



HAL
open science

Théorie de l'exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis

Dominique Custos

► To cite this version:

Dominique Custos. Théorie de l'exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis. *Revue française d'administration publique*, 2019, États-Unis: l'administration publique en crises ?, 2 (170), pp.327-344. 10.3917/rfap.170.0327 . hal-03141083

HAL Id: hal-03141083

<https://hal.science/hal-03141083>

Submitted on 8 Jan 2024

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.

INSP

Institut national
du service public

Théorie de l'exécutif unitaire et contrôle présidentiel des agences indépendantes aux États-Unis

Dominique Custos

DANS **REVUE FRANÇAISE D'ADMINISTRATION PUBLIQUE** 2019/2 (N° 170), PAGES 327 À 344
ÉDITIONS **INSTITUT NATIONAL DU SERVICE PUBLIC**

ISSN 0152-7401

DOI 10.3917/rfap.170.0327

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2019-2-page-327.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.

Distribution électronique Cairn.info pour Institut national du service public.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

THÉORIE DE L'EXÉCUTIF UNITAIRE ET CONTRÔLE PRÉSIDENTIEL DES AGENCES INDÉPENDANTES AUX ÉTATS-UNIS

Dominique CUSTOS

Professeure de droit public, Université de Caen

Résumé

Un régime limitatif du contrôle des agences indépendantes par le Président a été établi au cours du xx^e siècle. Il assure à celles-ci une double protection organique et matérielle dans leur rapport avec le Président. En ce début du xxi^e siècle, sous la poussée de la théorie de l'exécutif unitaire, cette double protection montre des signes divers de déstabilisation. Pour l'heure, les plus tangibles de ces manifestations sont d'ordre juridictionnel et touchent à la question de la protection organique. La capacité d'ingénierie institutionnelle du Congrès dans la construction de l'« État administratif » s'en trouve réduite non seulement à l'égard des commissaires/administrateurs desdites agences mais encore à l'égard de leurs *administrative law judges*.

Mots-clés

Administrative law judge, agence, agence unipersonnelle, commission, exécutif unitaire, protection organique, protection matérielle, élaboration des règlements.

Abstract

— *Theory of the Unitary Executive and Presidential Oversight of Independent Agencies in the United States – During the XXth century, limits were imposed on the President's ability to control independent agencies. Thus independent agencies are protected not only against full control of the appointment and at-will removal of their commissioners/administrators by the President but also against full presidential oversight of their rulemaking processes. During the current early decades of the XXIst century, due to the increasing influence of the unitary executive theory, this dual protection has been showing signs of destabilization. Nowadays, the most tangible manifestations of destabilization are to be found in court decisions dealing with appointment and removal protection. As a result, the capacity of Congress to design the administrative state is restricted with regard to not only independent agencies' commissioners/administrators but also to their administrative law judges.*

Keywords

Administrative law judge, agency, single-member agency, commission, unitary executive, removal protection, exemption from oversight of rulemaking.

Les agences sont une réalité très prégnante du fonctionnement des pouvoirs publics aux États-Unis. Elles existent dès les premières heures de la République fondée par les treize anciennes colonies britanniques (Mashaw, 2012). Les agences exécutives (AE) apparaissent avec le déploiement des ministères auxquelles elles sont rattachées. Les agences indépendantes (AI) apparaissent quant à elles à partir de 1889¹. Les deux catégories s'inscrivent dans la « constitution administrative » que le Congrès et les agences elles-mêmes commencent à forger parallèlement à la constitution formelle au cours du premier siècle d'existence des États-Unis (Mashaw, 12, 286). Leur prégnance commence à se manifester pendant l'ère dite progressiste (1890-1920). Avec le *New Deal*, un tournant est pris en raison notamment de la multiplication des agences indépendantes. Cette croissance s'est poursuivie jusqu'à la fin des années 1970 avec le programme *Great Society*. La présidence Reagan marque le premier grand coup d'arrêt porté à leur expansion. Après quoi, un mouvement de balancier s'instaure entre poussées régulationnistes (qui *a priori* s'appuient sur des agences, en particulier indépendantes) et freinages antirégulationnistes. À partir de janvier 2017, renouant avec l'action menée par Ronald Reagan, la présidence de Donald Trump entend réaliser une déconstruction radicale² de cette constitution administrative. Le programme politique de l'actuel président fait écho à la contestation insistante de la constitutionnalité et de la légitimité de l'appareil administratif qui, depuis la fin du xx^e siècle, occupe une place croissante dans certains rangs de la doctrine américaine (Epstein, 1987 et 2014 ; Lawson, 1994, 1237-49 ; Hamburger, 2014).

