



HAL
open science

Régulation et polycentrisme dans l'administration française

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Régulation et polycentrisme dans l'administration française. La Revue administrative, 1998, janvier-février, pp. 43-53. hal-01728680

HAL Id: hal-01728680

<https://hal.science/hal-01728680v1>

Submitted on 11 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

REGULATION ET POLYCENTRISME DANS L'ADMINISTRATION FRANCAISE

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

<i>La Revue administrative</i> , janvier-février 1998, n° 1, pp. 43-53
--

Exposée depuis les années quatre-vingt au grand vent d'une modernisation qui est censée appeler une transformation en profondeur de ses modes d'organisation et d'action¹, l'administration française voit son architecture redessinée : l'ordonnement classique du passé, fondé sur les principes de hiérarchie et d'unité, tend à faire place à une *construction baroque*, reposant sur l'assemblage de dispositifs diversifiés, unis par un lien très lâche au reste de l'appareil. Si cette évolution affecte plus ou moins toutes les administrations contemporaines, elle n'en présente pas moins en France une portée particulière, dans la mesure où la logique unitaire, inhérente au modèle bureaucratique, y avait été appliquée avec une particulière rigueur.

1° *L'unitarisme* résultait de la conjugaison d'un ensemble d'éléments : aucun d'eux n'était à lui seul spécifique, mais leur réunion aboutissait à une configuration administrative singulière. Parmi ces éléments, on peut relever : la soumission des services aux *mêmes règles juridiques* dérogoatoires du droit commun (droit administratif) ; *l'identité des valeurs* diffusées dans l'ensemble de l'administration (idéologie de l'intérêt général et du service public) ; l'existence de *puissants agents d'unification* (les grands corps de l'Etat conçus significativement comme corps de contrôle) ; l'application des *mêmes principes d'organisation et de fonctionnement* dans toute l'administration, en dépit de la diversité des missions et des secteurs d'intervention ; la *prédominance du niveau central* sur le niveau local, traduite par les compétences limitées, voire résiduelles, exercées à la périphérie (le rapport national-local dans la gestion publique étant d'environ 2/3-1/3 — proportion inverse de celle qu'on rencontrait par exemple au Royaume-Uni et dans les pays d'Europe du Nord) ; la *conception rigide du principe hiérarchique*, entendu à la fois comme mode d'aménagement des structures et relation d'autorité ; le contrôle rigoureux exercé sur les structures administratives personnalisées (collectivités locales et établissements publics), notamment par le recours à une *tutelle* strictement conçue (à la fois administrative, financière et technique) et pesant comme une véritable chape de plomb sur ces structures théoriquement autonomes. La conjugaison de ces divers éléments explique que, plus que partout ailleurs, l'administration apparaissait en France comme une véritable machine, formée de rouages interdépendants et solidaires.

Plus étonnant encore, ce modèle unitaire, assez bien adapté à un appareil administratif de taille limitée, n'avait pas été réellement remis en cause par l'*extension des tâches administratives* consécutive au développement de l'Etat providence. Cette extension s'est faite dans le cadre du modèle unitaire classique, l'administration devenant de ce fait une *énorme machine*, aux articulations complexes. A peine, quelques craquements, vite assourdis, quelques inflexions, vite corrigées : la multiplication des établissements publics (mais res-

¹ J. Chevallier, « La politique française de modernisation administrative », in *a*

tant soumis à une stricte tutelle), l'apparition de nouvelles structures (administrations de mission, régions), le développement d'entreprises publiques en marge de l'appareil (mais conçues comme des leviers d'action de l'Etat dans l'économie), le développement de la régulation locale, à travers les premières mesures de déconcentration (1964) et de décentralisation (1970).

2° *Le changement est sensible* depuis le début des années quatre vingt. On assiste à un mouvement d'*éclatement* se traduisant par la diversification croissante des structures administratives (statut juridique, valeurs de référence, droit applicable, principes d'organisation...), le développement de leur autonomie, le relâchement des liens (hiérarchie et tutelle) qui assuraient l'intégration de l'ensemble et maintenaient la cohésion du Tout : parallèlement à l'activation des forces centrifuges, la pression des forces d'intégration de type centripète tend à se relâcher. Tout se passe donc comme si le modèle unitaire était en voie d'être mis en cause au profit d'un modèle nouveau, de type « *polycentrique* ».

Cette transformation de l'architecture administrative comporte *deux aspects* distincts, mais, en fait, indissociables. D'une part, un mouvement de *territorialisation*, qui se traduit par le renforcement de l'autonomie des acteurs locaux et l'élargissement de leur sphère de compétence. La politique de décentralisation engagée en 1982 a abouti, non seulement à doter les collectivités locales d'une capacité d'action étendue, mais aussi à leur transférer d'importantes attributions — au prix d'une complexification croissante du système administratif. Quant à la politique de déconcentration, elle a reçu récemment (1992) une nouvelle impulsion : devenue « la règle générale de répartition des attributions et des moyens » au sein des services de l'Etat, la déconcentration modifie profondément la conception même de l'action de l'Etat ; le niveau central est désormais cantonné dans un rôle de « conception, animation, orientation, évaluation et contrôle », la mise en oeuvre des politiques incombant normalement au niveau local. D'autre part, un mouvement de *segmentarisation*, qui se traduit cette fois par la fragmentation du noyau central lui-même : tandis que des administrations de mission continuent à proliférer, sous la forme de « missions » ou de « délégations », investies d'une tâche précise, on cherche à favoriser l'autonomisation des fonctions opérationnelles, dans le cadre d'une politique délibérée de « responsabilisation des gestionnaires » ; enfin, et surtout, on a vu apparaître dans l'univers administratif des structures nouvelles, placées en dehors de l'architecture classique eu égard au statut d'indépendance qui leur est explicitement reconnu. Il s'agit ici de s'interroger sur les raisons d'être et le devenir possible de ce dernier aspect, qui constitue la manifestation la plus éclatante du « polycentrisme administratif », sans oublier qu'il s'inscrit dans un processus plus général de fragmentation de l'appareil administratif.

