus	9
5 Une révolution administrative dont l'ampleur reste à évaluer ?	10
5.1 AAI et régulateurs : une différence de nature	10
5.2 De nouvelles méthodes de travail gouvernemental à inventer	10
5.3 Faut-il encourager la « malléabilité » du droit ?	12

¹ Compte tenu de l'importance de la matière et de la rapidité des évolutions de la jurisprudence qui l'affectent, cette seconde chronique, comme la première et quelques suivantes, prendront un aspect largement rétrospectif.

² Les propos tenus dans la présente chronique, ainsi que les erreurs qui y subsisteraient, n'engagent que leur auteur.

La régulation est à la mode. Elle devient même un fait. Dans son acception économique, elle recouvre la combinaison de trois types de politique publique qui s'exercent simultanément : ouverture à la concurrence d'activités autrefois appelées de « service public » ; privatisation de leurs fournisseurs publics ; gestion administrative de ces marchés par un « régulateur », organisme indépendant du pouvoir politique. La régulation est aujourd'hui érigée en réalité incontournable du débat public, en concept phare de l'économie publique et en attribut indispensable de toute science administrative un peu moderne.

Dans ce contexte, et connaissant l'origine anglo-saxonne de cette approche, il est instructif de voir comment l'Institution qui est la gardienne par excellence des dogmes et de la tradition du service public, pouvait appréhender cette espèce juridique étrange et nouvelle que constitue le « régulateur ». Le rapport public pour 2001 du Conseil d'État, dans ses considérations générales, en donne un intéressant exemple ³.

En un avertissement préalable, il faut souligner que le rapport du Conseil d'État couvre un champ d'étude plus large que celle des seuls « régulateurs » intervenant sur des marchés. Il traite en effet des autorités administratives indépendantes (AAI) en général. Celles-ci apparaissent comme le mode d'introduction naturel du système du Régulateur dans l'ordonnement juridique et institutionnel français. Elles correspondent à une formule déjà traditionnelle, apparue dès 1978 dans le but d'assurer la protection des libertés individuelles, sous la forme de la Commission Nationale de l'Informatique et des libertés (CNIL) créée par la loi 78-17 du 6 janvier 1978.

1 UN APPORT SUBSTANTIEL A LA THEORIE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

1.1 Une présentation très documentée du « phénomène AAI »

Il faut saluer le travail de recensement et de qualification entrepris par toute l'équipe dirigée par M. Pochard, Rapporteur général de la Section du rapport et des Etudes du Conseil d'État.

Pour la première fois, le juriste et le praticien de l'administration trouveront une liste exhaustive des AAI, grâce à un effort considérable de qualification des multiples organismes qui sont nés au cours des deux dernières décennies et qui constituent autant de « démembrements » de l'Etat central.

A partir du critère formel de leur dénomination par les textes constitutifs ou la jurisprudence constitutionnelle, le rapport identifie une trentaine d'AAI, classées en trois « cercles ».

Le « premier cercle » comprend treize autorités dont la qualification résulte clairement des textes ou de la jurisprudence constitutionnelle. Le « deuxième cercle » est composé de dix-

³ Conseil d'État, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », *Rapport public 2001, EDCE n° 52*, Paris, La documentation française, 2001 ; p. 253-386.

sept organismes qui présentent simultanément trois caractéristiques : l'autorité – être doté d'un pouvoir décisionnaire – de l'indépendance et de la nature administrative – être rattachée au pouvoir exécutif. Enfin, formant un « troisième cercle », quatre organismes présentent la plupart des caractéristiques des AAI.

En revanche, le Conseil d'État ne retient pas plusieurs organismes purement consultatifs, tels que le Comité national consultatif d'éthique. Il exclut pour la même raison le Conseil de la politique monétaire, organe directeur de la Banque de France qui a récemment perdu ses pouvoirs décisionnels au profit du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne. De façon un peu plus discutable, le Conseil d'État exclut également le Comité de la réglementation bancaire et financière, au motif de son absence d'indépendance à l'égard du ministère de l'économie et des finances.