Pour rendre compte du rôle significatif des agences, des expressions ont été inventées, comme celle d'« État administratif » à laquelle Dwight Waldo a consacré sa thèse de science politique et qui couvre l'ensemble de la machine administrative ou *bureaucracy* (Waldo, 1948). D'autres sont formulées tout spécialement en référence aux AI. Ainsi en est-il initialement de celle de la « quatrième branche du pouvoir » (*headless fourth branch of government*), qui apparaît dans le rapport Brownlow de 1937 (Brownlow, 1937, 30) et qui est reprise dans une opinion dissidente du juge Jackson en 1952 (*veritable fourth branch of the government*)³. L'expression se veut indicative d'une dénaturation d'un système tripartite (Président, parlement, Cour suprême) en un système quadripartite (avec l'ajout de l'appareil administratif) reflétant des principes d'organisation contradictoires. Le premier est fondé sur la séparation des pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) et le jeu des poids et contrepoids. Ces deux principes constitutionnels sont conçus comme concernant exclusivement les trois pouvoirs établis par la constitution. Dans le second, la structure initiale est flanquée d'une quatrième branche qui retient doublement l'attention. D'une part, elle détonne car les agences sont souvent dotées de pouvoirs qui sont de nature législative, exécutive et judiciaire, d'où une confusion des pouvoirs (Strauss, 1984, 583) qui devient de plus en plus une marque générale de la constitution administrative (Mashaw, 2012, 44).

1. L'*Interstate Commerce Commission* est créée en 1887 en tant qu'AE mais elle ne devient AI qu'en 1889. Il n'existe pas de liste des AI qui fasse l'unanimité. La liste de 66 AI figurant sur le site officiel du gouvernement fédéral est sujette à controverse. Par exemple, elle inclut l'*Environmental Protection Agency* (EPA) alors même que l'administrateur de celle-ci est soumis au pouvoir discrétionnaire de révocation du Président. En outre, la *Tennessee Valley Authority* y apparaît bien que sa mission de fourniture d'électricité dans le Sud-Est des États-Unis en fasse davantage une entreprise publique. <https://www.usa.gov/independent-agencies>

2. Cf la déclaration de Steve Bannon (alors *Chief Strategist* du Président Trump) le 3 février 2017 : Philip Rucker et Robert Costa, « Bannon Vows a Daily Fight for “Deconstruction of the Administrative State” », *Washington Post*, 23 février 2017. Steve Bannon était le directeur de la campagne présidentielle du candidat Donald Trump. Après l'élection, il occupa le poste nouvellement créé de *Chief Strategist*. Les rassemblements de l'extrême droite américaine pour protester contre le retrait de la statue du général confédéré Robert Lee (événements de Charlottesville, Virginie), conduisirent à sa démission le 18 août 2017.

3. *FTC v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470, 487 (1952).

D'autre part, elle surprend par l'indépendance dont certaines agences (AI) jouissent de façon spécifique. Cette indépendance ajoute une dimension à la dynamique des poids et contreponds. Celle-ci n'implique dès lors plus seulement l'ensemble formé par les trois pouvoirs publics explicitement établis par la constitution mais également la relation entre ces derniers et le quatrième pouvoir érigé en dehors du cadre formel de la constitution. Il reste que l'expression de quatrième pouvoir a évolué puisqu'elle est maintenant devenue synonyme de la bureaucratie dans son entier, toutes catégories confondues (Verkuil, 1988).

Dans ce contexte, le qualificatif *headless* (acéphale, sans direction commune) tend à être moins usité. Mais son emploi par la commission Brownlow en 1937 est révélateur d'une préoccupation, celle de la question du contrôle présidentiel à l'égard des AI. En l'occurrence, la commission recommandait au Président Roosevelt de restaurer « l'idéal constitutionnel » d'une administration placée sous l'égide présidentielle en affirmant sa prééminence sur les AI (Brownlow Report, 1937, 40-41). À proprement parler, cette question relative aux AI relève d'un débat plus large qui porte sur les rapports entre Président et administration et remonte aux premiers temps de la République américaine (Mashaw, 2012, 33 ; Shane, 2016). Mais du fait des spécificités des AI, c'est autour d'elles que se nouent les aspects les plus vifs de ce débat qui persiste en politique comme en droit.

Paradoxalement, les mots « agence » ou « administration » n'apparaissent pas dans la constitution américaine. Cette lacune textuelle n'est le fruit ni du hasard ni de l'ignorance. Il révèle un compromis entre jeffersoniens, défenseurs du pouvoir des États fédérés, et fédéralistes, promoteurs d'un pouvoir central/fédéral renforcé (Mashaw, 2012, 30). En réalité, une version antérieure de la constitution précisait les termes de la relation entre le Président et les agences (Mashaw, 2012, 30). Dans la version qui devint officielle, la notion d'agence affleure cependant dans les dispositions relatives au Président (art. II, Sect. 2 Cl.1), à travers le pouvoir de consultation revenant au Président à l'égard des membres de son cabinet⁴, et le pouvoir de nomination (*Appointments Clause*, Art. II, Sect. 2 Cl.1) des agents publics ayant qualité d'*officer*⁵. Cependant, la constitution reste pour l'essentiel muette sur la révocation de ce lien organique entre le Président et les agents, et à travers eux, les agences. Elle se contente de doter le Congrès du pouvoir de l'*impeachment* (art. I, Sect.2, 3) dont le Président peut également être la cible (art. II, Sect.4). S'agissant de la dimension substantielle de la relation entre Président et agences, la constitution s'avère absolument silencieuse.

