



HAL
open science

Les autorités administratives indépendantes : un produit d'importation ?

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Les autorités administratives indépendantes : un produit d'importation ?. Néo-libéralisme et américanisation du droit, 2019, 978-2-84934-412-5. <hal-02937030>

HAL Id: hal-02937030

<https://hal.science/hal-02937030v1>

Submitted on 24 Nov 2020

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.



HAL Authorization

LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES : UN PRODUIT D'IMPORTATION ?

Jacques Chevallier
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
CERSA-CNRS

In Fabien Bottini (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*,
Mare et Martin, 2019, pp. 141-154

Les « autorités administratives indépendantes » (AAI) constituent à première vue une excellente illustration du mouvement d'américanisation du droit français depuis longtemps analysé¹, qui continue à s'étendre en dehors même de son terrain d'élection que constitue le droit des affaires², dans la voie tracée par la doctrine *Law and Economics* : dans bien des domaines, tels celui de la justice, les systèmes juridiques sont désormais mis en concurrence (*benchmarking*) dans ce qui est devenu un « marché mondial des normes » et le modèle juridique anglo-saxon, plus précisément américain, est souvent considéré comme « plus performant » que le système français ; le droit public n'échappe pas lui-même, sous l'emprise de la diffusion de la vulgate néo-libérale³, à ce mouvement qui met en cause certains de ses équilibres fondamentaux. La mutation que connaît le droit public français à l'heure de la mondialisation se traduit par l'importation d'une série de techniques et de principes en vigueur Outre-Atlantique.

Les AAI apparaissent comme un exemple emblématique de ce phénomène : à première vue incompatibles avec les principes qui commandaient en France la construction de l'État et de l'administration, elles évoquent en effet singulièrement la formule des *Independent Regulatory Agencies (IRA)* qui a été depuis la fin du XIX^e siècle l'un des instruments privilégiés de l'interventionnisme public aux Etats-Unis. Le rapprochement a été fait dès l'apparition de la notion : dès 1986, on soulignait que, n'entrant dans aucune des catégories existantes du droit public, ces autorités présentaient « beaucoup de traits communs avec les grandes Agences fédérales américaines, souvent très anciennes, dotées de pouvoirs de régulation sectorielle », aboutissant à la « transposition en France d'un modèle d'intervention publique qui était traditionnellement jugé incompatible avec certaines traditions nationales »⁴ ; pour la plupart des auteurs la filiation des AAI avec les *IRA* américaines ne faisait guère de doute⁵. Néanmoins, cette filiation ne serait que partielle : davantage que le modèle américain, il conviendrait d'ailleurs de parler du « modèle anglo-saxon », une formule d'inspiration comparable étant apparue en Grande-Bretagne dès le XIX^e siècle avant de proliférer au cours du XX^e (*Non departmental Public Bodies (NDPB)* ou *Quangos (Quasi autonomous non governmental Organizations)*⁶ ; et ce modèle lui-même ne saurait être considéré comme ayant « servi de source exclusive ou même

¹ Voir « L'américanisation du droit », *Archives de philosophie du droit*, volume 45, 2001.

² Notamment sous l'influence des analyses comparatives figurant depuis 2004 dans les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale

³ F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Mare et Martin, 2017.

⁴ J. Chevallier, « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1986, n° 3254, p. 35.

⁵ Dans leur étude pionnière, F. Gazier et Y. Cannac (« Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, n° 35, 1983-1984, pp. 13-78) n'évoquaient cependant pas cette influence (voir aussi P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle ? », *AJDA*, 1983, p. 270) ; le rapport du Conseil d'État de 2001 (*EDCE*, n° 52), près de vingt ans plus tard ne l'évoque que brièvement (p. 270, concernant la COB).

⁶ Voir J. Bell, « L'expérience britannique en matière d'AAI », in *Rapport du Conseil d'État 2001* précité, p. 461.

principale d'inspiration pour le modèle français des AAI »⁷, dans la mesure où il se combinerait avec d'autres influences. Une perspective plus générale serait d'autant plus nécessaire qu'expression d'un mimétisme qui, sous la pression de la mondialisation, pousse à un transfert toujours plus important de technologies institutionnelles⁸, la formule des autorités indépendantes, qui paraissait jusqu'alors être l'apanage des pays anglo-saxons, a connu un spectaculaire développement dans tous les pays à partir des années 1980 : il n'y aurait donc pas un seul modèle de référence mais plusieurs conceptions des autorités indépendantes, déclinées selon des configurations variées ; un « modèle européen d'AAI », né tardivement en relation avec la crise de l'État providence et construit en fonction des traditions propres à ces pays, devrait être ainsi distingué du modèle américain⁹.