Tableau : l'inventaire des AAI selon le Conseil d'État
(par ordre chronologique de qualification ou de création)

« Premier cercle »	« Deuxième cercle »	« Troisième cercle »
CNIL ; Médiateur de la République ; Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ; Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ; Commission de contrôle des campagnes électorales et des financements politiques ; Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) ; Commission des opérations de bourse (COB) ; Agence de régulation des télécommunications (ART) ; Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) ; Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPCD) ; Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA) ; Défenseur des enfants ; Commission nationale de déontologie de la sécurité	Commission centrale permanente des bénéficiaires agricoles ; Commission paritaire des publications et agences de presse ; Conseil supérieur de l'Agence France Presse, dont la portée des décisions est cependant réduite à la seule AFP ; Commission nationale de contrôle de la campagne relative à l'élection du Président de la République ; Commission des sondages ; Commission des infractions fiscales ; Bureau central de tarification des assurances ; Médiateur du cinéma ; Commission bancaire ; Comité des établissements de crédits et des entreprises d'investissements (CECEI) ; Commission des participations et des transferts ; Conseil de la concurrence ; Commission de contrôle des assurances ; Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance ; Commission nationale d'équipement commercial (CNEC) ; Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF) ; Commission de régulation de l'électricité (CRE)	Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ; Commission de sécurité des consommateurs ; Commission pour la transparence de la vie politique ; Conseil des marchés financiers (CMF).

1.2 Un mode d'emploi et quelques rappels

Plus utile encore, le rapport fait une présentation très détaillée du « mode d'emploi » de ces AAI : statut, organisation interne, nature du contrôle juridictionnel, cadre juridique des relations avec les autres autorités institutionnelles, etc.

A cet égard, le rapport rappelle quelques principes, qui sont parfois oubliés par les thuriféraires des AAI, épris d'indépendance. Certes, le régime classique des organismes d'Etat leur est appliqué avec beaucoup de tempéraments : globalisation du budget, suppression du contrôle financier a-priori, exception à l'obligation d'employer des fonctionnaires titulaires pour occuper les emplois permanents de l'Etat⁴. Néanmoins, malgré leur indépendance fonctionnelle, les AAI restent des organismes administratifs de l'Etat. A l'exception notable du Conseil des Marchés Financiers (CMF), qualifié par la loi 96-597 du 2 juillet 1996 « d'autorité professionnelle », elles sont dénuées de personnalité morale distincte, contrairement par exemple aux établissements publics. Comme tout organisme administratif, elles sont enfin soumises au contrôle de légalité⁵.

Cette présentation des AAI est menée de façon vivante, si ce n'est vive parfois. Remisant la « langue de bois », les auteurs du rapport émettent parfois de sévères critiques. C'est le cas pour décrire le fonctionnement interne de telle AAI – notamment le CSA – ou pour dénoncer les obstacles suscités par certaines règles ou modalités de gestion pourtant traditionnelles dans la sphère publique.

2 DES CRITIQUES SUR LE FONCTIONNEMENT DES AAI

2.1 Un statut qui n'est pas pleinement appliqué

Ainsi, les difficultés que rencontrent les AAI pour compléter leurs moyens humains par la voie du détachement de fonctionnaires sont à la fois justement soulignées et communes à l'ensemble des trois fonctions publiques.

De même, le rapport souligne clairement les limites pratiques de l'indépendance financière des AAI. Celles-ci sont majoritairement financées sur crédit budgétaire. Leur indépendance paraît alors toute relative y compris pour les AAI qui disposent, comme le CSA⁶, du pouvoir de proposer directement leur budget. De même, certaines Autorités peuvent bénéficier de recettes non budgétaires, levées sur leurs « ressortissants ». Contrairement à la COB et au

⁴ Les AAI sont ainsi implicitement visées au 4° de l'art. 1^{er} de la loi 83-481 du 11 juin 1983 portant titre I du statut général de la fonction publique, et repris encore plus précisément au 3° de l'article 3 de la loi 84-16 du 11 janvier 1984, portant Titre II du statut de la fonction publique. Cette dernière disposition renvoie à un décret en Conseil d'Etat, le soin de fixer le champ de cette dérogation, et donc la liste des organismes qui en bénéficient.