3° L'expression « autorité administrative indépendante » (AAI) a été introduite par la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978. Un large débat avait été ouvert à l'époque concernant les garanties à donner aux citoyens face au développement de l'informatique : chacun avait conscience de la nécessité d'une intervention de l'Etat, mais on craignait que les appareils de gestion publics ne profitent de cette intervention pour étendre leur contrôle sur les citoyens ; l'institution d'une « Commission nationale de l'informatique et des libertés » (CNIL), soustraite à tout pouvoir hiérarchique ou de tutelle, permet de concilier ces deux préoccupations. Le rapprochement s'impose entre la nouvelle CNIL et des institutions plus anciennes, telles la Commission des opérations de bourse (COB) ou le médiateur, dont les particularismes suscitaient depuis longtemps la perplexité des juristes. La construction, à partir de ces premières hypothèses, de la catégorie des AAI sera le produit d'initiatives convergentes, de la doctrine juridique, qui s'attachera à relever les traits communs et spécifiques de ces autorités, du juge, constitutionnel et administratif, qui entérinera la notion et précisera le régime applicable, du Parlement enfin, qui n'hésitera pas à faire usage

d'un label commode et doté d'une évidente force attractive. On verra ainsi la formule s'étendre² dans les secteurs de l'information et de la communication³, de l'économie de marché⁴, des rapports administration-administrés⁵, qui constituent ses domaines de prédilection, à côté d'illustrations plus ponctuelles⁶.

Cette diffusion n'est pas propre à la France : dans les autres pays européens aussi (Allemagne, Italie, Espagne, Grèce...), les administrations indépendantes, qui paraissaient jusqu'alors être l'apanage des pays anglo-saxons (Independent Agencies aux Etats-Unis, Quangos au Royaume-Uni), ont proliféré, sous des formes diverses, mais en définitive très proches, et dans les mêmes secteurs essentiels⁷ ; l'ouverture progressive des marchés à la concurrence a constitué notamment un puissant moteur de création de telles autorités, l'exemple britannique ayant été suivi par l'Italie⁸, l'Allemagne et la France⁹. L'influence exercée à cet égard par l'Union européenne ne saurait être sous-estimée compte tenu, non seulement des règles imposées par les directives communautaires concernant l'organisation des marchés, mais encore de l'exemple offert par la Commission elle-même, qui peut être considérée à juste titre comme « l'archétype » des AAI¹⁰.

L'importance des AAI réside dans la conjugaison d'une double dimension. D'une part, la dévolution à ces autorités d'une mission qui tranche avec la conception habituelle des tâches administratives et dont la spécificité est exprimée dans le vocable de « régulation », désormais d'usage courant. D'autre part, l'idée corrélatrice que cette mission ne saurait être confiée aux structures de gestion classiques, mais prise en charge par des instances d'un type nouveau, situées hors appareil et disposant d'une liberté d'action garantie. On est donc en présence à la fois d'une *mutation des modes d'action publique* (I) et d'une *mutation des principes d'organisation administrative* (II), qui sont indissociables et renvoient l'une à l'autre : la régulation appelle le polycentrisme et le polycentrisme permet la régulation ; à ce titre, les AAI préfigurent bien un modèle nouveau d'administration, qui ne saurait manquer de connaître à l'avenir d'autres développements.

I / LA REGULATION, COMME NOUVEAU MODE D'ACTION PUBLIQUE

² Voir le bilan dressé par M. Gentot, Montchrestien, Coll. Clefs Politique, 1991 et M.J. Guédon, LGDJ, Coll. Systèmes, 1991.

³ Notamment la Commission des sondages (1977), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) (1989), la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (1990).

⁴ Notamment la Commission des opérations de bourse (COB) (1967), la Commission bancaire (1984), la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et organismes de prévoyance (1989), le Conseil de la concurrence (1986), le Conseil de la politique monétaire (1993), l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) (1996).

⁵ Notamment le Médiateur de la République (1973), la Commission des infractions fiscales (1977), la Commission nationale informatique et liberté (CNIL) (1978), le Médiateur du cinéma (1982), la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (1991), le Conseil supérieur de la déontologie de la sécurité (CSDS)

⁶ Comme l'évaluation des universités (1984), voire le contrôle des nuisances sonores autour de l'aéroport Charles de Gaulle (loi du 27 mars 1997)...

⁷ J.L. Autin, « Vers un modèle européen d'autorités administratives indépendantes », in *Le service public en recherche*, Documentation française, 1995, pp. 363 sq.

⁸ Voir le projet de loi adopté le 9 novembre 1995 créant des autorités de contrôle dans le secteur de l'énergie et des télécommunications.

⁹ Voir la loi du 26 juillet 1996 créant l'Autorité de régulation des télécommunications.

¹⁰ Voir A. Manin, « De quelques autorités internationales indépendantes », *Annuaire français de droit inter.* 1989, pp. 229 sq.

L'idée de régulation est au principe même de l'institution des AAI. Dans la théorie générale des systèmes, la régulation recouvre l'ensemble des processus par lesquels des systèmes complexes parviennent à maintenir leur état stationnaire, en préservant leurs équilibres essentiels, malgré les perturbations extérieures. Ainsi conçue, la régulation apparaît, à première vue, inhérente à l'existence même de l'Etat, instance préposée au maintien de la cohésion sociale : le recours à cette notion, sous l'influence des sciences sociales, ne serait ainsi qu'un simple habillage nouveau d'une fonction permanente que l'Etat a toujours exercée, notamment par l'intermédiaire de ses juridictions ; elle servirait à conforter la légitimité de l'action publique, en la parant des attributs de la « scientificité »¹¹. Cette vision serait cependant trop simple : l'émergence du thème de la régulation traduit bien une vision nouvelle du rôle de l'Etat (A) ; et elle implique une adaptation corrélative de ses formes d'intervention dans la vie sociale (B).