La relation entre le modèle français des AAI et le modèle américain des *IRA* ne saurait être envisagée simplement en termes d'emprunt, d'importation et *a fortiori* d'application mécanique ; l'idée d'américanisation du droit trouve ici, comme dans les autres domaines, ses limites. L'influence de modèles étrangers s'exerce toujours sous couvert de processus de transposition et d'adaptation qui en modifient la portée et la signification. La similitude apparente des institutions ne doit pas faire illusion : le mimétisme est souvent purement formel et recouvre des usages et des pratiques foncièrement différents ; la réappropriation se double d'une réinvention qui aboutit à des constructions originales. Le modèle américain des *IRA* est « né de manière pragmatique dans un contexte politique et administratif très différent »¹⁰ de celui qui a présidé en France à l'émergence de la formule des AAI : apparue en 1978 avec la loi Informatique et libertés, celle-ci s'est diffusée au prix d'une certaine improvisation¹¹ et sans qu'une réflexion approfondie ait été menée sur ses implications juridiques, et notamment sur sa compatibilité avec le système de l'État de droit¹² ; néanmoins, si elles ne constituent pas un simple produit d'importation, les AAI n'en révèlent pas moins la pénétration dans le droit public français d'une logique qui lui était jusqu'alors étrangère.

Après avoir rappelé les traits essentiels du modèle américain de régulation indépendante, qui semblaient exclure toute possibilité de transposition dans le contexte français (I), on montrera que l'émergence des AAI a témoigné d'un processus d'acclimatation de ce modèle (II), que la dynamique d'évolution a contribué sur certains points à renforcer (III).

I / LE MODÈLE AMÉRICAIN DES AGENCES INDÉPENDANTES

Le modèle américain de régulation indépendante a pendant longtemps été considéré comme doté d'une irréductible spécificité, en étant lié aux luttes de pouvoir entre le Président et le Congrès : à travers lui, il s'est en effet agi pour le Congrès de faire échapper, dans une série de secteurs, l'intervention publique à l'autorité du Président ; instituées par le Congrès, qui fixe au cas par cas leurs compétences, pouvoirs et modes d'organisation, les *IRA* vont ainsi, à la différence des « agences exécutives », être dotées d'un statut d'indépendance par rapport à l'Exécutif.

⁷ M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Coll. Clefs, 1991, p. 20.

⁸ Y. Mény (dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, L'Harmattan, 1993.

⁹ En ce sens, J-L. Autin, « Vers un modèle européen d'AAI » in C. Grémion, R. Fraisse (dir.), *Le service public en recherche : quelle modernisation ?*, Documentation française, 1996, p. 363 et J-M. Pontier, Annexe au rapport P. Gélard, « Les AAI: évaluation d'un objet juridique non identifié », *Ass. Nat. n° 3166-Sénat*, n° 404, 15 juin 2006.

¹⁰ M. Gentot, *op. cit.*, p. 24.

¹¹ Le Conseil d'État évoque dans son rapport de 2001 « le hasard » qui serait « la caractérisation dominante du mouvement de création des AAI » (p. 267).

¹² J. Chevallier, « Autorités administratives indépendantes et État de droit », *Civitas Europa*, n° 37, décembre 2016, p. 143.

A) *Indépendance*

Inaugurée en 1889, via le statut d'autonomie conféré par le Congrès à l'« *Interstate Commerce Commission* » (*ICC*) qui avait été créée en 1887 au sein du Département de l'Intérieur, la formule connaîtra au début du XX^e siècle¹³ puis dans les années Trente¹⁴ un important développement, avant sa prolifération dans les domaines les plus divers. Si leur nombre ne saurait être évalué de manière précise¹⁵, les auteurs s'accordent en général sur certains critères : la structure collégiale de leur organe de direction (de cinq à dix membres), les conditions de désignation des membres - les propositions de nomination faites par la Président devant être avalisées par le Sénat -, le caractère pluraliste et la logique bipartisanne qui président à leur composition, la nomination pour une durée fixe et l'échelonnement dans le temps des mandats, surtout l'absence de pouvoir de révocation discrétionnaire du Président.

Ce dernier aspect constitue le point essentiel, dans la mesure où c'est la condition pour que les *IRA* soient soustraites à l'influence présidentielle. Le pas a été franchi en 1935 par la Cour suprême, non sans une certaine ambiguïté : alors que l'arrêt *Myers v/ US* de 1926 pouvait laisser penser que le pouvoir de révocation du Président s'étendait aussi aux agences indépendantes, l'arrêt *Humphrey's Executor v/US*, annulant la décision de Franklin Roosevelt de mettre fin au mandat d'un membre de la *FTC*, a établi un cran d'arrêt par rapport au pouvoir présidentiel ; la décision est, en l'espèce, fondée sur le fait qu'exerçant des fonctions « quasi-législatives » et « quasi-juridictionnelles », la *FTC* n'a « aucune place dans la branche exécutive », ce que confirmera l'arrêt *Wiener* de 1958¹⁶. Le Président n'est sans doute pas dépourvu de tout moyen d'action sur les *IRA* : non seulement c'est à lui qu'incombe la nomination des membres, le Congrès ne pouvant mettre en cause cette prérogative (*Buckley v/Valéo*, 1976), mais encore il a le pouvoir de les révoquer en cas de « cause » légitime (inefficacité, négligence dans l'exercice des fonctions, malversation, malversations) ; et il dispose d'un pouvoir de contrôle sur leur gestion et de supervision de leur activité, que la politique de déréglementation a contribué à renforcer¹⁷. Tous ces éléments conduisent à penser que les *IRA*, en tant qu'autorités administratives relèvent bien de la sphère exécutive, au moins en ce qui concerne leur gestion¹⁸.