⁵ Selon la décision du Conseil constitutionnel 86-217 DC du 18 septembre 1986, *CNCL, Rec. Conseil constitutionnel*, p. 141.

⁶ Art. 7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, introduit par l'article 5 de la loi n° 89-25 du 18 janvier 1989.

CMF, des Autorités comme la CNIL ou l'ART n'usent pas en pratique de cette possibilité d'acquiescer à une réelle indépendance financière. D'ailleurs, le rapport s'interroge sur le bien fondé juridique de financer des missions de police administrative au moyen de « redevance pour services rendus ». La jurisprudence récente du Conseil d'État interdit en effet la couverture par ce type de recette des frais engagés au titre de fonctions régaliennes fournies universellement dans l'intérêt général ⁷.

2.2 Vers l'apparition d'un « jacobinisme régulateur » ?

Au-delà de ces apports très utiles d'un point de vue scientifique mais aussi pratique, deux réflexions de portée plus politique méritent d'être spécialement mentionnées. Elles mettent en évidence une évolution qui n'était pas nécessairement souhaitable pour les créateurs du modèle du Régulateur.

D'une part, le Conseil d'État, rejoignant ainsi une critique générale adressée au système des AAI, en rappelle de façon concrète l'absence de contrôle démocratique.

Selon les auteurs du rapport, il ne s'agit pas tant d'un vice de conception. Le rapport souligne plutôt la réticence du Parlement à utiliser les mécanismes de contrôle démocratique classique : discussion annuelle du Budget ; audition par les Commissions parlementaires, pourtant expressément prévue pour certaines AAI ; voire nomination des membres par les présidents des assemblées parlementaires. Et le Conseil d'État de souligner l'apparition d'un « conflit négatif de compétences ». Le Gouvernement ne peut contrôler des autorités qui lui sont par définition indépendantes alors que le Parlement reste étrangement absent de cette problématique.

D'autre part, le rapport met en évidence un phénomène nouveau et sans doute insoupçonné, en particulier des concepteurs anglo-saxons du modèle du « Régulateur ». Fruit d'un grand nombre d'auditions, le rapport démontre l'existence d'une certaine dérive technocratique qui se percevrait à plusieurs niveaux.

Ainsi, dans la gestion interne des AAI, les dysfonctionnements de la collégialité entraînent « la constitution d'un condominium formé d'une part du président ... et, d'autre part, du directeur ». Ces dysfonctionnements peuvent être inhérents à la constitution de l'Autorité, avec un faible nombre de membres permanents, ou résulter plutôt du fonctionnement naturel des structures. En particulier, les Régulateurs sont de plus en plus puissants dans des marchés toujours plus complexes. Leurs services s'étoffent, devenant alors aussi importants que des directions d'administration centrale, et leur fonctionnement se bureaucratise.

Par ailleurs, d'un point de vue plus global, le rapport met en garde, mais de façon presque incidente, contre la centralisation étatique que renforce le recours à des Autorités uniques et centralisées. Cette critique n'est d'ailleurs paradoxale qu'en apparence, venant de la part d'une institution qui dénonce par ailleurs, à travers la « parcellisation » de l'Etat, la perte de compétence du Gouvernement.

⁷ Cf. CE, Ass., 30 octobre 1996, *Wasj et Monnier*, AJDA 1996 n° 12, p. 973

Toujours est-il que ces réflexions mettent en évidence une dérive vers ce que l'on pourrait appeler un « jacobinisme régulateur ». Ce phénomène irait à l'encontre de l'un des objectifs assignés au Régulateur : gérer un marché au plus près de ses acteurs, opérateurs et consommateurs, sans s'encombrer de l'intermédiation déstabilisante du Politique.