Nonobstant ce langage globalement elliptique, un régime juridique des agences sera élaboré au fil du temps. Il sera l'œuvre combinée du Congrès, de la Cour suprême et du Président, tirant profit de la maigreur du canevas constitutionnel. Les règles complémentaires ainsi dégagées tendent à être communes à toutes les agences. Mais une tendance à la spécialité peut être discernée quant au contrôle exercé par le Président sur les AI. Dès la première moitié du xx^e siècle, un régime de contrôle présidentiel limité des AI commence à émerger. Il se traduit par un statut protecteur aussi bien du point de vue institutionnel que du point de vue du fond du droit. Mais la stabilisation qui en découle s'opère sur le fond d'une controverse persistante et grandissante quant à l'existence des AI. Face aux attaques contre le *statu quo* fondées sur la théorie de l'exécutif unitaire, la Cour suprême résiste encore en 1988. Mais elle commence à céder de façon notable en 2010, ouvrant ainsi une phase de transition pour la double protection. En 2018, elle amplifie la déstabilisation en l'étendant des agences indépendantes aux agences exécutives.

4. « Ce pouvoir est devenu obsolète car les secrétaires sont les hommes du Président », Zoller, 2016, 58.

5. Par ailleurs, l'art. II, Sect.3 mentionne également le pouvoir de nomination du Président.

LE RÉGIME DE CONTRÔLE LIMITÉ DONT JOUISSENT LES AGENCES INDÉPENDANTES

Dès la première moitié du xx^e siècle, la Cour suprême valide les initiatives du Congrès visant à combler des lacunes de la constitution. Elle assure ainsi l'intégration des agences dans le paysage constitutionnel américain. Elle consolide l'État administratif dans son ensemble en validant la délégation de pouvoirs quasi-législatifs⁶ ou quasi juridictionnels⁷ que le Congrès leur accorde. En cela, la confusion des pouvoirs au sein de l'administration heurte de plein fouet le principe de la séparation des pouvoirs et de la *non delegation doctrine*. Cette politique d'assimilation constitutionnelle profite exclusivement aux AI lorsque la validation touche à l'absence de relation hiérarchique entre les AI et le chef de l'exécutif (*cf. infra*). En l'occurrence, la dimension organique du régime de contrôle présidentiel limité introduit par le Congrès pour les AI a été de longue date consacrée par la Cour suprême. En revanche, la protection matérielle concédée aux AI depuis 1981 n'est fondée que sur des *executive orders* présidentiels et est dépourvue de consécration jurisprudentielle.

La limitation législative consacrée par la Cour suprême

La notion d'indépendance des agences est controversée. Il a ainsi été proposé de parler d'AI seulement en cas de double indépendance par rapport au Président et au Congrès (Tucker, 2018) ou de substituer l'idée d'échelle d'indépendance à celle d'une distinction tranchée entre AE et AI (Datla et Revesz, 2013, 772-73; Lewis et Selin, 2015, 1507). Néanmoins, la référence à la dichotomie AE-AI demeure centrale dans l'appréhension de l'administration américaine. En l'absence de définition législative (Breger et Edles, 2015, 381), les juristes américains identifient généralement les AI à travers trois caractéristiques principales qui relèvent toutes de l'analyse des caractéristiques institutionnelles des AI (Verkuil, 1988, 259-260) et qui figurent habituellement dans la loi qui les crée. La première concerne la nature bipartisane de la composition du collège dirigeant lesdites agences. Cette exigence de dualisme politique⁸, perçue comme gage d'impartialité, suppose une forme collégiale laquelle est la plus fréquente pour cette catégorie. Mais la forme individuelle existe également⁹. La seconde consiste en la durée déterminée et le séquençement¹⁰ des nominations des membres ou des commissaires du collège « dirigeant » des agences. La troisième touche au contrôle sur les personnes exercé par le Président dans le cadre de la révocation. Elle est consacrée par la jurisprudence.

6. *J. W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928); *Whitman v. American Trucking Associations Inc.*, 531 U.S. 457 (2001).

7. *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 54 (1932); *Northern Pipeline Construction co v. Marathon Pipeline Co.*, 458 U.S. 50 (1982); *Thomas v. Union Carbide Agricultural Products*, 473 U.S. 568 (1985); *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833 (1986).

8. Le plus souvent, le collège a un nombre impair de commissaires et le parti du Président est majoritaire, ce qui rend possible un certain contrôle politique par le Président. Parfois, comme dans le cas de la *Federal Election Commission* (2 U.S.C. 437c(a)(1)), la composition repose sur un nombre pair et l'équilibre partisan est parfait.

9. Dans le cadre de la régulation financière, certaines AI ont une direction collégiale : CFTC, FDIC, Fed, NCUA, SEC. D'autres, une direction unipersonnelle, CFPB, FHFA.

10. L'espacement des nominations successives vise à garantir une continuation des fonctions au-delà de la fin du mandat du Président qui les a nommés.