Cette relation particulière à la Présidence trouve sa source dans le lien constitutif qui unit les *IRA* au Congrès : c'est en effet le Congrès qui définit leur mission en leur déléguant une part de son pouvoir législatif — délégation que la Cour suprême a admis sous réserve de « standards législatifs » d'orientation puis d'« intelligibilité » (*Mahler v/Eby*, 1924) ; la relation de l'agence indépendante au Congrès est dès lors « celle d'un agent à son principal »¹⁹. Le poids du Congrès se manifeste à travers l'attribution des moyens financiers ainsi que par l'existence d'une batterie de moyens de contrôle : rapports périodiques exigés des agences, enquêtes conduites par les commissions du Congrès, audition des responsables... Le Congrès s'est efforcé de renforcer son

¹³ *Federal Reserve System* en 1913, *Federal Trade Commission* en 1914.

¹⁴ *Federal Communications Commission (FCC)* en 1934 (voir sur l'évolution de la *FCC*, D. Custos, *La Commission fédérale américaine des communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1999), *Federal Power Commission* en 1935, *Federal Maritime Commission* en 1936, *Civil Aeronautique Board* en 1936...

¹⁵ Elles seraient au nombre d'une cinquantaine.

¹⁶ La Cour suprême décide qu'un membre de la *War Claim Commission*, « organe judiciaire » ne pouvait être révoqué par le Président que « *for Cause* ».

¹⁷ L'idée va s'imposer à la fin des années 1970 que le maintien et l'édiction de toute réglementation devaient être subordonnées à une évaluation préalable de leur impact, supervisé par l'*Office of Management and Budget (OMB)* de la Présidence : institué par le *Regulatory Flexibility Act* de 1980 (modifié en 1996), le dispositif sera ultérieurement complété (*Executive Orders* d'octobre 1993 et de janvier 2011

¹⁸ E. Zoller, « L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux Etats-Unis », *RDP*, 2014, n° 2, p. 379.

¹⁹ *Ibid.*, p. 391.

droit de regard : si la pratique du « veto législatif », par laquelle il se donnait le pouvoir de revenir sur les règlements qu'elles édictent a été déclaré inconstitutionnel (*Chadha*, 1983), la procédure dite *Congressional Review of Agency Rulemaking* mise en place en 1996 s'inspire du même objectif.

Le statut des *IRA* est donc ambivalent, caractérisé par une relation duale, au Président et au Congrès : « c'est devant le pouvoir législatif que les agences indépendantes doivent justifier de leurs politiques et devant le Président qu'elles doivent répondre de leur gestion »²⁰. Leur indépendance doit donc être évaluée à sa juste mesure : elle n'implique nullement l'absence de tout contrôle politique mais passe par un système complexe d'influences, indissociable de la version américaine de la séparation des pouvoirs.

B) Régulation

La fonction de régulation dévolue aux *IRA* constitue l'autre marque de leur spécificité. Par *Regulation*, on entendra aux Etats-Unis les interventions publiques visant à assurer en tout premier lieu le bon fonctionnement de l'économie de marché, en corrigeant le jeu des intérêts privés : la « régulation » ainsi conçue suppose le recours à une panoplie d'instruments, juridiques et non juridiques²¹ ; elle passe par la réglementation (*rule-making*), la surveillance (*monitoring*), l'allocation des droits (*adjudication*), le règlement des litiges (*dispute resolution*). L'exercice de cette fonction par les agences implique dès lors la dévolution d'un ensemble de pouvoirs, dont la densité varie selon les cas : pouvoir de réglementation, de nature « quasi-législative », impliquant le respect des garanties procédurales que l'*Administrative Procedure Act (APA)* de 1946 va contribuer à fixer²² ; pouvoir de veiller à l'application de ces règles, en prenant les décisions ponctuelles consécutives ; pouvoir de trancher les litiges, fonction de nature « quasi-juridictionnelle » donné à certaines d'entre elles, exercé alors par des *Administrative Law Judges*, juges administratifs spécialisés : pouvoir d'enquête, auquel certaines prérogatives de contrainte confèrent une particulière efficacité (obligation de communication de documents, incitation à comparaître, dépositions de témoins, investigations sur place...). Les *IRA* cumulent ainsi, mais cela ne leur est par propre, un ensemble de pouvoirs dont l'exercice est cependant garanti par l'application de règles procédurales (*due process*) et par l'existence d'un contrôle juridictionnel (*judicial review*)²³.

Le modèle ainsi construit n'est pas exempt de controverses. Sur le plan théorique, sa compatibilité avec le principe de séparation des pouvoirs a été mise en doute : portant atteinte à la prérogative reconnue par la Constitution de veiller à l'exécution des lois, il mettrait dans les mêmes mains des compétences qui doivent être normalement dissociées ; la thèse dite « fonctionnelle » de la séparation des pouvoirs mise en avant par certains auteurs, tel Peter Strauss²⁴, n'emportera pas la conviction. Sur un plan pratique, l'indépendance affirmée est souvent jugée plus formelle que réelle, en raison des luttes d'influence entre les pouvoirs constitutionnels et des risques de « capture » par les groupes d'intérêt. Dans tous les cas, ce modèle paraissait être indissociable de la conception du rôle de l'État (la régulation) et du régime

²⁰ *Ibid.*, p. 397.