A) *Les finalités de la régulation*

La régulation implique la mise en place d'un *tiers régulateur*¹² chargé de superviser le jeu social, en établissant certaines règles et en intervenant de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble¹³ ; elle suppose donc une *position d'extériorité* par rapport au jeu social, une *capacité d'arbitrage* entre les intérêts en présence, une *action continue* afin de procéder aux ajustements nécessaires. Par là, la régulation s'oppose à la gestion directe, qui passe par la fourniture de biens et de services au public : par la régulation, l'Etat ne se pose plus en acteur mais en *arbitre* du jeu social. Et elle se distingue du contrôle juridictionnel, par son caractère permanent et préventif : la régulation apparaît comme un substitut au contrôle juridictionnel, en cherchant à prévenir le contentieux.

1° Le *besoin de régulation* est né de *deux préoccupations essentielles* : d'une part, du souci d'assurer une protection plus efficace des libertés individuelles dans certains secteurs sensibles ; d'autre part, de la nécessité de garantir le jeu de la concurrence dans la vie économique.

Le secteur de l'information et de la communication constitue l'illustration privilégiée du premier aspect. Le besoin d'une régulation est d'abord né de la consécration d'un nouveau droit à l'information en faveur des administrés : relevant d'une « troisième génération des droits de l'homme », conquise contre l'arbitraire et le secret administratif, ce droit a justifié le recours à des dispositifs de protection spécifiques, capables à la fois de préciser les conditions de son exercice, par la conciliation des points de vue, et de régler les conflits que sa mise en oeuvre ne pouvait manquer de susciter ; et la nature même de leur mission exigeait que ces dispositifs soient placés en position d'extériorité par rapport à des services contre lesquels le droit à l'information devait être reconnu et garanti. La régulation a été également imaginée comme technique d'encadrement des marchés de la communication : l'objectif est ici de définir les règles du jeu indispensables pour protéger la liberté de communication et assurer le respect de certains équilibres entre les intérêts en présence ; or, cette exigence s'impose aussi à l'endroit des pouvoirs politiques et administratifs, qui apparais-

¹¹ Processus bien connu d'« idéologisation » des paradigmes scientifiques, qui servent d'arguments d'autorité dans le débat politique (J. Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation », in *La régulation entre droit et politique*, L'harmattan, 1995, pp. 71 sq.).

¹² Comme le dit J.L. Autin, le régulateur occupe « une position charnière ou d'interface entre deux structures dont il s'agit de concilier les logiques de fonctionnement » (« Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », *Ibid.*)

¹³ C. Teitgen-Colly, « Histoire d'une institution », in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 26.

sent comme des acteurs à part entière du secteur de la communication. Mais le besoin de régulation s'est aussi fait sentir, plus récemment, dans des domaines où les citoyens sont confrontés directement à l'exercice de la puissance étatique, comme celui des écoutes téléphoniques¹⁴ ou de l'action des forces de sécurité¹⁵. De ce fait, la régulation apparaît ainsi comme une fonction « méta-institutionnelle », qui est appelée à s'exercer vis-à-vis des institutions publiques elles-mêmes.

Dans le domaine économique, la régulation vise plus simplement à assurer le jeu de la concurrence : dès l'instant en effet où un secteur évolue vers une structure pluraliste, comme celui des télécommunications, il devient nécessaire d'encadrer son fonctionnement et de veiller au respect de certaines règles du jeu ; et cette fonction de régulation ne saurait être exercée par les opérateurs publics eux-mêmes, qui seraient alors juges et parties. La libéralisation des marchés engagée sous la pression insistante des instances communautaires a conduit ainsi à la mise en place d'instances nouvelles de régulation et ce processus est appelé à s'amplifier au cours des prochaines années.

2° Indissociable de la crise de l'Etat providence, la promotion du thème de la régulation témoigne d'une conception nouvelle du rôle de l'Etat dans l'économie : d'un « Etat producteur », assurant la gestion directe d'activités économiques, on passe à un *Etat régulateur*, qui ne se substitue plus aux agents économiques mais se borne à leur imposer certaines règles du jeu et s'efforce d'harmoniser leurs actions. La promotion du thème de la régulation illustre ainsi le reflux de la conception qui érigeait l'Etat en agent de modernisation et lui confiait la gestion de secteurs-clés de l'économie. Ce repli n'est pourtant pas synonyme de désengagement : l'Etat régulateur est aussi un Etat présent dans l'économie, en tant qu'instance tutélaire chargée d'assurer le maintien des grands équilibres ; à l'encontre de la vision d'un Hayek, pour qui le marché est le moyen le plus efficace, le plus rationnel et le plus juste d'harmonisation des comportements, la conception de l'Etat régulateur repose sur la nécessité d'un dispositif d'encadrement des mécanismes de marché. Les conditions d'évolution de l'économie de marché rendraient cette intervention indispensable : la complexité croissante des circuits économiques, les mutations technologiques, la sophistication des produits financiers, la mondialisation des échanges mais aussi la pression croissante de pouvoirs économiques, dont la puissance se renforce par le jeu de l'internationalisation, imposent la mise en place d'instances capables de fixer certaines règles du jeu, de faire prévaloir certaines disciplines, de protéger certains intérêts ; la régulation devient ainsi le nouveau cadre axiologique et le nouveau principe de légitimation de l'action de l'Etat dans l'économie.