3 UN JUGEMENT D'ENSEMBLE MESURE

On le sent donc bien : le Conseil d'État n'est guère enthousiaste devant la multiplication des AAI.

La dernière partie du rapport consacrée aux recommandations est fort critique. Elle constitue d'ailleurs à elle seule la moitié du rapport (p. 327-384). Cela n'est guère surprenant de la part de l'Institution qui tout à la fois siège au sommet d'un système déconcentré de contrôle sur l'administration et en même temps s'est constituée comme le garant d'une conception de l'Etat à la fois unitaire, nécessairement bienveillant et soumis au pouvoir discrétionnaire – et non pas arbitraire – du Politique. Par ailleurs, le phénomène de création des AAI s'est accéléré au cours des toutes dernières années, parfois à l'encontre des critiques et des mises en garde du Conseil d'État.

A première lecture, le message d'ensemble du rapport apparaît pourtant très mesuré. Il pourrait se résumer ainsi : les AAI constituent une réponse intéressante à des problèmes spécifiques mais ne constituent en aucun cas une panacée.

La Haute Assemblée propose alors en conclusion le « mode d'emploi » suivant. D'une part, les pouvoirs publics sont fermement invités à limiter la création de nouvelles AAI, et encore à titre précaire, aux seules fonctions de régulation économique sectorielle ou lorsque l'Etat est sujet à un conflit d'intérêt. D'autre part, dans le cas où existent des AAI, il faut « jouer le jeu » et leur donner tous les moyens de leur indépendance.

En sens inverse, le Conseil d'État indique clairement sa préférence pour les formes traditionnelles de l'administration : établissement public pour les fonctions d'expertise ; administration gouvernementale classique pour l'exercice de fonctions nécessairement interministérielles ou pour l'exercice des missions régaliennes, y compris lorsqu'elles touchent aux libertés publiques. Il prône néanmoins la « co-régulation » dans le cas de marchés émergents, faisant référence à ses préconisations en matière d'Internet ⁸.

⁸ Voir Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998.

4 QUELQUES PISTES POUR PROLONGER LA REFLEXION

Pour le lecteur intéressé par la problématique de l'introduction en France de la régulation, ce rapport constitue un puissant stimulant pour la réflexion. Ceci est notamment dû à l'angle particulier adopté par le rapport, qui s'intéresse au fait institutionnel en général – les AAI – et non à sa seule application dans la sphère économique – le régulateur.

Ces réflexions prennent leur source dans les prémices du raisonnement tenu par les auteurs du rapport et qui traduisent la difficulté actuelle des pouvoirs publics, mais aussi des observateurs, à exercer un choix très marqué entre différentes options d'architecture institutionnelle.

4.1 L'influence des modèles étrangers sur le fonctionnement des régulateurs

En premier lieu, le rapport est empreint d'une certaine timidité face aux influences extérieures subies par le modèle des AAI.

Certes, il rappelle la filiation directe entre la COB et son antécédent américain, la *Security and Exchange Commission* (SEC) créée en 1934 par le gouvernement du New Deal. De même, il précise bien l'influence de la législation communautaire sur l'instauration des régulateurs sectoriels des télécommunications (ART) et de l'électricité (CRE, appelée à terme à réguler également la distribution du gaz). Cependant, cette dernière influence est considérée non seulement comme un fait accompli – ce qui est naturellement la réalité, puisque ces services publics français n'auraient pas évolué sans le puissant aiguillon de la Commission – mais aussi comme une réalité indiscutable.

De même, le rapport souligne bien l'impact déstabilisant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), sur le fonctionnement des AAI et sur celui des régulateurs en particulier. D'ailleurs, le lecteur sent une réticence certaine à l'égard, par exemple, de l'assimilation par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, des AAI à un « tribunal » au sens de l'article 6-1 de la CEDH. A l'exception notable de la Commission bancaire, aucun Régulateur n'a, en droit français, le statut de juridiction.