²¹ Pour B.M. Mitnick (*The Political Economy of Regulation*, New-York-Colombia 1980) la régulation est « intervention intentionnelle au moyen de règles d'une autorité extérieure pour restreindre l'espace de choix d'agents privés ».

²² L'*APA* aurait eu pour effet d' « obliger les agences à fonctionner de manière démocratique dans l'élaboration des règlements qu'elles prennent et dans l'application qu'elles en font » (E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, n° 4, 2004, p. 757).

²³ M. H. Davis, « L'expérience américaine des *Independent Regulatory Commissions* », in C-A. Colliard, G. Timsit (dir.), *Les autres administratives indépendantes*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1988, p. 231.

²⁴ *Introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989.

politique (l'équilibre des pouvoirs) prévalant aux Etats-Unis ; hors de ce contexte il était censé perdre toute pertinence.

Les principes traditionnels sur lesquels repose en France la construction de l'État, du politique et de l'administration semblaient ainsi exclure radicalement toute possibilité de transposition. L'administration a été conçue en France, de la Constitution de 1791 à celle de 1958²⁵, comme strictement subordonnée au pouvoir exécutif et aménagée selon une logique unitaire : si celle-ci n'a sans doute pas interdit la mise en place de structures diversifiées, qui ont proliféré au fur et à mesure de l'extension des missions de l'État, l'unité était garantie par l'existence de liens de type organique – relation de subordination (hiérarchie), dispositifs de contrôle (tutelle) – donnant de l'administration une image d'ordre et de cohérence ; l'idée d'autorités administratives dégagées de toute soumission à l'égard de l'Exécutif et constituant des entités séparées du reste de l'appareil administratif ne pouvait qu'apparaître incompatible avec cette construction. De même le principe de séparation des pouvoirs était censé interdire qu'ils soient réunis entre les mains des mêmes organes, au risque de saper les fondations même de la démocratie et de l'État de droit. Le système des agences indépendantes était dès lors considéré comme intransposable en France.

Un basculement s'est cependant produit avec l'apparition des AAI.

II / LE PROCESSUS D'ACCLIMATATION

Nées dans un certain désordre, en vue de répondre à des problèmes conjoncturels, les AAI vont faire l'objet d'un travail de conceptualisation et de labellisation, visant à dégager un ensemble de traits communs. Si le système américain des agences est évoqué, c'est à titre d'exemple étranger, l'ambition étant de construire un modèle spécifique, adapté aux traditions juridiques nationales : néanmoins, le modèle ainsi formalisé emprunte bel et bien ses éléments essentiels au modèle américain ; et cette transposition est riche d'implications, en témoignant d'une inflexion en profondeur de la conception française de l'État.

A) *Genèse*

En dépit de son incompatibilité apparente avec les fondations du droit public français, le modèle américain des agences avait exercé une influence dans le domaine économique, comme en témoigne la création en 1967 de la « Commission des opérations de bourse » (COB). Si l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui la crée se borne à préciser sa composition et ses attributions, le décret du 3 janvier 1968 indique en effet qu'il s'agit d'une « institution spécialisée de caractère public dont les frais de fonctionnement sont pris en charge par l'État ». Chargée de contribuer au développement du marché financier, tout en surveillant son fonctionnement afin d'améliorer la transparence des transactions et l'égalité des opérateurs, la COB est un service administratif agissant au nom de l'État ; mais elle n'en dispose pas moins de structures singulières²⁶ ainsi que d'une large autonomie dans l'exercice de ses missions²⁷. Détenant un pouvoir propre de réglementation, la COB préférera recourir à des « recommandations », relevant d'une « magistrature d'influence »²⁸. La COB ne relève ainsi d'aucune des catégories administratives classiques : « autorité administrative chargée d'une police économique spéciale, la COB est un service non personnalisé de l'État placé sous la tutelle du ministre de l'Économie mais qui, d'un point de vue fonctionnel, jouit d'une

²⁵ L'article 20 de celle-ci selon lequel « Le gouvernement dispose de l'administration » formule le principe avec une force toute particulière

²⁶ La politique de la Commission est définie par un collège de cinq personnalités nommées pour une durée fixe.

²⁷ Si un commissaire du Gouvernement assiste aux séances du collège, il peut seulement provoquer une seconde délibération et approbation ministérielle n'est requise que pour les décisions à caractère réglementaire.

²⁸ J. Donnedieu de Vabres, « La COB, une administration de mission », *Revue administrative*, n° 195, 1980, p. 237 ; M. Guillaume-Hofnung, « Réflexion sur la nature juridique de la COB », *RDP*, 1982, n° 5, p. 1343.

indépendance quasi totale »²⁹. Or ces traits évoquent le modèle américain de la « *Securities and Exchange Commission* » (*SEC*), dont les auteurs de la réforme se sont très clairement inspirés, en les adaptant au contexte français. L'évolution sera plus lente en matière de concurrence : si elle a été rangée par le Conseil d'État en 1984 dans la catégorie des AAI et qualifiée comme telle par la loi du 30 décembre 1985, la Commission de la concurrence créée en 177, présente bien certains particularismes structurels mais ne dispose pas de pouvoir propre de décision³⁰ ; il faudra attendre l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour que soient transférés au nouveau Conseil de la concurrence les pouvoirs de sanction et d'injonction précédemment détenus par le ministre.