La protection organique octroyée par le Congrès

Il s'agit de la limitation du pouvoir de révocation des commissaires/administrateurs des AI que détient le Président à des justifications non politiques (*for cause removal*)¹¹. L'interdiction de la révocation discrétionnaire est d'origine législative, le Congrès s'étant appuyé sur la *necessary-and-proper clause* pour surmonter la lacune du texte constitutionnel. Ainsi, aux termes de la loi, les commissaires de la *Federal Trade Commission (FTC)* ne peuvent être révoqués que pour trois raisons : inefficacité, négligence ou méfait dans l'exercice des fonctions¹². En l'absence de précision législative, cette protection organique opère comme une règle coutumière. Tel est le cas pour la *Federal Communications Commission (FCC)* et la *Securities Exchange Commission (SEC)*¹³. Cette limitation du contrôle organique exercé par le Président sur les AI connaît une exception : quand l'agence est dirigée par une formation collégiale, on parle alors d'une commission, le président de l'agence peut être relevé de façon discrétionnaire de cette qualité¹⁴ tout en ne pouvant l'être en tant que membre tout court. Le désaccord politique ne fait pas partie des justifications légales de la révocation. Cela réduit le rôle du chef de l'exécutif à celui d'un responsable administratif veillant à la bonne marche des services. À ce titre, il est habilité à écarter les membres des AI pour défaillance professionnelle ou éthique avérée. Alors que dans le cas des AE, la révocation sert doublement d'outil de sanction professionnelle et politique, dans le cas des AI, son utilisation ne peut être que professionnelle.

Le rôle restreint que le Congrès laisse au Président en matière de révocation tranche avec le rôle significatif que la constitution lui assigne en matière de désignation (*Appointments Clause*). Les commissaires/administrateurs des AI tombent en effet dans la catégorie des *officers* que le droit américain de la fonction publique distingue de celle des *employees*. Les *employees* figurent à un niveau inférieur dans la hiérarchie administrative et le Président n'intervient pas dans leur nomination. En revanche, s'agissant des *officers*, le Président est un acteur de leur désignation quelle que soit la sous-catégorie considérée. Dans le cas des *principal officers*, sous-catégorie dont relèvent les commissaires ou les administrateurs des agences, selon que la direction de celles-ci est ou non collégiale, l'intervention du Président est indispensable et la procédure se déroule en deux temps, le choix présidentiel initial devant ensuite être approuvé par le Sénat. Dans le cas des *inferior officers* (cf. *infra*), la procédure est simplifiée puisqu'elle ne se décompose pas en sélection et approbation confiées à des acteurs distincts. Mais le Président n'est plus qu'un des trois titulaires potentiels du pouvoir de nomination ; et il revient au Congrès de déterminer qui du Président, des juridictions, ou des chefs de départements ministériels, est habilité à procéder à ces nominations de second rang. De manière générale, s'agissant des AI, les motivations politiques sont dûment autorisées en amont (désignation) bien que l'exigence de l'équilibre bipartisan et l'approbation du Sénat viennent les encadrer, tandis qu'elles sont simplement bannies en aval (révocation). Cette protection organique octroyée par le Congrès a été validée dès les années 1930 et confirmée en 1988 par la Cour suprême. Il en découle une consécration constitutionnelle pour les AI.

11. Les commissaires sont les membres du collège dirigeant l'AI à direction collégiale. L'administrateur/rice est la personne placée à la tête d'une AI à direction monocéphale.

12. 15 U.S.C. 41.

13. Dans l'affaire *Free Enterprise Fund v. PCAOB* de 2010 (cf. ci-dessous), la Cour suprême a implicitement entériné l'application à titre coutumier de cette règle à la SEC.

14. Une telle révocation politique du président d'une agence collégiale intervient à la suite de l'élection d'un nouveau Président.

La consécration constitutionnelle effectuée par la Cour suprême

Le raisonnement qui sous-tend cette consécration est principalement d'ordre fonctionnel. Il s'attache aux fonctions exercées par la personne révoquée. En 1926¹⁵, statuant sur une disposition législative subordonnant la révocation des directeurs de bureaux de poste, à savoir des agents aux fonctions « purement exécutives », à l'approbation du Sénat, la Cour suprême conclut à l'inconstitutionnalité de la condition. La disposition attaquée, expliquée-elle, empêche le Président de remplir ses responsabilités de garant de la fidèle exécution des lois car, pour ce faire, il doit disposer d'un pouvoir de révocation discrétionnaire dans le cadre des AE. À ce stade, une incertitude demeure quant à l'universalité dudit pouvoir, car dans un *obiter dictum*¹⁶ la Cour l'étend aux AI. La clarification vient en 1935 dans l'affaire *Humphrey*¹⁷, relative à la mise à pied par le Président Hoover d'un commissaire de la *Federal Trade Commission* (FTC) en raison de l'opposition de ce dernier au New Deal. Pour affirmer la constitutionnalité de la liste limitative des justifications invocables pour la révocation fournie par la loi ayant créé la FTC, la Cour souligne unanimement que l'AI concernée exerce exclusivement des fonctions quasi juridictionnelles et quasi-législatives¹⁸ et que celles-ci doivent être exercées indépendamment du chef de l'exécutif. La séparation des pouvoirs exige que la révocation ne soit laissée à la discrétion du Président que s'il s'agit de fonctions exclusivement exécutives, et par suite, le plus souvent d'une agence exécutive. En revanche, elle doit être limitée à des raisons non politiques quand il s'agit de fonctions quasi-législatives ou quasi juridictionnelles. Ce raisonnement fonctionnel est repris dans l'affaire *Wiener* jugée en 1958¹⁹. La nature exclusivement quasi juridictionnelle de l'organisme en cause (*War Claims Commission* : 1948-1954), qui statue sur des demandes de déménagement déposées par d'anciens prisonniers de guerre, a pour effet de restreindre le pouvoir de révocation que le chef de l'exécutif est susceptible d'exercer sur les commissaires.