En revanche, les Régulateurs peuvent imposer des sanctions administratives, dont le rapport souligne que la qualification formelle – pénale ou administrative – est sans influence sur le juge de Strasbourg⁹. Les Régulateurs doivent alors adopter une procédure quasi-juridictionnelle, assurant notamment « l'égalité des armes » : droit de la défense ; impartialité,

⁹ Depuis l'arrêt CEDH, 21 février 1984, *Oztürk*, Req. 8544/79, Série A n°73, la Cour de Strasbourg procède à cette assimilation lorsqu'un organisme, quel que soit son statut, peut prononcer une décision sévère qui répond à trois qualités : être à la fois préventive, répressive et prise en vue de protéger l'application d'une norme générale.

non seulement dans la réalité mais aussi dans l'apparence ; distinction des trois phases de l'ouverture de la procédure, de l'instruction et du jugement.

Le rapport montre sans ambiguïté que ces catégories s'imposent aux Régulateurs, et donc au juge chargé de les contrôler. L'application stricte de ces principes par les juridictions françaises a d'ailleurs causé récemment de nombreuses difficultés pratiques à certains régulateurs – notamment au Conseil de la concurrence et à la COB¹⁰. Pourtant, leurs juges d'appel offrent eux-mêmes toute garantie au regard de l'article 6-1 de la CEDH.

Ces considérations ne peuvent empêcher de se demander pourquoi les principes généraux de la procédure administrative, applicables de plein droit à ces organismes – tels que le droit à un examen individualisé et contradictoire¹¹ – ne sont plus suffisants dans le contexte actuel. De même, le simple rappel de l'obligation d'impartialité qui s'impose à l'administration¹², n'explique pas pourquoi ce principe semble avoir perdu aujourd'hui sa crédibilité.

Par ailleurs, et comme le note quelques fois le rapport, la comparaison avec l'expériences anglo-saxonne des régulateurs est riche d'enseignements sur la procéduralisation de leur fonctionnement.

Dans la tradition anglo-saxonne, la fonction répressive du Régulateur est théoriquement isolée et assurée par un personnel jouissant d'une indépendance spécifique. Chez les Régulateurs américains, telles que la SEC ou la *Federal Communication Commission* (FCC), ces agents sont d'ailleurs appelés « *Administrative Law Judges* ».

Cependant, dans cette culture, la pratique des modes de règlement alternatif des différends, et surtout de la transaction (« *Settlement* »), est générale, y compris au stade judiciaire. Cette pratique diffuse alors la fonction répressive tout au long du processus de décision du Régulateur. Finalement, c'est l'activité du régulateur dans son ensemble qui devient quasi-juridictionnelle. L'Agence tout entière intervient, dans une certaine mesure, en qualité de « tribunal ». Elle est alors conduite à développer les droits de la défense dans toutes ses activités, y compris ses activités normatives¹³.

C'est cette conception de l'activité administrative qui transparaît dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, à travers en particulier la définition « objective » et pragmatique du « tribunal » au sens de l'art. 6-1 de la CEDH. Cependant, par un curieux retournement, on note que cette antériorité de la pratique anglo-saxonne ne confère pas une garantie absolue aux administrations britanniques. L'introduction définitive, en droit national, de la CEDH à travers le *Human Rights Act* de 1998, y suscite actuellement un profond trouble.

¹⁰ Pour la COB : Cass., Ass. Plén., 5 février 1999, COB c/ *Oury*, *JCP* 1999, n° 10060 et surtout CA Paris, 7 mars 2000, *Sté KPMG fiduciaire de France*, n°106246. En considérant que la procédure de la COB, dans son ensemble, n'offrait pas les conditions d'impartialité exigées par la CEDH, cet arrêt a entraîné la quasi-paralysie de l'autorité de contrôle de la Bourse.