Si elle marque ainsi une inflexion de la conception du rôle de l'Etat, l'idée de régulation n'en contribue pas moins à réactiver certaines des représentations sur lesquelles s'appuie traditionnellement la légitimité étatique. La régulation présuppose d'abord l'idée d'*harmonie des intérêts* : elle postule qu'il n'y a pas de contradiction irréductible, d'antagonisme irrémédiable, entre les intérêts sociaux et que ces intérêts peuvent être rendus compatibles par un compromis, par un processus d'ajustement ; il s'agit de ramener à l'unité des éléments hétérogènes, de faire du collectif à partir de l'individuel. La régulation postule ensuite l'idée de *rationalité de l'organisation sociale* ; elle laisse entendre qu'il est possible de construire des ensembles collectifs à la fois efficaces (la vision cybernétique), performants, capables d'évoluer tout en maintenant leurs caractéristiques essentielles, grâce à des dispositifs d'ajustement appropriés ; elle donne l'image d'un univers social pacifié, doté de

¹⁴ Création par la loi du 10 juillet 1991 de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS).

¹⁵ Création du Conseil supérieur de la déontologie de la sécurité (CSDS).

facultés d'adaptation, capable d'évoluer sans secousses, sans à-coups, en évitant les crises. Enfin, et surtout, la régulation repose sur la figure du tiers régulateur : pour que les différents éléments puissent être rendus compatibles, conciliés, il faut qu'existe une *instance de régulation* capable, par sa position d'extériorité et de supériorité par rapport aux intérêts en présence, de ramener la diversité à l'unité, l'hétérogénéité à l'homogénéité, le désordre à l'ordre ; et cette instance, c'est l'Etat, préposé au maintien de l'ordre et de la cohésion sociale.

L'exercice concret de la fonction de régulation implique une adaptation des modes traditionnels d'action publique.

B) Les formes de la régulation

La fonction de régulation ne se situe pas en marge du droit : son exercice passe par le recours d'un ensemble d'instruments juridiques qui lui confèrent une dimension normative¹⁶ ; cependant, le fait qu'elle soit mise au service de l'entreprise de régulation donne à la technique juridique une portée très spécifique.

1° La régulation implique d'abord *la réunion et le cumul de compétences juridiques* habituellement dissociées, allant de l'édition de normes de portée générale jusqu'à un pouvoir de contrôle et de sanction, en passant par la prise de décisions individuelles.

D'abord, la régulation suppose la détermination de *règles du jeu*, applicables à l'ensemble des opérateurs : un certain nombre d'AAI (COB, CNIL, CSA, ART) ont ainsi reçu le pouvoir d'édicter, pour leur secteur d'intervention, des normes générales, de portée obligatoire, ayant le caractère de véritables règlements ; ce pouvoir de réglementation a été admis par le Conseil constitutionnel (18 septembre 1986), à la condition qu'il s'applique à un « domaine déterminé » et qu'il s'exerce « dans le cadre défini par les lois et règlements » — l'habilitation ne pouvant concerner que « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Dans tous les cas, l'instance de régulation dispose au moins d'un pouvoir de proposition, qui lui permet de participer au processus normatif, ou d'un pouvoir de recommandation qui, pour être apparemment exclusif de toute idée de contrainte, n'en comporte pas moins, pour les destinataires des effets juridiques — parfois comparables à ceux des règlements.

Ensuite, la régulation prend la forme de décisions ponctuelles, touchant aux situations concrètes et visant à assurer la préservation de certains équilibres sectoriels : il s'agit, tantôt de définir, par voie d'autorisations, les conditions d'entrée sur le marché et d'exercice de l'activité, tantôt de résoudre les conflits et de concilier les intérêts en présence ; la fonction de régulation prend alors un aspect d'*arbitrage*, qui la rapproche de la fonction juridictionnelle. Cette dimension est très explicite en cas d'opposition, voire de contradiction, d'intérêts, comme par exemple en ce qui concerne les rapports administration-administrés. On la retrouve aussi fortement présente dans le domaine économique : la coexistence sur un marché d'opérateurs publics et privés, dont les situations sont radicalement différentes en termes de contraintes et de ressources, rend notamment indispensable un tel mécanisme d'arbitrage ; c'est ainsi que l'ouverture du marché du téléphone a conduit à la mise en place d'un processus de règlement préventif des litiges entre l'opérateur public dominant et les nouveaux opérateurs privés — véritable « fonction contentieuse », dont l'exercice est en-

¹⁶ J.L. Autin, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, n° 5, p. 1213.

touré d'une série de garanties d'ordre procédural¹⁷. Mais ce besoin d'arbitrage est en réalité inhérente au bon fonctionnement de l'économie de marché, qui suppose l'institution de mécanismes destinés à assurer la concurrence loyale entre les opérateurs ; le seul problème est de savoir si des dispositifs généraux suffisent (Conseil de la concurrence), ou si les problèmes particuliers d'organisation de certains marchés appellent la mise en place d'instances de protection spécifiques.

Enfin, la régulation se traduit encore par une mission plus générale de *supervision* et de contrôle, qui suppose la conjugaison de plusieurs types de pouvoirs : pouvoirs d'investigation, permettant de garantir une information pertinente ; pouvoirs d'injonction ou de mise en demeure, permettant, au besoin, de ramener les intéressés dans le droit chemin ; pouvoirs de sanction enfin, destinés à réprimer les manquements éventuels. Si le Conseil constitutionnel a admis l'existence de ce pouvoir répressif, notamment pécuniaire, dont la constitutionnalité avait été contestée, c'est sous la réserve qu'il soit entouré d'un ensemble de garanties de forme et de fond, aboutissant à sa « quasi-juridictionnalisation » (décisions du 17 janvier 1989 sur le CSA et du 28 juillet 1989 sur la COB).