La création par la loi du 6 janvier 1978 de la « Commission nationale Informatique et libertés » (CNIL), explicitement qualifiée d'AAI, constituera un tournant décisif : non seulement la formule est pour la première fois utilisée, mais encore elle est appliquée hors du champ de l'économie. On sait les motifs qui ont conduit à cette solution. Un large débat avait été ouvert concernant les garanties à donner aux citoyens face au développement de l'informatique : une intervention de l'État était nécessaire mais on redoutait l'interconnexion des fichiers administratifs ; aussi le souhait avait-il été formulé de créer « au sein de l'État une instance largement indépendante qui soit en quelque sorte l'organe de la conscience sociale face à l'emploi de l'informatique »³¹. Le qualificatif d'AAI qui ne figurait pas dans le projet de loi, résultera du débat parlementaire : déjà le rapporteur de l'Assemblée Jean Foyer avait insisté sur la « totale indépendance » d'un statut qui tendait à rapprocher la CNIL « d'institutions comparables déjà existantes en droit français, telles que la COB ou la Commission de la concurrence »³² ; le rapporteur du Sénat Jacques Thyraud proposera de « qualifier avec précision la Commission ainsi, créée », afin d'« éviter les équivoques » et tout risque d'assimilation à une juridiction³³. Si le rapprochement avec les agences américaines a été effectué³⁴, le Parlement ne s'y arrêtera pas, la sphère de compétence de la CNIL contrastant au demeurant avec celle impartie à ces agences³⁵.

La formule AAI utilisée en 1978 pour qualifier la CNIL n'est pas restée isolée : d'autres institutions vont être construites peu après sur le même modèle, notamment en 1982 la « Haute autorité de l'audiovisuel »³⁶ et en 1984 l'éphémère « Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse ». La doctrine allait alors s'emparer de la notion et, en raisonnant par analogie, l'utiliser pour rendre compte d'hypothèses plus anciennes, jusqu'alors présentées comme *sui generis*, telles la COB ou le médiateur. Ce travail de systématisation doctrinal, auquel contribue le Conseil d'État³⁷, s'est fait au prix de vives controverses : certains expriment alors un fort scepticisme quant à la nouveauté et la cohérence de la catégorie³⁸, voire une franche

²⁹ N. Decoopman, *La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés*, Economica, 1980, p. 16.

³⁰ J. Donnedieu de Vabres, « La Commission de la concurrence : bilan et perspectives », *EDCE*, n° 36, 1984-1985, p. 79.

³¹ Rapport de la commission « Informatique et libertés », Documentation française, 1975, p. 69.

³² Rapport J. Foyer, *Ass. Nat.*, n° 3125, p. 14 et 4 octobre 1977, *JO-Débats*, p. 5783.

³³ Rapport J. Thyraud, Sénat, 10 novembre 1977, n° 72, p. 26 et 17 novembre 1977, *JO-Débats*, p. 2779.

³⁴ Rapport J. Foyer, préc., p. 54.

³⁵ Voir les observations d'H. Maisl, in C-A. Colliard, G. Timsit, *op. cit.*, pp. 293-294.

³⁶ Présentée comme « la clef de voûte du nouvel édifice audiovisuel », mettant fin à la relation de soumission au pouvoir politique, la Haute autorité n'est pas expressément qualifiée par la loi du 29 juillet 1983 d'AAI mais en présente tous les attributs (J. Chevallier, « Le statut de la communication audiovisuelle », *AJDA*, 1982, p. 555).

³⁷ Recensant une quinzaine d'organismes de ce type le rapport Gazier-Cannac précité y contribue en distinguant trois grandes périodes de création : introduisant une cohérence *a posteriori*, il aboutit à produire une généalogie mythique d'une catégorie qui n'a, en réalité, été inventée qu'à partir de la création de la CNIL

³⁸ En ce sens P/ Sabourin, *loc. cit.*

hostilité³⁹. La formule serait en effet contradictoire dans les termes : dans la tradition constitutionnelle française, « par définition, l'administration n'est pas indépendante ». L'idée qu'on était en présence d'institutions nouvelles dans le paysage administratif français ne s'en est pas moins progressivement imposée. En qualifiant expressément en 1984 la Haute autorité de l'audiovisuel d'AAI, en dépit du silence du texte, le Conseil constitutionnel mettra fin au débat sur la constitutionnalité de la formule et le Parlement lui emboîtera le pas en y recourant toujours davantage. Excluant toute transposition des agences à l'américaine, cette construction entend construire un modèle spécifique, compatible avec l'architecture du droit public français ; cependant la filiation n'en est pas moins évidente.