¹¹ En ce qui concerne les décisions individuelles « défavorables », la jurisprudence a consacré ce principe général du droit (CE, 5 mai 1944, *Dame Trompier Gravier*, GAJA n°63) de même que les textes (art. 8 du décret du 28 novembre 1983 repris et étendu par l'art. 24 de la loi du 12 avril 2000 relative au droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration).

¹² Il s'agit d'ailleurs d'un principe général du droit : CE, Sect. 20 juin 1958, *Louis*, p. 368.

¹³ En droit américain, ces pratiques, répondant à l'impératif constitutionnel de « *due process of law* » formulé dans le Cinquième Amendement, furent peu à peu formalisées en matière de décision individuelle (« adjudication ») par la jurisprudence (Cf. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 261-63 (1970), et codifiées, notamment par l'*Administrative Procedure Act*).

Cette dialectique complexe entre la nature administrative des AAI et leur pouvoir de sanction témoigne des nombreuses interrogations que l'on sent encore non résolues dans la période actuelle. Si les autorités française se sont toujours refusés à les qualifier de juridictions, il reste que l'application de l'art. 6-1 de la CEDH les en rapproche singulièrement.

4.2 Des conflits d'objectif non résolus

Le rapport laisse apparaître les nombreuses difficultés qui subsistent pour la réception en droit interne de la formule du Régulateur unique et indépendant.

On vient de voir ce qu'il en était de sa relation avec la fonction juridictionnelle, qui constitue pourtant un des éléments constitutifs de la fonction de régulation dans l'acception anglo-saxonne. Celle-ci suppose logiquement la concentration des pouvoirs d'investigation et de prononcé de la sanction.

Cette difficulté est accrue en France par l'existence de deux ordres de juridiction. Le rapport prend acte – plus qu'il ne l'approuve – du partage du territoire effectué par la Conseil constitutionnel dans sa décision relative au Conseil de la concurrence¹⁴. Ainsi le contentieux des décisions de certains Régulateurs est-il de la compétence de la Cour d'appel de Paris, en totalité (Conseil de la concurrence) ou pour partie (COB, CMF, ART, CRE), les autres autorités relevant du contrôle de légalité classique du Conseil d'État.

Certes, « justifiée par les nécessités d'une bonne administration de la justice », cette répartition est pragmatique et semble fonctionner relativement bien. Les auteurs appellent donc de leur vœu un maintien de cette répartition en l'état. Cependant, le rapport montre bien que cette dualité est source de complexité. Combinée avec la coexistence de régulateurs sectoriels – ART, CRE, autorités bancaires et financières - avec des régulateurs horizontaux – Conseil de la concurrence, Commission de Bruxelles, voire Cour de Strasbourg – cette dualité favorise la sélection, par les plaideurs, de leur juge. Elle ne favorise pas non plus la lisibilité du système de régulation, en particulier aux yeux des opérateurs privés étrangers, qui constituent pourtant la cible des politiques de libéralisation.

De même, le débat entre la préservation du principe d'unicité de l'Etat et la nécessaire indépendance des régulateurs reste ouvert. Le rapport préconise ainsi une politique de « présence » active du Gouvernement auprès des AAI, par exemple par la généralisation de commissaires du Gouvernement. On connaît cependant leur influence dans les conseils d'administration de certains établissement public.

Ces dilemmes restent toutefois limités à des questions de fonctionnement. Ils peuvent donc, en apparence, être relativement facilement tranchés par des ajustements pratiques. Il reste que sur le fond, le rapport du Conseil d'État suscite des interrogations plus profondes sur le paradigme même du régulateur centralisé et indépendant.

¹⁴ 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *Rec CC* p.8 ; *GDCC* n°41.