2° Transversale aux découpages juridiques traditionnels, la fonction de régulation modifie plus profondément les conditions d'utilisation de la technique juridique et, au-delà, la conception même du droit : le « droit de régulation » apparaît comme un « autre droit »¹⁸, n'ayant plus guère à voir avec le droit traditionnel ; succédant au droit « abstrait, général et désincarné », « droit jupitérien »¹⁹ exprimant la transcendance étatique, il serait caractérisé « par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir »²⁰. Ce faisant, le « droit de régulation » se présente comme l'illustration même du « droit post-moderne »²¹; marqué par le pluralisme et la flexibilité.

La régulation implique l'*éclatement des processus d'élaboration* du droit, à un double titre. D'une part, la régulation suppose la proximité vis-à-vis du système à réguler, et donc l'adaptation à la diversité constitutive du social : le droit ne provient donc plus d'un foyer unique, source de toute normativité, mais de foyers multiples, très diversement enracinés dans la société ; au « droit monologique », reposant sur la « transativité », la génération des normes s'effectuant suivant un processus en cascade, succède un droit « dialogique », reposant sur l'« intransitivité »²² — « droit d'Hermès », s'appuyant sur une multiplicité d'acteurs juridiques²³. D'autre part, la régulation repose sur la confrontation et l'arbitrage d'intérêts sociaux qu'il s'agit d'harmoniser : elle postule donc que ces intérêts soient à même de se faire entendre et d'intervenir dans les processus de décision ; le droit devient ainsi un droit négocié, qui est le fruit d'une délibération collective.

Corrélativement, la régulation conduit à un *droit pragmatique*, sous-tendu par une préoccupation d'efficacité. Ce pragmatisme pousse à recourir, de préférence aux comman-

¹⁷ J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA* 1996, p. 934.

¹⁸ G. Timsit, « Les deux corps du droit : essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n° 78, 1996, p. 377.

¹⁹ F. Ost, « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée », in *Les administrations qui changent*, PUF, 1996 p. 73.

²⁰ G. Timsit, *ibid.*

²¹ J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », Colloque CREDECO, Nice, oct. 1996.

²² G. Timsit, *Thèmes et systèmes du droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1986, pp. 120 sq.

²³ F. Ost, *Ibid.* p. 78.

dements juridiques traditionnels, à des techniques plus souples, relevant d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »²⁴ : on voit se développer des « formes progressives et graduées d'émergence du droit visant, par l'édiction de règles souples et flexibles, à encadrer la pratique des acteurs sociaux, à orienter leur comportement, à favoriser leur auto-discipline, avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes »²⁵ ; plutôt que de contraindre, il est préférable de convaincre par des moyens plus informels d'influence ou de persuasion. La régulation débouche ainsi sur un « droit mou » (*soft law*), formulé en termes d'objectifs, directives, recommandations, et misant sur la dissuasion plus que sur la répression. Le pragmatisme entraîne aussi un processus d'adaptation permanente des normes : la régulation implique en effet qu'au vu des résultats enregistrés, des dispositifs de correction soient mis en oeuvre pour procéder aux ajustements nécessaires ; le « droit de régulation » se présente ainsi comme un « droit réflexif », caractérisé par la récursivité.

Le thème de la régulation conduit donc à une vision nouvelle du rôle de l'Etat : chargé de veiller en permanence sur le jeu social, en assurant la maintien de certains équilibres entre les intérêts en présence, l'Etat est amené à adapter en conséquence ses modes d'action, et notamment les conditions d'utilisation de la technique juridique. Mais cette vision alimente aussi le processus de fragmentation de l'appareil administratif.

II / LA REGULATION COMME VECTEUR DE POLYCENTRISME ADMINISTRATIF

La fonction de régulation est prise en charge par des organes administratifs divers : souvent couplée à des tâches de gestion, elle incombe aussi bien à des services de l'Etat qu'à des structures spécialisées, ce qui entraîne des partages de compétences complexes. Néanmoins, cette fonction tend progressivement à *s'autonomiser* dans l'Etat : tandis que les responsabilités de gestion et de régulation des marchés sont en voie de dissociation, notamment sous la pression communautaire, les instances de régulation se voient reconnaître une capacité d'action propre ; si cette capacité résulte parfois de la simple autorité morale conquise par une instance dont le statut reste consultatif (par exemple le Comité national d'éthique ou les nombreuses commissions ou comité existant dans le domaine économique), elle peut se traduire aussi par une personification ou par un statut d'indépendance. Les agences et les AAI constitue deux illustrations différentes de ce mouvement : le développement des agences a été spectaculaire²⁶ au cours des dernières années, notamment dans le domaine des affaires sociales et de la santé²⁷ et pour la protection de l'environnement, mais elles conjuguent fonctions de régulation et responsabilités de gestion et leur autonomie juridique est contrebalancée par le contrôle de tutelle ; en revanche, les AAI poussent le mouvement d'autonomisation plus loin dans la mesure où, non seulement elles sont dégagées de toute mission de gestion, mais encore elles sont dotées d'un statut d'indépendance qui les protège de l'emprise des pouvoirs de toute nature (A). Elles permettent ainsi de mieux évaluer les effets du polycentrisme administratif (B).

A) La logique d'autonomisation

²⁴ P. Amsselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 287 sq.

²⁵ J.L. Autin, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 55.

²⁶ Voir J. Chevallier, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », *Mélanges Dupuis*, LGDJ, 1997, pp. 47 sq.

²⁷ Deux agences de contrôle sanitaire ont été récemment créées, l'une pour les médicaments et produits de santé, l'autre pour les aliments.

Les AAI constituent des îlots autonomes dans l'Etat : l'absence de lien hiérarchique et de contrôle de tutelle leur confère une pleine capacité d'action et une faculté de libre détermination dont ne disposent pas les autres structures administratives, même dotées de la personnalité juridique ; chacune d'entre elles constitue un *centre spécifique de pouvoir*, situé en marge de l'appareil administratif. Ce statut est le sous-produit logique de la promotion du thème de la régulation.