B) Filiation

Le statut des AAI françaises se caractérise comme celui des *IRA* américaines par les mêmes éléments fondamentaux de singularité : l'indépendance qui leur est reconnue ; la fonction de régulation qui leur est impartie. Ces éléments sont considérés comme indissociables, si tant est que la régulation est censée n'être efficace qu'à la condition d'être confiée à des entités dégagées des liens de dépendance par rapport aux intérêts de toute nature et disposant d'un pouvoir propre de décision. Ces principes communs sont cependant déclinés de manière différente en fonction des traditions nationales comme le souligne Dominique Custos⁴⁰, « la logique de l'importation n'est pas totale » : l'emprunt du modèle américain ne saurait « valoir reproduction exacte dans un milieu d'importation travaillé en profondeur par l'exigence d'unité d'un État centralisé. »

Tout comme les *IRA* disposent de garanties d'indépendance par rapport au chef de l'Exécutif, les AAI vont être dégagées du lien traditionnel de subordination de l'administration au Gouvernement : placées hors hiérarchie, elles ne reçoivent du Gouvernement, ni ordres, ni instructions et exercent les compétences qui leur sont attribués en toute liberté. Les règles de composition sont sans doute conçues de manière différente : si la collégialité est, comme aux États-Unis, généralement adoptée, elle a cependant connu d'emblée quelques exceptions ; et surtout le mécanisme de nomination des membres par le Président avec l'approbation du Sénat, est remplacé par un système de désignation pluraliste, impliquant l'intervention de plusieurs autorités (assemblées parlementaires, hautes juridictions...) et suivant des modalités variées. Les conditions fixées pour l'exercice du mandat (durée fixe, absence de possibilité de révocation incompatibilités) sont d'inspiration identique. Comme aux États-Unis, l'Exécutif dispose cependant d'un certain nombre d'armes qui lui permettent de peser sur le fonctionnement des autorités : l'absence de pouvoir hiérarchique ou de tutelle n'exclut pas une dépendance plus subtile, résultant notamment des conditions d'affectation des moyens et des restrictions apportées à l'autonomie de gestion ; la présence, fréquente au départ, dans certaines autorités d'un commissaire du Gouvernement et la possibilité de demander une seconde délibération témoignent des restrictions apportées à l'autonomie de décision. La véritable différence réside en réalité dans l'absence du lien constitutif unissant aux États-Unis les agences au pouvoir législatif. Sans doute, les AAI sont-elles en principe créées par la loi et leur financement dépend-il de la loi de finances ; le rapport annuel qu'elles sont appelées à établir garantit par ailleurs au Parlement un droit de regard sur elles ; néanmoins, l'institution des AAI a été considérée en

³⁹ Pour G. Braibant (« Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés, Mélanges Charlier*, Ed. Emile Paul, p. 708 et encore in C.-A. Colliard, G. Timsit, *op. cit.* pp. 290-291).

⁴⁰ « Agences indépendantes de régulation américaines, *Independent Regulatory Commissions (IRC)* et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la *Federal Communications Commission (FCC)* et de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) », *Politiques et management public* 2002, n° 1, p. 67.

France comme un simple aménagement des fonctions administratives, ne touchant pas à l'équilibre des pouvoirs⁴¹.

L'institution des AAI manifeste par ailleurs l'acclimatation en France de la notion de régulation, telle qu'elle était conçue aux Etats-Unis, et de ses implications juridiques. Les AAI vont être ainsi amenées à réunir entre leurs mains un ensemble de pouvoirs traditionnellement dissociés, allant de l'édition de règles de portée générale jusqu'à un pouvoir d'investigation et éventuellement de sanction, en passant par l'adoption de décisions individuelles ; parallèlement à ces instruments juridiques, elles sont appelées à avoir recours à des procédés plus souples, prenant la forme de « recommandations », « directives » ou « lignes de conduite »⁴². Ce cumul de pouvoirs heurtant la conception française de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel a été amené à poser un certain nombre de règles pour l'encadrer. S'il a admis l'attribution d'un pouvoir de réglementation aux AAI (18 septembre 1986), c'est à la condition qu'il s'applique « à des domaines déterminés » et qu'il s'exerce « dans le cadre défini par les lois et règlements » ; il ne saurait dès lors concurrencer le pouvoir réglementaire général détenu par le Premier ministre et aller au-delà de « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (17 janvier 1989). De même, si le pouvoir de sanction a été admis, c'est à la condition qu'il soit « exclusif de toute privation de liberté » et que son exercice soit entouré de certaines garanties procédurales (17 janvier 1989, 29 juillet 1989). La possibilité donnée aux AAI de trancher des litiges dans le cadre d'une fonction quasi-juridictionnelle, à l'instar des *IRA* a été en revanche au départ écartée. Par ailleurs, le système français de juridiction conduisait à donner, à la différence du modèle américain, le contentieux des actes des autorités au juge administratif, principe qui allait connaître un certain nombre d'exceptions à partir de l'institution en 1987 du Conseil de la concurrence.