5 UNE REVOLUTION ADMINISTRATIVE DONT L'AMPLEUR RESTE A EVALUER ?

5.1 AAI et régulateurs : une différence de nature

Le jugement mesuré qu'appelle les auteurs du rapport suscite trop de nouvelles interrogations, et s'accompagne de trop nombreuses mises en garde et critiques, pour que l'on ne s'interroge pas, en amont et en profondeur, sur les causes et les effets du phénomène des AAI. Ou plutôt du Régulateur. En effet, à travers l'analyse des AAI, c'est en réalité la formule du Régulateur qui, en filigrane, est l'objet des interrogations des auteurs¹⁵.

A cet égard, l'assimilation entre la forme de l'AAI – connue en droit et en science administrative internes – et le paradigme du Régulateur, ne peut que restreindre l'analyse. Il n'y a pas seulement une différence de degré entre les deux, mais une différence de nature. Comme le rapport l'indique d'ailleurs, certaines AAI influencent la décision publique, tandis que les autres, à compétence économique¹⁶, la prennent. La gestion intégrale d'un secteur, de l'édition des normes jusqu'à la répression des infractions, en passant par l'octroi des autorisations individuelles pour y exercer, dépasse largement le seul magistère moral des autorités consultatives. Cela est le cas lorsque ces autorités ont en charge la défense de libertés individuelles contre un éventuel arbitraire administratif.

Or, face à ce paradigme administratif nouveau, se posent les questions : de sa viabilité à terme ; de l'arbitrage inéluctable qu'il suppose par rapport à certaines caractéristiques de la situation préexistante et de ses avantages par rapport à d'autres formes alternatives qui restent à imaginer.

Le discours « politiquement correct » qui semble s'établir aujourd'hui sur les questions de régulations masque ces questions cruciales. Questions qui ne sont d'ailleurs pas non plus mieux traitées dans le brouhaha de la contestation antimondialiste.

5.2 De nouvelles méthodes de travail gouvernemental à inventer

Tous les développements du rapport consacrés au problème d'articulation entre les régulateurs et le Gouvernement témoignent de la difficulté à concilier ce mode institutionnelle avec une conception de l'Etat traditionnelle, à la fois unitaire et organisé suivant le principe hiérarchique. Ceci est d'autant plus le cas dans un pays où le contrôle démocratique ne

¹⁵ Alors que le rapport traite des AAI en général, la majeure partie des développements de la troisième partie – consacrée à l'analyse et aux recommandations – vise en réalité les autorités à compétence économique.

¹⁶ A l'exception notable de la CNIL, autorité initialement créée pour la protection d'une liberté, qui joue aujourd'hui un rôle croissant de régulation économique, à travers l'importance commerciale des données personnelles pour l'économie de l'Internet.

s'exerce guère à travers le Parlement, mais plutôt au travers des titulaires du pouvoir exécutif, qu'ils soient élus au niveau national ou local.

Dans un tel contexte, ce n'est pas tant la marge d'autonomie laissée au Gouvernement en cas de crise, comme le craint le Conseil d'Etat, qui pose problème, que la gestion quotidienne des relations entre l'exécutif traditionnel et le régulateur.

La réalité du fonctionnement institutionnel réside dans un appareil administratif centralisé autour du Premier ministre, dont le rôle consiste à arbitrer entre différents départements ministériels, lors des « réunions interministérielles ». Organisées sous la responsabilité du Secrétaire général du gouvernement, qui constitue la pièce maîtresse de l'appareil gouvernemental français, ces réunions ont pour effet de faire se confronter tous les aspects d'une politique publique.

Dans un univers de régulateurs, toute cette machinerie sophistiquée – et qui constitue d'ailleurs l'un des produits phares de notre coopération administrative - est tout simplement inopérante.

Dès lors que le régulateur se doit, non seulement d'être indépendant, mais aussi de ne susciter aucun soupçon à cet égard, il est logiquement impossible qu'il puisse assister à ces réunions non publiques, et dont les comptes rendus sont d'ailleurs strictement confidentiel¹⁷. La procéduralisation du fonctionnement des régulateurs doit donc s'étendre également aux relations de celui-ci avec les autres branches de l'exécutif. Ainsi, de même qu'il faut prévoir, dans son principe et ses modalités, l'audition du régulateur par les commissions parlementaires, il est logique de formaliser le mode de concertation entre le gouvernement et le régulateur, mode qui devra notamment en assurer la plus grande transparence possible.