Lorsque les fonctions confiées à une AI sont purement exécutives, la Cour complète le critère fonctionnel avec le critère de l'impact des dispositions limitatives du pouvoir de révocation. Ces dernières empêchent-elles le Président d'accomplir son devoir constitutionnel ? Ce deuxième raisonnement apparaît en 1988 dans l'affaire *Morrison*²⁰ à propos de la création par le Congrès d'un *Independent Counsel*, procureur indépendant du Président et du ministre de la justice, et chargé d'enquête et de poursuite pénale visant le chef de l'exécutif lui-même (ainsi que, le cas échéant, l'entourage présidentiel). La Cour estime que l'intervention d'un procureur indépendant en lieu et place d'un représentant du ministère public n'empiète pas sur les fonctions présidentielles au point de constituer une violation de la séparation des pouvoirs.

Sur la base de ces deux critères, la Cour entérine l'existence d'agences indépendantes. Dans la mesure où les agences exécutives sont également dotées de fonctions quasi-législatives et quasi juridictionnelles, le critère fonctionnel, lorsqu'il est poussé au bout de sa logique, ne sert pas seulement à distinguer les AI des AE. Il permet de comprendre la portée du pouvoir de révocation du Président à l'égard des AE. Il est aisé d'en déduire qu'une révocation discrétionnaire ne saurait être prononcée à leur égard pour sanctionner la prise de décisions quasi juridictionnelles contraires aux préférences présidentielles. Cette

15. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 135 (1926).

16. Dans une décision de justice, désigne un passage indicatif, une opinion, qui ne justifie pas la décision.

17. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 624-629 (1935).

18. En droit français on parlerait de pouvoir réglementaire.

19. *Wiener v. U.S.*, 357 U.S. 349, 357 (1958).

20. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 686-696 (1988).

déduction doit-elle être étendue aux décisions quasi-législatives qu'elles adoptent ? Il faut prendre conscience de la différence conceptuelle qui, aux États-Unis, caractérise ce qu'en droit français on appelle le pouvoir réglementaire. Outre-Atlantique, le texte constitutionnel est silencieux sur le pouvoir normatif général et impersonnel revenant à une instance exécutive. Aussi, l'édiction de règlements sur la base d'une habilitation fournie par le Congrès s'analyse comme la mise en œuvre d'une délégation de pouvoir législatif. L'élaboration des règlements est ainsi perçue comme une production quasi législative. De fait, depuis 1981, sur le fondement d'*executive orders* (E.O.), le Président centralise la production réglementaire, c'est-à-dire quasi législative, des AE mais exclut pour l'essentiel les AI de cette centralisation. La protection matérielle qui résulte de cette exclusion de principe doit être replacée dans le contexte général du régime juridique du pouvoir réglementaire fédéral.

La limitation reconnue par décret présidentiel

Le régime juridique du pouvoir réglementaire

Cette contextualisation permet de comprendre que la centralisation de l'activité réglementaire, qui épargne globalement les AI, au moyen d'un acte présidentiel, provient d'un Président dépourvu de pouvoir réglementaire général et confronté à de nombreux titulaires de pouvoirs réglementaires concurrents (ceux des AI précisément). À ce titre, une incursion dans les sources du pouvoir réglementaire et de la procédure applicable à sa mise en œuvre s'avère éclairante. De fait, l'allocation du pouvoir réglementaire est éparse. Néanmoins, le pouvoir réglementaire n'est pas expressément traité dans la constitution. Ses formes, comme les *executive orders* (décrets) du Président ou les *rules/regulations* (règlements) des agences, n'y sont nullement mentionnées. Le seul pouvoir normatif général et impersonnel qu'elle alloue expressément est le pouvoir législatif dont elle investit le Congrès (art. I Sect.1) tout en ménageant un veto au Président (art. I Sect.7 Cl.2) et en dotant le vice-président de la capacité de départager les voix sénatoriales (art. I Sect.3), conformément à la logique des poids et contrepoids. C'est donc, tout d'abord, en interprétant les dispositions constitutionnelles relatives aux pouvoirs du Président qu'on est susceptible de déduire qu'il existe un pouvoir réglementaire dérivé et un pouvoir corrélatif de contrôle sur les actes des agences ou de certaines d'entre elles. À cet égard, la constitution comprend trois dispositions centrales²¹. La *Vesting Clause* investit le Président du pouvoir exécutif (art. II, Sect.1 Cl.1). La *Take Care Clause* le charge de la fidèle exécution des lois (art. II Sect.3). La *Commander in Chief Clause* fait de lui le chef des armées (art. II, Sect.1 Cl.1). En complément au texte constitutionnel, le Congrès est intervenu pour doter ponctuellement le Président d'une compétence réglementaire explicite ou implicite. En conséquence, au titre de la constitution ou à celui d'une loi, le Président ne peut se prévaloir que d'une compétence réglementaire d'attribution et non pas générale²².