Tout s'est donc passé comme si l'acclimatation de la formule des agences indépendantes avait été assortie d'un travail, notamment jurisprudentiel, visant à rogner certains de ses particularismes, de façon à les rendre compatibles avec une certaine orthodoxie politique et juridique. Cette acclimatation ne pouvait cependant manquer d'avoir des implications plus larges. L'avènement des AAI a été en effet un indicateur de l'inflexion du modèle français d'État et d'administration, sous l'empire de conceptions venues d'Outre-Atlantique. Il manifeste le basculement de la conception dominante en France d'un État prenant en charge le développement économique et social vers celle d'un « État régulateur »⁴³, se posant moins en acteur qu'en arbitre du jeu social : un État renonçant à imposer ses vues mais négociant en permanence avec les partenaires sociaux pour construire les compromis nécessaires ; un État ne cherchant plus à concevoir et à impulser le changement mais intervenant pour amortir les tensions, régler les conflits, en assurant le maintien d'un équilibre d'ensemble. La mission régulatrice assignée aux AAI est l'expression de cette vision d'un État arbitre entre les intérêts sociaux, fortement enracinée aux États-Unis⁴⁴. Par ailleurs l'émergence des AAI témoigne aussi du basculement du modèle unitaire traditionnel vers un « État pluriel », ou polycentrique, constitué d'un ensemble d'entités disposant d'une capacité d'action autonome. Chargées de réguler un secteur d'activité ou un type de problèmes, les AAI sont l'expression emblématique de cette évolution : chacune d'elles constitue un centre autonome de pouvoir, situé en marge de l'appareil administratif

⁴¹ Pour F. Gazier et Y. Cannac (*loc.cit.*, p. 27), c'était « une forme d'autolimitation du pouvoir exécutif central », faute d'un véritable équilibre des pouvoirs comme dans les pays anglo-saxons.

⁴² Pour F. Gazier et Y. Cannac (*ibid.*, p. 21), « c'est par des voies extra-juridiques que les AAI exerceront le plus volontiers leur action », en s'efforçant de convaincre plutôt que d'imposer.

⁴³ J. Chevallier, « L'État régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, p. 473.

⁴⁴ Il convient cependant de relever que, si en France l'institution des AAI s'inscrit dans la perspective d'un recul de l'interventionnisme étatique, les agences américaines mises en place pendant le New-Deal relevaient d'une présence plus active de l'État dans le jeu économique.

classique ; on retrouve ici encore l'influence des Etats-Unis où le développement de l'administration fédérale s'est effectué dans un cadre souple et pluraliste.

A travers les AAI, c'est donc bien toute une vision de l'État qui tend à se diffuser, au prix d'un processus d'adaptation et de réappropriation, qui évoluera avec le temps.

III / LA DYNAMIQUE D'ÉVOLUTION

La prolifération des AAI au cours des dernières décennies suffit à démontrer que l'acclimatation du modèle américain des agences indépendantes est désormais acquise : alors que la formule avait pu, au départ être considérée comme une réponse purement circonstancielle à la crise de l'État providence et de la représentation politique, les AAI se sont enracinées, en devenant un élément durable du paysage institutionnel ; et cet enracinement témoigne des changements qui ont affecté plus en profondeur la configuration de l'État. Cette expansion a cependant été assortie d'un ensemble d'évolutions qui doivent être mises en perspective : il s'agit de savoir si elles ont contribué à distendre ou au contraire à renforcer les ressemblances avec le modèle américain ; la réponse sur ce point est nuancée.

A) *Des mouvements contradictoires*

Le spectaculaire développement des AAI⁴⁵ s'est accompagné au fil des décennies d'un mouvement de diversification croissante⁴⁶ : de plus en plus nombreuses, les AAI sont devenues de plus en plus diverses par leur domaine d'intervention, leurs principes d'organisation et leurs pouvoirs ; tout s'est passé comme si l'on était désormais en présence d'une mosaïque d'autorités instituées à des fins différentes, dotées de statuts contrastés et investies de pouvoirs variables. La distinction fréquemment opérée entre les autorités chargées de protéger les droits et libertés et celles investies d'une fonction de régulation économique n'a pas épuisé la diversité des finalités poursuivies. Les variantes dans les règles d'organisation et de fonctionnement se sont fortement accentuées. L'unité de statut a été brisée, notamment en raison de l'émergence d'un nouveau type d'AAI, les « autorités publiques indépendantes » (API), dotées des attributs de la personnalité morale. Enfin, la gamme des pouvoirs s'est tout à la fois enrichie et diversifiée. La catégorie des AAI ne présentait plus qu'une unité apparente et la référence au modèle américain tendait dès lors à devenir de plus en plus incertaine.

Cette diversification n'a cependant pas exclu certaines inflexions de la formule originare des AAI, contribuant à la rapprocher de ce modèle. Tandis que la consolidation des règles de procédure non contentieuse, applicables aux AAI comme à l'ensemble des autorités administratives, a contribué à renforcer les garanties données aux intéressés⁴⁷, comme l'avait fait en son temps aux Etats-Unis l'*Administrative Procedure Act*, le pouvoir de sanction reconnu à une partie de ces autorités a fait d'un encadrement toujours plus rigoureux, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui l'exigence d'un « procès équitable » et le principe corrélatif d' « impartialité » devaient s'appliquer à ce qui constitue une « matière pénale » ; l'accent consécutif mis par le Conseil constitutionnel sur l'exigence de séparation des poursuites et de la décision (12 octobre 2012) a conduit les autorités concernées à mettre en place des formations spécialisées dans le prononcé des sanctions. Par ailleurs, un certain nombre d'AAI se sont vues attribuer le pouvoir de règlement des différends que possèdent depuis

⁴⁵ Si les critères retenus varient, elles étaient évaluées jusqu'à la réforme récente au nombre d'une quarantaine (voir le rapport du Conseil d'État de 2001 et les divers rapports parlementaires).