1° Le principe d'autonomisation est inhérent à l'idée même de régulation : la régulation ne peut être efficace que si les instances qui en sont chargées disposent d'une liberté d'action au sein des structures étatiques. Cette exigence découle d'abord du caractère *méta-institutionnel* de la fonction de régulation : celle-ci est appelée en effet, on l'a vu, à s'exercer vis-à-vis des entités publiques elles-mêmes, soit que ces entités soient perçues comme source de menaces pour les libertés individuelles, soit qu'elles soient impliquées directement dans le jeu économique et social, en tant que productrices de biens et services ; il est donc nécessaire que la régulation incombe à des instances « neutres » et « objectives », non seulement dégagées de tout lien d'allégeance à l'égard des gouvernants mais aussi déconnectées du reste de l'appareil, et de ce fait capables de définir les conditions d'un « juste équilibre » entre les intérêts sociaux de toute nature, intérêts publics compris. L'autonomisation est aussi appelée par la *nature intrinsèque* de l'activité de régulation : la capacité d'arbitrage requiert une compétence technique, une indépendance d'esprit, voire une autorité morale, qui transforme l'« expert » en « sage », disposant en tant que tel de la hauteur de vues nécessaire ; mais la régulation suppose aussi une connaissance intime du secteur à réguler, des contacts étroits avec ses représentants, qui imposent un processus de rapprochement avec le milieu et le relâchement corrélatif des contraintes résultant de l'appartenance à la machine bureaucratique.

L'essor de la régulation indépendante est aussi, et plus généralement, le reflet d'une crise affectant les formes traditionnelles d'intervention publique. *Crise d'abord de l'Etat providence* : l'emprise des grands appareils de gestion publique suscite des réactions d'allergie et de rejet ; l'intervention publique n'est plus seulement perçue comme une garantie mais encore comme une menace, contre laquelle il faut se prémunir par la construction de dispositifs de protection appropriés. *Crise ensuite de la représentation politique* : l'élection ne suffit plus à doter l'action publique d'une légitimité de principe ; non seulement le pouvoir politique serait peu apte à prendre en charge l'activité de régulation, mais encore celle-ci devrait être soustraite à son emprise. La légitimité politique, fondée sur l'élection, se trouve relayée et suppléée par une légitimité professionnelle, reposant sur la compétence et la sagesse : les élus se voient expropriés de tout droit de regard sur l'exercice de certaines missions essentielles de l'Etat ; laissant entrevoir l'image d'un « Etat dépolitisé », la régulation indépendante apparaît comme une entorse au principe démocratique, qui postule que la puissance de l'Etat soit exercée sous l'autorité et le contrôle direct des élus de la Nation²⁸. Cette dépossession des élus politiques a été très explicite au moment de l'institution en 1993²⁹ du Conseil de la politique monétaire, chargé de définir en toute indépendance les modalités de mise en oeuvre de la politique monétaire : les gouvernants perdent alors le contrôle d'un instrument privilégié d'action économique ; mais on retrouve le même phénomène chaque fois qu'une AAI nouvelle est mise en place, et récemment encore pour les

²⁸ J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *Semaine juridique*, 1986, I, n° 3254.

²⁹ Loi du 4 août 1993, modifiant le statut de la Banque de France (voir M. Lombard, « le nouveau statut de la Banque de France », *AJDA*, 1994, pp. 491 sq.).

télécommunications³⁰, ce qui explique les réticences, voire la franche hostilité d'élus pourfendant l'« adhocratie ». *Crise enfin du modèle administratif* : le principe unitaire, qui conçoit l'administration comme un ensemble intégré, un bloc monolithique, dont les différents éléments, tels les rouages d'une machine, ne disposent pas d'une logique d'action autonome, révèle ses limites et ses insuffisances ; pour exercer ses missions, l'administration est tenue d'épouser la complexité du social et de se segmenter. La régulation bureaucratique, exercée au centre, tend à faire place à des régulations diversifiées exercées à la périphérie.

2° Si elles restent rattachés à l'Etat, les AAI n'en disposent pas moins d'une indépendance très remarquable au sein des structures étatiques : il s'agit d'autorités administratives « isolées », situées « hors appareil » ; et les disposent d'une authentique capacité d'action autonome. Leur *émancipation* est obtenue par l'octroi de garanties d'indépendance organiques et fonctionnelles.

Sur le plan *organique*, l'indépendance résulte à la fois des principes de composition et des règles fixées pour l'exercice du mandat. Si elles sont très variables, les conditions de désignation sont destinées dans tous les cas à assurer le pluralisme et la compétence : *pluralisme*, par le partage du pouvoir de désignation des membres entre les plus hautes autorités politiques (Présidents de la République, de l'Assemblée Nationale, du Sénat)³¹, l'intervention fréquente des plus hautes juridictions (Cour de Cassation, Conseil d'Etat, Cour des Comptes) ainsi parfois que d'organismes professionnels ; *compétence* surtout, par le choix de personnalités disposant, soit d'une compétence technique garantissant leur connaissance des problèmes, soit d'une stature personnelle les dotant de la hauteur de vues nécessaire, soit encore combinant les deux types de ressources. Le poids respectif donné à ces critères varie selon le type d'AAI. La professionnalisation est forte pour les AAI du secteur économique³² : les organes dirigeants de ces autorités font largement place, à côté des représentants des hautes juridictions, aux professionnels du secteur, ainsi qu'aux personnalités qualifiées³³ ; cette professionnalisation s'explique par la technicité des problèmes, qui appelle une compétence économique et financière. Au contraire, dans des secteurs, comme l'audiovisuel, l'équation politique a davantage d'importance. Mais l'indépendance résulte surtout des conditions prévues pour l'exercice du mandat : nommés pour une durée fixe, les membres sont inamovibles ; et le fait que leur mandat ne soit généralement pas renouvelable ne peut qu'accroître leur liberté d'esprit, en écartant tout risque de complaisance par rapport à ceux qui sont investis du pouvoir de nomination. Enfin, un régime très strict d'incompatibilités est établi afin d'interdire l'interférence d'autres intérêts, tandis que l'obligation de réserve pesant sur les membres renforce le prestige, la sérénité et l'autorité de l'institution.