L'allocation législative de pouvoir normatif ne s'arrête pas au Président, car très tôt dans l'histoire administrative des États-Unis (Mashaw, 2012, 12), le Congrès a également procédé à des délégations de pouvoir législatif au profit des membres du cabinet ou des agences. D'ailleurs, les agences sont plus fréquemment délégataires du Congrès que du Président (Percival, 2011, 2487). Parmi ces dernières, les AI frappent l'attention en raison

21. Parmi les autres dispositions importantes dont le Président tire un pouvoir réglementaire dérivé : matière militaire (chef des armées : art II, Sect. 2) et affaires étrangères : (négociation des traités, art. II, Sect. 2).

22. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

des termes généraux selon lesquels des compétences (normatives) leur ont été attribuées. Ainsi, dans leurs secteurs ou domaines de régulation respectifs, les AI possèdent-elles une compétence de droit commun pour édicter des normes générales et impersonnelles dans l'intérêt public²³.

S'agissant de l'exercice du pouvoir réglementaire, la majorité des règles applicables est de type législatif et couvre principalement les droits procéduraux des citoyens dans le cadre de l'*American Administrative Procedure Act* (APA) de 1946. En revanche, le contrôle présidentiel de l'élaboration des règlements par les agences est réglé par voie d'*executive order* pris sur la base de la *Vesting Clause* et de la *Take Care Clause*. En tant qu'actes juridiques, les E.O. ne sont pas complètement assimilables aux décrets présidentiels français. D'une part, la Cour suprême ayant dénié la qualité d'agence à l'*Executive Office of the President*²⁴, les E.O. ne sont pas couverts par l'APA, quoique leur publication conditionne leur entrée en vigueur. L'institution par décret du contrôle présidentiel n'est donc pas soumise à la procédure du *notice-and-comment*, issue de l'APA et imposée aux agences. D'autre part, le contrôle juridictionnel des E.O. est limité. Les E.O. ne peuvent être invoqués dans un contentieux entre particuliers²⁵. S'agissant de leur invocabilité directe par un administré contre une décision qui méconnaîtrait un E.O., ils sont inopposables aux agences chargées de les appliquer²⁶, mais leur constitutionnalité et leur conformité à la loi qui les crée peuvent être contestées directement ou indirectement (à l'occasion des mesures d'exécution adoptées par les agences²⁷). Cette limitation explique au moins en partie pourquoi la Cour suprême n'a pas encore eu à se prononcer sur les E.O. fondant le contrôle présidentiel sur la préparation de règlements par les agences. Pourtant, un tel contrôle existe depuis un E.O. pris par Ronald Reagan en 1981²⁸. Ce contrôle préalable sur les actes a été maintenu par tous ses successeurs²⁹, y compris Donald Trump³⁰. Mais conformément à l'indépendance organique conférée par la loi aux AI et consacrée par la Cour Suprême, les E.O. fondant ces règles procédurales en exemptent en principe ces dernières, ce qui leur assure une protection matérielle contre la supervision présidentielle.

La protection matérielle des AI

En d'autres termes, l'affirmation de l'autorité présidentielle qui est à l'origine de ce contrôle se conforme à la distinction AE-AI apparue dans les années 1930. À l'égard des AI, elle fait une concession à la distribution polyarchique du pouvoir réglementaire alors même que son objet est de maîtriser celle-ci. Ainsi une sorte de parallélisme s'établit-il entre le volet organique et le volet matériel de la protection dont jouissent les AI par rapport au Président. De même que seules des raisons de bonne administration peuvent justifier

23. Exemple de la FCC : le *public interest* fonde l'exercice du pouvoir de laisser inappliquée une disposition législative ou réglementaire : 47 U.S.C 160(c) et 161(a); ainsi que la définition des prestations incluses dans le service universel 47 U.S.C. 254(c)(1)(D).

24. *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788, 801 (1992).

25. *Manhattan-Bronx Postal Union v. Gronouski*, 350 F.2d 451 (D.C. Cir. 1965).

26. Généralement, les E.O. relatifs au contrôle présidentiel en matière réglementaire précisent que l'on ne peut se prévaloir de leurs dispositions contre l'administration. Ainsi : E.O. 12866, Sect.10 ; *State of Michigan v. Thomas*, 805 F.2d 176 (6th Cir. 1986) ; E.O. 12291 ; *BLAK Investments v. Commissioner of Internal Revenue*, 133 Tax Ct. 431, 447 (2009) ; E.O. 12866.

27. *Chamber of Commerce v. Reich* 74 F.3d 1322, 1327 D.C. Cir (1996).

28. E.O. 12291 (1981) et E.O. 12498 (1985).

29. La refonte opérée par E.O. 12866 (1993) publié par Bill Clinton est devenue le texte de référence en la matière.

30. E.O. 13771 du 30 janvier 2017.

l'exercice du pouvoir de révocation à l'égard des dirigeants des AI, le contrôle matériel ne peut consister qu'en deux modestes modalités. Il s'agit d'une part, de l'agenda réglementaire centralisé (E.O. 12866, Sect. 4(b)) et, d'autre part, du programme réglementaire (E.O. 12866, Sect. 4(c)). Dans le cadre de l'agenda, au mois d'avril de l'année en cours, comme les AE, les AI doivent communiquer au Président (*via* l'*Office of Information and Regulatory Affairs* [OIRA]) tous les règlements en cours d'élaboration ou de révision. Dans le cadre du programme, au mois d'octobre, elles doivent également lui envoyer la liste de leurs projets d'interventions réglementaires les plus significatives. Somme toute, le contrôle présidentiel des actes des AI est quasi inexistant puisqu'il se limite à un droit d'information sur les prévisions d'action et réalisations de celles-ci et à leur insertion dans le plan réglementaire fédéral. Il est de l'ordre de la coordination.

