

LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES : 8 ■ DISTORSION OU RÉFORME DE L'ÉTAT ?

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE*

L'on peut avoir une vision hégélienne de l'histoire, voyant dans celle-ci le mode pour la Raison de se concrétiser, les événements n'en étant que les procédés, les hommes n'en étant que les agents, tandis que l'État, stade avancé de l'Histoire, incarne l'idée d'un dieu laïc.

Cette conception philosophique correspond à ce mouvement de fond, qui constitue la marque des institutions et du droit continental, pour lesquels l'État est un Être différent de tous les autres, servi par ces agents particuliers que sont les fonctionnaires et servant lui-même cet intérêt qualitativement distinct qu'est l'intérêt général.

Le monde anglo-nord-américain, que l'on dit pragmatique (ce qui ne vise pas l'absence de philosophie mais une autre philosophie), ne nie la nécessité d'un gouvernement, d'une administration, etc., les États-Unis produisent plus de réglementations que l'Europe, mais l'idée à l'œuvre est inverse.

Les personnes ordinaires défendent leurs intérêts particuliers sur l'espace commun constitué par le marché. Usuellement, l'addition des intérêts particuliers constitue l'intérêt général¹. Il peut arriver que certaines fonctions soient de fait mal remplies par le marché (externalités négatives). La collectivité a alors recours à d'autres procédés que sont l'administration, la réglementation, etc., dont la mise en masse constitue alors l'État. Mais sous les deux situations de fait, en apparence identiques, les deux philosophies à l'œuvre sont étrangères l'une à l'autre.

* Professeur de droit à Sciences Po (Paris), directeur de *The Journal of Regulation*.

1. LAFFONT (J.-J.), « Intérêt général et intérêts particuliers », dans *L'intérêt général*, Rapport public du Conseil d'État, coll. « Études et documents », Documentation française, 1999, n°50, p. 421-428

Dans ces conditions, le fait de constituer des autorités administratives indépendantes (AAI) ne va poser aucun problème dans le système anglo-nord-américain (dit de *common law*) alors que certains y ont vu une sorte de coup de poignard dans le système français, puisque l'on touchait le cœur de l'idée d'État. En effet, dans les pays scandinaves, aux États-Unis ou au Royaume-Uni, lorsqu'il est plus efficace de créer une « agence » plutôt que de laisser compétence à un département ministériel, la réorganisation est pragmatiquement faite, le système veillant à ce que ces agences soient en permanence contrôlées par le système politique, particulièrement aux États-Unis, où les agences sont insérées dans le système de *check and balance*².

La France n'eut en rien cette souplesse pragmatique, car l'unité est consubstantielle à l'État et l'on ne concevait pas de « casser » l'Être supérieur, piétinant de ce fait l'intérêt général, par la création d'électrons libres que sont les autorités administratives indépendantes, en ce qu'elles ne sont plus insérées dans la hiérarchie du pouvoir exécutif et qu'elles sont néanmoins dotées de pouvoirs régaliens, comme celui de sanction.

Cela advint pourtant, mais sous l'effet de contraintes ou de tactiques. Cela explique que, le poids de l'Histoire et des idées étant essentiel³ en politique, resurgissent d'une façon récurrente les reproches contre les autorités administratives indépendantes et la tentation de les supprimer, alors qu'il existe de fortes raisons de les maintenir.

LES CAUSES DE CRÉATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

L'on se moque souvent des autorités administratives indépendantes, en ce que, pas plus que l'on n'arrive à en estimer le nombre⁴, on souligne le caractère aléatoire et chaotique de leur création. L'on pourrait dire que, de la même façon que face à un problème, le Gouvernement se contentait de créer une Commission, le jeu de la défausse s'opère aujourd'hui par la création d'une autorité administrative indépendante, celle-ci permettant au Gouvernement de tenir loin de lui des tensions sociales ou des préférences qu'il ne veut pas assumer (par exemple l'installation de grands aéroports plutôt que le souci des riverains par la création de la Commission consultative pour la lutte contre les nuisances dues au trafic aérien). Dans ces

conditions, la création d'une AAI relève davantage d'une distorsion de l'État⁵ que d'une réforme de l'État, mais l'on perçoit néanmoins des rationalités qui justifient le maintien des AAI, en ce qu'elles constituent un bienfait pour l'État.

Le fait qu'il ait existé des causes rationnelles ayant conduit le fait de créer en France des AAI, devrait justifier leur maintien, mais le fait qu'il s'agisse de rationalité exogène à l'État français nous fait comprendre et admettre l'existence d'une tentation de rejet de ces organismes par l'État lui-même et par la population.