Ainsi, le débat qui agite les constitutionnalistes au moment de la reconnaissance du rôle de régulation de certaines AAI, va bien au-delà de la querelle technique tranchée par les décisions du Conseil constitutionnel¹⁸. A travers la question de la portée et de la lettre des articles 20 et 21 de la Constitution¹⁹, ce débat pose, concrètement, celle de la pertinence du fonctionnement de tout notre appareil étatique. A la limite, l'enjeu n'est d'ailleurs pas tellement celui de la préservation de ses méthodes traditionnelles, et notamment du cérémonial des réunions interministérielles. Il s'agit plutôt d'arbitrer en faveur de la formule qui correspond le mieux, en profondeur, au contexte socio-politique de la société française.

A une époque où le mythe de l'Etat bienveillant est justement mis en cause, notamment par l'analyse économique²⁰, et où son corollaire – le gouvernement par le principe hiérarchique – apparaît de plus en plus inadapté à une société où un individualisme croissant suscite chez les citoyens un besoin fort de participation, la question est celle de l'adaptation des solutions

¹⁷ La jurisprudence confirme d'ailleurs que ces « bleus » de Matignon sont situés hors du champ de la communication des documents administratifs établis par la loi du 17 juillet 1978, au titre de l'exception prévue à son article 6 pour le « secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ».

¹⁸ Décisions *Conseil de la concurrence* et *CNCL* précitées.

¹⁹ Art. 20 : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration .. Il est responsable devant le Parlement... » ; art. 21 : « Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement... il exerce le pouvoir réglementaire.. ».

²⁰ Voir notamment les travaux de J-J Laffont et J. Tirole, *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge MA, MIT Press, 1993.

institutionnelles au rythme d'évolution de la société, voire de la capacité à forcer le changement de celle-ci.

5.3 Faut-il encourager la « malléabilité » du droit ?

Le rapport du Conseil d'État suscite alors une interrogation encore plus fondamentale à laquelle les analyses actuelles de la régulation semblent avoir des difficultés à répondre.

L'un des objectifs poursuivi par l'approche en termes de régulation sectorielle est de réduire la distance entre l'autorité administrative gestionnaire du marché et les opérateurs, en particulier si celui-ci passe de l'état de monopole public à celui de concurrence. L'un des instruments indispensable au régulateur est l'exercice du pouvoir normatif sur les acteurs du secteur. Dans le cas français, pour respecter la hiérarchie des pouvoirs administratifs établie par la Constitution, ce pouvoir réglementaire est à la fois strictement encadré par la loi et délégué au régulateur²¹. Le rapport souligne d'ailleurs l'intérêt de disposer, sur le plan normatif, « de la capacité de réaction rapide d'une AAI en lui confiant le soin d'adapter la réglementation applicable au secteur dont elle a la charge ». Ce faisant, l'approche par la régulation néglige la problématique, infiniment complexe, de la stabilité de la norme et de la sécurité juridique.

Régulièrement, le Conseil d'État met en garde contre tout à la fois la prolifération de la norme, qui devient hyper spécifique, et son évolution trop rapide, voire sa « malléabilité », au gré de la conjoncture et des besoins des opérateurs économiques. De leur côté, ceux-ci sont partagés entre le même souci de stabilité et la tentation de garantir une solution à chacun de leur problème immédiat grâce à une disposition normative. Dans cette problématique, le rôle et la responsabilité du régulateur mériteraient d'être évalués.

²¹ D'ailleurs, en général, les régulateurs disposent d'un simple pouvoir de proposition de la norme, celle-ci étant formellement homologuée à titre définitif par arrêté du ministre compétent.