Pour le reste, les AI échappent (E.O. 12866, Sect. 3 (b)) au cœur du dispositif de la centralisation de la production réglementaire entre les mains du Président qui caractérise « l'administration présidentielle » (Kagan, 2001). En premier lieu, le projet et le texte final de leurs règlements majeurs ne donnent pas lieu à une navette avec l'OIRA qui est l'organe présidentiel³¹ chargé de la mise en œuvre du dispositif codifié dans l'E.O. 12866. Cet organisme centralisateur ne peut donc leur recommander des modifications visant à assurer une mise en cohérence avec les choix présidentiels et le Président n'est pas amené à arbitrer les désaccords entre OIRA et AI. En second lieu, l'analyse coûts-avantages imposée par l'E.O. 12866 pour l'adoption des règlements à fort impact économique n'est pas davantage applicable aux AI, quoique cette rationalisation de la production normative, inspirée de l'analyse économique du droit, puisse ponctuellement découler de la loi³². En troisième lieu, les AI ne sont pas non plus soumises à l'E.O. 13771 de 2017 qui, dans le même esprit de rationalisation budgétaire, conditionne la promulgation de tout nouveau règlement à l'abrogation de deux règlements existants.

L'exemption de principe peut néanmoins être contournée. Notamment, le Président peut exhorter les AI à une application volontaire de la centralisation de la préparation des règlements. Notamment, un E.O. spécifique aux AI peut être adopté à cet effet³³. Mais sous la présidence Trump, il est moins question de contournement que d'élimination de l'exception. Cet objectif témoigne de la phase de déstabilisation dans laquelle est entré le régime de contrôle doublement protecteur dont bénéficient les AI, depuis quelques années.

LA DÉSTABILISATION DU RÉGIME DE CONTRÔLE

Fortement nourrie de la théorie de l'exécutif unitaire, la déstabilisation en cours, qui s'inscrit dans une entreprise multiforme de déconstruction de l'« État administratif », est menée sur trois fronts, législatif, exécutif et juridictionnel. Le front législatif, qui pourrait mener à un énorme bouleversement, n'a pas encore abouti. Il se manifeste notamment par le dépôt de propositions de lois visant à la banalisation des AI à travers leur inclusion dans le régime de droit commun du contrôle présidentiel via l'OIRA et la généralisation de

31. L'OIRA est créé en 1980 par le *Paper Reduction Act* au sein de l'*Office of Management and Budget*.

32. CFPB, FDIC, OCC, Fed, NRC, CPSC, SEC

33. E.O. 13579 (2011).

l'obligation de l'analyse coûts-avantages³⁴. Le front présidentiel est très actif. Il se manifeste tout particulièrement à travers l'E.O. 13843 du 10 juillet 2018 et par la circulaire confidentielle de juillet 2018 adressée aux agences par le *Department of Justice* qui introduit une politisation de la procédure de nomination et de révocation des *administrative law judges* (ALJ). Il s'exprime également par la désignation à la tête de l'OIRA, en juillet 2017, de Neomi Rao qui est déterminée à tirer les conséquences pratiques des publications académiques dans lesquelles elle argumente en faveur de l'abolition des AI (Rao, 2011). Qui plus est, Neomi Rao a été choisie par le Président Trump pour remplacer le juge Kavanaugh à la Cour d'appel de Washington D.C. Elle a reçu l'approbation du Sénat et officie dans cette juridiction depuis mars 2019. Depuis 2010, la jurisprudence se caractérise par des retournements qui risquent de s'accélérer avec le remplacement du juge Kennedy par le juge Kavanaugh à la Cour suprême.

Le fondement : la théorie de l'exécutif unitaire

À proprement parler, la menace qui pèse sur le régime protecteur dont bénéficient les AI vient de la théorie dite de l'exécutif unitaire. La théorie dite de l'administration présidentielle sur laquelle les agences fonctionnent depuis les E.O. centralisant la production réglementaire préserve ledit régime. Ces deux théories épousent la vision d'un exécutif dominant et s'inscrivent en rupture avec la théorie pluraliste classique de la branche exécutive. On notera que la théorie de l'exécutif unitaire et celle de l'administration présidentielle ont chacune été, à l'origine, formulées par des membres de la Cour suprême. Or, depuis 2010, la théorie de l'exécutif unitaire, version absolutiste d'un exécutif dominant, marque de notables progrès dans la jurisprudence de la haute juridiction.