Ces garanties organiques sont complétées par des *garanties fonctionnelles*. Les AAI disposent d'abord d'une autonomie de gestion administrative et financière : elles possèdent leurs propres services, dirigés par leur président, tout en ayant la faculté de faire appel, en cas de besoin, aux services compétents de l'Etat ; elles s'assurent le concours d'agents

³⁰ D'où les critiques formulées par le rapport Delebarre de septembre 1997, dénonçant le « risque de technicisation » consécutif du débat relatif aux télécommunications.

³¹ Sur ce plan, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) fait exception, puisque trois des cinq membres, dont le président, sont nommés par décret.

³² J. Chevallier, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices*, n° 1, janv.-juin 1995, p. 87.

³³ Le poids du politique reste en revanche fort pour la désignation des membres du Conseil de la politique monétaire, ce qui s'explique par la nature de ses missions.

(fonctionnaires mis à disposition, contractuels) qu'elles recrutent et gèrent avec une souplesse d'autant plus grande qu'elles sont soustraites à l'obligation de ne recourir qu'à des fonctionnaires titulaires. Le président est ordonnateur des dépenses, qu'il engage librement dans la limite des crédits inscrits au budget. Surtout, ces autorités sont affranchies de tout lien de dépendance hiérarchique ou de tutelle : placées en dehors de la hiérarchie administrative, elles ne reçoivent ni ordres, ni instructions ; elles exercent les attributions qui leur sont confiées en toute indépendance et les décisions qu'elles prennent dans le cadre de leur compétence sont dotées de force exécutoire.

Ce processus d'autonomisation des instances de régulation s'inscrit dans la perspective d'un modèle différent d'organisation administrative.

B) Vers une administration polycentrique ?

Les AAI ne relèvent plus du modèle bureaucratique de type monocratique, fondé sur la concentration du pouvoir de décision au sommet, mais d'un modèle « polycentrique », comportant des *pôles de pouvoir* différenciés et indépendants les uns des autres : disposant d'une capacité d'action autonome, les entités administratives ne sont plus, dans ce modèle, unies par des liens verticaux de subordination, mais par des relations horizontales d'interaction et d'interdépendance ; la figure post-moderne du *réseau* tend ainsi à se substituer à celle de la *pyramide*. Dans un univers administratif ainsi balkanisé, le problème est d'assurer le maintien d'une certaine unité de l'appareil ainsi que la cohésion de l'action publique : l'Etat tend en effet à se présenter sous la forme d'un assemblage de dispositifs atomisés de régulation, très diversement articulés sur la société et communiquant peu entre eux.

1° Le mouvement de polycentrisme est à première vue contrebalancé par le maintien de solides liens, arrimant les AAI au reste de l'appareil administratif et rendant leur « indépendance » largement factice. L'analyse des textes institutifs montre bien que l'absence de pouvoir hiérarchique ou de tutelle n'exclut pas une dépendance plus subtile, résultant des règles d'affectation des moyens et des restrictions à l'autonomie de gestion ; et l'indépendance de ces autorités ne va pas jusqu'à les soustraire au contrôle du juge administratif qui apparaît comme le gardien et le garant de la cohésion des structures étatiques — même si cette fonction peut être, dans un souci de simplification du contentieux, transférée au juge judiciaire, comme dans le domaine de la concurrence. Par ailleurs, en encadrant strictement les pouvoirs dévolus à ces autorités, notamment en matière de réglementation et de sanction, le Conseil constitutionnel a marqué son souci de préserver les règles traditionnelles relatives à l'aménagement des pouvoirs étatiques. Ainsi, la reconnaissance des AAI a-t-elle été assortie d'un travail d'interprétation, notamment jurisprudentiel, aboutissant à une certaine banalisation de leur statut.

Ce constat ne saurait pourtant conduire à sous-estimer l'impact de l'institution des AAI sur le modèle d'organisation administrative. D'abord, les AAI donnent à voir une *administration segmentée*, faite d'une mosaïque d'entités très diverses, formée d'un ensemble d'éléments hétérogènes : structures « hors machine », elle constituent en effet des « îlots » à part dans l'Etat ; et chacune d'elles est irrésistiblement portée à renforcer son autonomie en s'appuyant sur son statut et en jouant de la compétence et de l'autorité dont ses membres sont investis. Ensuite, l'émancipation par rapport aux contraintes bureaucratiques est assortie d'un processus corrélatif d'*intégration au milieu*. Ce mouvement est favorisé dans le domaine économique par la professionnalisation : la proximité vis-à-vis des intérêts organisés tend alors à faire passer les AAI en cause sous l'empire d'une logique corporative ; néanmoins, toute AAI est amenée plus ou moins à intérioriser la rationalité du secteur qu'elle est chargée d'encadrer et de réguler. Enfin, le développement des AAI entraîne l'*éclatement de l'action publique*, en aboutissant à la juxtaposition de régulations sectorielles. Sans doute, l'expropriation du politique n'est pas totale : non seulement l'AAI exerce, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, ses compétences dans le cadre fixé par les lois et règlements, mais encore le gouvernement conserve la responsabilité de la définition et de la conduite des politiques sectorielles ; la mise en place d'une AAI n'a jamais pour effet de priver les gouvernants de tout droit de regard sur le secteur en cause et la fonction de régulation est toujours partagée. Néanmoins, l'articulation entre les actions menées ne relève plus de l'évidence, d'autant que manquent en l'espèce les dispositifs de mise en cohérence, de type contractuel, qui existent par exemple avec les autorités locales ; et l'ajustement des domaines de compétence entre les diverses AAI devient lui-même pro-

blématique³⁴. C'est donc bien une vision nouvelle de l'administration qui se profile à travers ces évolutions.