- La première raison est l'Europe. En effet, les institutions européennes, la Commission en tête, ont décidé à partir des années 1980, de libéraliser des secteurs, comme les télécommunications, l'énergie et la banque. Pour construire la concurrence et inciter de nouveaux entrants à entrer sur le marché, il convenait que l'opérateur historique ne puisse pas bénéficier d'une situation déloyale. Or, si l'État est à la fois celui qui pose les règles (« le réglementateur ») et le propriétaire de l'opérateur historique (entreprise publique), la libéralisation d'un secteur reste lettre morte. Parce que la concurrence ne se décrète pas, les États ont dû choisir à partir d'une sorte de principe constitutionnel de non cumul entre la qualité de régulateur et d'opérateur, entre la privatisation de leur opérateur ou le délaissement de leur pouvoir central de régulation. La France a toujours choisi de conserver ses entreprises publiques, en charge du service public, notamment en télécommunication ou en énergie. Rétrospectivement, il n'est pas évident que le choix ait été tactiquement bon, car les AAI ont dépecé le Gouvernement de son pouvoir politique sur les secteurs en cause, tandis que par la suite, le droit européen, continuant son œuvre, par exemple par la prohibition des aides d'État ou l'obligation de séparer l'activité de vente et l'activité de transport, continue néanmoins de contraindre l'activité de l'opérateur public.
- L'autre raison est encore plus forte, même si elle mécontente tout autant l'État. Elle tient dans le fait que les marchés, qu'il s'agit de réguler, sont plus puissants que les États. Ils le sont de deux façons : la mobilité des agents économiques fait qu'ils peuvent se soustraire à la puissance étatique en allant se loger chez un État plus accueillant (exemple de la fiscalité irlandaise) ; plus encore, les marchés sont géographiquement plus étendus que les États, le paroxysme étant atteint par le marché financier qui est global, l'État étant alors plus petit que ceux qu'il doit contrôler, puisqu'il est lui-même normativement enfermé dans ses frontières. Cela oblige rationnellement l'État à créer des autorités administratives indépendantes et il est remarquable que la Commission des opérations de bourse

2. ZOLLER (E.), « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », in LOMBARD (M.) [sous la dir. de], *Régulation économique et démocratie*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2006, p. 167-197.

3. Le grand auteur allemand Savigny participant de l'École historique du droit affirmait que « le droit exprime l'esprit des peuples ».

4. Voir en ce sens : Rapport public du Conseil d'État dans *Les Autorités administratives indépendantes*, « Études et documents », la Documentation française, 2001, n° 52, p. 462.

5. Voir d'une façon générale : Conseil d'analyse économique, *État et gestion publique*, La documentation française, 2000 et plus particulièrement LAFFONT (J.-J.), « Étapes vers un État moderne : une analyse économique », p. 117-149, et FRISON-ROCHE (M.-A.), « Évolution du droit comme instrument étatique d'une organisation économique », p. 95-109.

(COB) fut créée en 1967, signe de cette rationalité financière internationale, bien avant ces contraintes européennes précitées. Les AAI sont de fait l'organisation la plus efficace pour mettre en place des réseaux de prise de décision (exemple du processus Lamfalussy) ou de normalisation, qui font que les Autorités de régulation ont des contours en reflet de leur objet (par exemple régulateur européen), condition de l'efficacité de leur action.

– Mais il demeure que l'idée persistante d'État n'est pas satisfaite par ces rationalités extérieures et pragmatiques. Le caractère nécessairement bureaucratique de ces autorités administratives indépendantes les rend incompréhensible pour la population, qui au contraire comprend l'idée d'État, parce que l'État exprime l'histoire française⁶. La relation de l'État avec ses propres créations est donc difficile car la création des AAI est inévitable si l'on accepte la puissance européenne et que l'on constate l'ampleur des marchés, mais contraire à notre tradition, ce qui explique bien des soubresauts actuels.

CONTESTATIONS DES AAI ET RAISONS DE LES MAINTENIR

Les autorités administratives indépendantes ont été ces derniers temps très critiquées, et ce à tous les titres. L'on a ainsi considéré, visant les autorités de régulation bancaire et financière, que leur inaction avait contribué à la crise financière de 2008. L'on a estimé que ces autorités n'étaient composées que d'experts et de hauts fonctionnaires, sans aucun accès pour la population, notamment les consommateurs, alors que les autorités sectorielles, par exemple celle de la santé, doivent leur faire place et que cela rendrait leur fonctionnement plus démocratique. L'on a constaté que dans des dossiers très importants, comme dans celui du cartel de l'acier, le juge judiciaire avait, par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 janvier 2010 infligé un « revers » à l'Autorité de la concurrence.