⁴⁶ J. Chevallier, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA*, n° 5, 2010)

⁴⁷ Le nouveau « code des relations du public avec l'administration » (crpa), résultant de l'ordonnance du 23 octobre 2015 constitue sur ce plan une étape importante : on retrouve notamment dans l'idée d'« association du public aux décisions prises par l'administration » (titre 3) l'influence du modèle américain des *hearings*.

longtemps certaines *IRA*, ce qui les a conduit à exercer une fonction contentieuse dont l'exercice est entouré, comme aux Etats-Unis, de garanties d'ordre procédural⁴⁸. Enfin, une part importante des actes des AAI investies d'une fonction de régulation économique a été transféré aux juridictions de l'ordre judiciaire, plus précisément à la Cour d'appel de Paris. Toutes ces inflexions, effectuées sans référence au modèle américain, montrent cependant que celui-ci continue à exercer, fût-ce de manière sous-jacente, une indéniable force d'attraction.

Le même constat peut être fait concernant le nouveau statut des AAI.

B) Un statut de portée ambivalente

Le statut des AAI-API, résultant des deux lois du 20 janvier 2017, contraste à première vue radicalement avec le cadre applicable aux Etats-Unis aux agences indépendantes : relevant d'une logique très française, il relève d'un processus de normalisation, visant à mettre un terme à l'empirisme et au pragmatisme qui ont présidé au développement des AAI, en dégagant certains principes communs, d'application générale. Les lois se situent dans la droite ligne des rapports, tant du Conseil d'État⁴⁹ que des Assemblées parlementaires⁵⁰, qui avaient insisté sur la nécessité de « mettre un frein à la multiplication des AAI », de « rationaliser leur régime juridique » et d'« harmoniser leurs règles de fonctionnement », toutes ambitions reprises par le rapport Mézard d'octobre 2015 qui prônait l'adoption d'un « statut »⁵¹. Procédant à une énumération législative des AAI et API (26 autorités recensées), le législateur fixe un ensemble de règles générales concernant leur organisation et le mandat de leurs membres (titre 1), la déontologie et le personnel (titre 2), les conditions de fonctionnement (titre 3), les modalités du contrôle parlementaire (titre 4), ce qui n'interdit pas la persistance de disparités ; « le parti d'une uniformité sans faille du dispositif se fait donc au prix d'un plus petit dénominateur commun »⁵². Une telle démarche se situe aux antipodes du pragmatisme qui, aux Etats-Unis, a toujours présidé au système des agences.

Néanmoins, au-delà des dispositions ponctuelles, proches des règles applicables aux agences américaines (par exemple celles relatives à la durée et à l'irrévocabilité des mandats), la volonté d'établir les assises d'un « véritable contrôle parlementaire » sur les AAI⁵³ évoque irrésistiblement le lien qui existe aux Etats-Unis entre les agences et le Congrès : l'affirmation de la compétence exclusive du législateur pour créer de telles autorités (art. 1) et les dispositifs prévus pour renforcer le contrôle parlementaire (rapport d'activité annuel, compte-rendus de l'activité à la demande des commissions parlementaires...) relèvent de cette perspective, même s'ils risquent de ne pas être à la hauteur des ambitions.

La filiation des AAI avec le modèle américain des agences indépendantes ne saurait donc être ignorée. Cette filiation ne signifie évidemment pas qu'il s'agisse d'une application mécanique : l'acclimatation de ce modèle s'est faite au prix d'une adaptation indispensable pour assurer une

⁴⁸ Voir « Le règlement des différends et la régulation sectorielle », *RFDA*, n° 4, 2017.

⁴⁹ Le Conseil d'État avait jugé indispensable de « clarifier l'insertion des AAI dans leur environnement institutionnel » (p. 328), tout en réglant un certain nombre de problèmes relatifs à leur fonctionnement et aux conditions d'exercice de leurs pouvoirs, ainsi qu'en renforçant les contrôles pesant sur elles.

⁵⁰ Rapport Gélard, 2006, précité ; Rapport Dosière-Vanneste, « Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement », Comité d'évaluation et de contrôle, novembre 2010 *Ass. Nat.* n° 2925 ; Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes, juin 2014, *Sénat* n° 616.

⁵¹ « Un État dans l'État. Canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler », Sénat, 28 octobre 2015, *Doc-Parlem*, n° 126.

⁵² A. Rouyère, « Le statut : une mise en ordre pragmatique », *RFDA*, n° 3, 2017, p. 417. Dans le même sens, Pascale Idoux, « Le nouveau statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes », *AJDA*, n° 14, 2017, p. 1115.

⁵³ Rapport Mézard, précité.

compatibilité au moins relative avec l'architecture étatique traditionnelle. Par ailleurs, l'influence du modèle américain n'est pas exclusive : elle se combine avec d'autres influences et s'inscrit dans un mouvement plus général d'inflexion des modes d'action publique dans tous les pays. L'exemple des AAI témoigne ainsi de la force mais aussi des limites du processus d'américanisation du droit.