2° Le scepticisme qui a longtemps prévalu quant à l'avenir d'une formule relevant pour certains d'un simple effet de mode ou considérée comme une réponse purement circonstancielle à la crise de l'Etat providence n'est plus de mise : les AAI se sont en effet progressivement *enracinées*, en devenant un élément durable du paysage administratif français.

D'abord, dès l'instant où une régulation indépendante a été instituée, toute remise en cause de ce qui apparaît comme un dispositif de protection des libertés devient difficilement concevable (effet « cliquet »), en dépit du libre pouvoir d'appréciation dont dispose le politique : les contre-exemples, notamment en matière de presse (1986), sont exceptionnels et les vicissitudes de l'instance de régulation de l'audiovisuel n'ont par exemple jamais impliqué la remise en cause de sa nécessité, qui est désormais unanimement admise. Cet enracinement n'est pas seulement le produit de la pesanteur qui pousse toute institution à s'auto-perpétuer ; il est aussi la conséquence du bilan globalement positif qui peut être tiré de l'action des AAI : même si les nominations n'ont pas toujours présenté les garanties d'impartialité souhaitables, même si les pressions politiques ont été parfois visibles, ces autorités ont contribué à l'établissement de nouvelles règles du jeu dans les secteurs qu'elles ont en charge.

Ensuite, les réformes successives dont elle ont été l'objet ont contribué à conforter leur position, soit en leur donnant un authentique statut d'autorité (Conseil de la concurrence en 1986), soit en améliorant l'indépendance de leurs membres (CSA et COB en 1989), soit encore en étendant leurs pouvoirs afin de faciliter l'exercice de leur fonction régulatrice : l'attribution du Conseil de la concurrence en 1986, puis au CSA et à la COB en 1989, du pouvoir d'infliger des sanctions notamment pécuniaires est symptomatique de ce renforcement ; tout se passe d'ailleurs comme si un mouvement vers le haut poussait les AAI à s'aligner sur celles d'entre elles qui sont le plus richement dotées en pouvoirs et en prestige.

Enfin, loin de rester cantonnées à quelques domaines d'élection, la formule de la régulation indépendante tend à gagner de nouveaux secteurs de l'action étatique, dans lesquels impartialité, neutralité et objectivité paraissent devoir prévaloir : de nouvelles AAI sont apparues récemment, d'une part dans des domaines sensibles touchant de près aux libertés publiques, comme le contrôle du financement de la vie politique (1990), les écoutes téléphoniques (1991) ou la déontologie policière³⁵, d'autre part comme instruments de régulation de l'économie de marché, soit horizontalement comme le Conseil de la politique monétaire (1993), soit verticalement comme l'ART (1996) ; la régulation indépendante paraît ainsi s'étendre dans ses deux domaines de prédilection, ce qui n'exclut pas d'autres applica-

³⁴ Le problème se pose notamment dans le domaine économique entre les AAI à compétences « horizontales » comme le Conseil de la concurrence et à compétences « verticales », comme l'ART.

³⁵ L'idée d'instaurer un contrôle des pratiques policières par un organe indépendant du ministère de l'Intérieur avait été lancée dès 1982 par le rapport Bélorgey ; la FASP l'avait reprise en 1989, mais sans succès, et es Conseils mis en place successivement en 1993 (le Conseil supérieur de l'activité de police nationale créé par le décret du 16 février ayant été supprimé en mai et remplacé par le Haut Conseil de la déontologie (décret du 16 septembre) n'avaient été dotés que d'attributions consultatives ; le CSDS est en revanche une véritable AAI, qui peut être saisie par tout citoyen, dont le champ d'intervention et les pouvoirs d'investigation sont étendus.

tions possibles³⁶, et le mouvement ne peut que s'amplifier au cours des prochaines années³⁷.

Ce renforcement prévisible du polycentrisme administratif pose sans nul doute des problèmes délicats au regard de la cohésion de l'appareil administratif et de la cohérence de l'action publique : au-delà du défi qu'elle lance à la logique démocratique, confrontée non seulement au « gouvernement des juges » mais encore au « gouvernement des sages », la prolifération des AAI comporte en effet un risque de *balkanisation* progressive des structures et d'*éclatement* des politiques publiques. Ce risque ne peut qu'être renforcé par l'extension probable de la formule au niveau communautaire : l'Europe constitue un espace propice au développement des formules de régulation indépendante, compte tenu des caractéristiques mêmes de la construction communautaire³⁸ ; or, le relais progressif des AAI par des autorités communautaires conçues sur le même modèle aboutira à court-circuiter plus clairement encore l'Etat. Le processus est en cours dans le domaine économique : l'encadrement des marchés résulte désormais de plus en plus de normes fixées au niveau européen ; aussi les instances de régulation nationales risquent-elles, sinon d'être absorbées, du moins de devenir les relais des instances créées au niveau européen. Le problème se pose déjà en matière de concurrence, où le droit européen et le droit national s'interpénètrent et où les contrôles se superposent ; il a été tranché en matière monétaire, avec la création de la Banque centrale européenne. Le polycentrisme administratif apparaît sous cet angle comme un élément et un vecteur d'un mouvement plus large de fragmentation et de dépassement des appareils d'Etat.

³⁶ Comme l'évaluation des Universités (1984) ou le contrôle des nuisances sonores (1997).

³⁷ Le Conseil d'Etat lui-même a souhaité dans son *Rapport public* de 1995 (Docum. française, 1996) des autorités indépendantes pour garantir la transparence de l'information.

³⁸ Voir Y. Mény, P. Muller, J.L. Quermonne (dir.), *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques 1995.