Le rapport parlementaire du 29 octobre 2010 précité martèle que les autorités administratives indépendantes ne sont pas légitimes et ne doivent pas opérer des choix à la place du Politique, puisque ses membres ne sont pas élus et que l'Autorité ne peut pas emprunter la légitimité du Gouvernement, le lien hiérarchique entre les deux ayant été rompu par le principe d'indépendance. Enfin, la multiplication des autorités administratives indépendantes conduit à souligner le poids budgétaire que cela implique, puisqu'aucune AAI ne s'est dissoute, alors même que celles établies pour construire un marché concurrentiel (régulation temporaire) avaient vocation à disparaître, une fois l'objectif rempli.

La solution proposée est alors des plus simples, même si elle connaît des variantes : soit supprimer des AAI, soit les regrouper, soit les réintégrer dans le système traditionnel d'un État centralisé et unifié. Le processus a déjà commencé, puisque le *Défenseur des droits* est une nouvelle AAI qui va être prochainement mise en place par le législateur, mais qui absorbera le Médiateur de la République, la Halde (haute autorité de lutte contre les discriminations), le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Cette loi fut très discutée, certains y voyant une rationalisation de l'action contre les abus administratifs suivant les préconisations du rapport Balladur de 2007, tandis que d'autres craignent que de fait cela permettrait d'étouffer l'Autorité absorbée la plus connue, la Halde.

En outre, non seulement le Gouvernement n'entend pas perdre son pouvoir politique sur le marché, mais encore le parlement n'apprécie guère les autorités administratives indépendantes, dont il faut garder à l'esprit qu'elles furent créées sous des contraintes exogènes. C'est ainsi que non seulement le Parlement exige que les AAI rendent des comptes (notion anglaise d'*accountability*), la France ayant certes eu une conception de l'indépendance plus extrême de celle que les pays de *common law* appliquent à leurs agences, mais il veut qu'*ex ante* des parlementaires soient présents dans les AAI, non seulement comme membres, mais comme présidents. C'est en tout cas la position du rapport parlementaire précité, qui rattache cette idée aux exigences démocratiques d'un État de droit.

Il faut pourtant reconnaître que nous nageons en pleine confusion. En effet, dans le même temps, un amendement proposé à l'Assemblée nationale concernant la CNIL vise à exclure qu'un parlementaire puisse présider cette AAI. La justification est la suivante : la protection des données personnelles dans leur stockage et l'accès à celles-ci est un enjeu primordial dans les années qui viennent et requiert des compétences techniques élevées et un travail à temps complet. Un parlementaire ne pourrait pas faire cela en plus de son travail. Peu importe ce qu'il adviendra de cet amendement, il signale la difficulté, à savoir la tension entre le besoin d'expertise auquel répondent les AAI, composées d'experts proches des techniques sectorielles en cause, ce que ne satisfait pas ni l'État central ni les élus, ni les consommateurs et le besoin d'une relation participative de la population à la prise de décision et de la légitimité que donne seul un lien avec la République, qui demeure attachée au phénomène de l'élection.

Cependant, même s'il est impossible de remonter le cours de l'Histoire, et s'il est acquis que nous ne deviendrons jamais anglais, peut-être faut-il essayer que les AAI cessent d'être des distorsions de l'État pour devenir réellement une réforme de l'État.

La France ne peut ni être le leader d'une région du monde (l'Europe, l'Afrique, l'Occident) ni être isolée. L'État peut communiquer par ses autorités administratives

6. CHEVALIER (J.), *Le Service public*, « Que sais-je ? », PUF, 2010, 8^e éd., p. 128.

indépendantes, dont l'importance internationale est aussi forte que le rôle interne. Cela est acquis en matière financière et bancaire, mais cela vaut pour tous les secteurs. Ainsi le rapprochement entre les AAI et le Quai d'Orsay devrait être plus fort. Certes, la langue internationale est l'anglais, ce qui semble contredire le constat initial du présent article dans l'affrontement d'idées entre pays de *common law* et pays de *civil law*⁷. Mais parce que les AAI ont, beaucoup plus que les administrations traditionnelles, une activité doctrinale très importante, à travers des colloques, des manifestations, des publications, elles doivent, comme le font si bien les anglais, inventer des concepts, des raisonnements et du vocabulaire, anglophone mais « d'esprit français », pour que ceux-ci circulent par la globalisation.

C'est pour cela que l'État français doit cesser de se contorsionner face à ce qu'il considère encore comme des sortes d'êtres étranges⁸, pour faire siennes les AAI car, même s'il n'y avait pas été contraint, il aurait été bon qu'il se réforme⁹ pour leur faire place afin de mieux exister dans le monde.

7. Voir *supra* n° 3.

8. Voir en ce sens le rapport du sénateur Patrice Gélard, au titre significatif : « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié ». Étude établie pour le rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, rapport A.N. n° 3166 et rapport du Sénat n° 404, 2006.

9. TUOT (T.), « La planète des sages », dans *Notre État*, Robert Laffont, 2000, p. 688-712.