La théorie de l'exécutif unitaire

La théorie unitariste est pour la première fois énoncée par le juge Scalia (décédé en 2016) dans le cadre de l'affaire *Morrison* jugée en 1988³⁵. Dans sa célèbre opinion dissidente, il reproche à l'opinion de la Cour rédigée par le *Chief Justice* Rehnquist qui validait la création d'un procureur indépendant, de bouleverser l'équilibre des pouvoirs. Il défend l'idée selon laquelle l'article II de la constitution dote le Président « non de quelques-uns des attributs du pouvoir exécutif mais de la plénitude du pouvoir exécutif ». Sur le fondement de la *Vesting Clause* (art. II, Sect.1) et de la *Take Care Clause* (art. II Sect.3), les partisans de cette vision d'une allocation exclusive du pouvoir exécutif perçoivent le Président et les agences, toutes catégories confondues, comme entretenant une relation hiérarchique et défendent l'idée que les agences indépendantes se trouvent dans une position de soumission hiérarchique à l'égard du Président (Calabresi et Yoo, 2008 ; Calabresi et Prakash, 1994). Ce dernier doit donc exercer la totalité des attributions du supérieur hiérarchique envers elles : qu'il s'agisse de leur adresser des instructions, de réformer leurs décisions, de se substituer à elles dans la prise de ces dernières, ou de révoquer leurs commissaires ou directeurs pour des raisons professionnelles ou politiques. Il en découle que la protection organique et matérielle des AI est inconstitutionnelle, que la distinction entre les AE et les AI n'a pas lieu d'être et que la constitution n'habilite pas le Congrès à délimiter le pouvoir

34. *Independent Agency Regulatory Analysis Act* de 2012 (S.3468), proposition réintroduite en 2013 (S.1173), 2015 (S.1607) et 2017 (S.1448). Le texte autorise le Président à procéder à l'extension par E.O.

35. *Morrison v. Olson* 487 U.S. 654, 705 (1988).

de contrôle du chef de l'exécutif sur les agences. Deux arguments sont avancés à l'appui de cette thèse de l'exclusivité et de l'universalité des pouvoirs du Président en tant que garant de l'exécution des lois. D'abord, elle garantit la responsabilité démocratique (*accountability*) puisqu'elle assure une identification aisée de la personne qui doit répondre de toute action exécutive, à savoir le Président. Ensuite, elle est conforme à l'approche originelle des pères fondateurs. Pourtant, cette vision « originaliste » a été dénoncée comme étant un mythe par d'autres études portant sur la consistance historique des pouvoirs du Président et des gouverneurs des États fédérés (Mashaw, 2009, 668 ; Shane, 2016a ; 2016b).

La théorie de l'administration présidentielle

La théorie de l'administration présidentielle a été initialement présentée par la professeure Elena Kagan avant sa nomination à la Cour suprême en août 2010 (Kagan, 2001). Kagan théorise une pratique dont elle identifie les prémisses sous la présidence Reagan (1981-1989), et le plein développement sous la présidence Clinton (1993-2001). Selon elle, on observe une double tendance : d'une part, le Président a développé un pouvoir d'instruction à l'égard des agents des agences pourtant reconnus comme titulaires de la délégation législative par le Congrès ; d'autre part, le Président s'attribue la paternité des actions prises par les titulaires explicites du pouvoir décisionnel. La théorie de l'administration présidentielle normalise cette relégation des titulaires légalement désignés à un rôle nominal, à l'aide de présomptions qui opèrent de façon opposée selon qu'il est question d'AE ou d'AI.

Lorsque la loi qui accorde expressément une délégation de pouvoir du Congrès à une AE reste silencieuse quant au pouvoir d'instruction du Président à son égard, elle doit être présumée comme reconnaissant implicitement à ce dernier un tel pouvoir (Kagan, 2001, 22, 27). Cette présomption de pouvoir d'instruction est réfragable : elle tombe en cas de fonctions quasi juridictionnelles (Kagan, 2001, 2228). En faisant ainsi du Président le titulaire réel du pouvoir délégué aux AE, la théorie de l'administration présidentielle se rapproche de la théorie unitariste³⁶. Elle s'en éloigne néanmoins sur la question du lien entre Président et AI. Sur ce terrain, Kagan indique explicitement son rejet de l'absolutisme de la théorie unitariste et son attachement corrélatif à la jurisprudence limitant le pouvoir de révocation à l'égard des AI.

La présomption applicable aux AI est celle de l'absence de pouvoir d'instruction. Elle repose sur un argument de cohérence. En effet, le législateur qui entend assurer l'indépendance d'une agence en imposant une composition bipartisane du collège et en interdisant la révocation pour raison politique, ne saurait être présumé avoir voulu autoriser le Président à diriger la mise en œuvre du pouvoir délégué à l'AI. Au total, en raison de son relativisme, la théorie de l'administration présidentielle reconnaît au Congrès le pouvoir de circonscrire le contrôle organique ou matériel du Président sur les AI. Le volet AI de cette théorie dénote en fait une certaine dose de pluralisme. Par comparaison, la théorie classique du contrôle de l'administration par le Président parce qu'elle est foncièrement pluraliste, assure une protection d'ensemble aux AI et aux AE.

36. Kagan reconnaît au Congrès le pouvoir d'interdire expressément au Président d'intervenir dans une matière déléguée.

La théorie pluraliste classique

Selon l'analyse classique, le pouvoir exécutif présente lui-même une séparation interne qui vient s'ajouter à la séparation externe entre les trois pouvoirs constitutionnels (Magill et Vermeule, 2001 ; Strauss, 1984 et 2007 ; Shane, 2009 et 2016b ; Michaels, 2016). Sur la base de cette séparation interne, s'organise un jeu de poids et contrepoids entre le Président et ceux qui assurent diverses fonctions au sein de la branche exécutive que la loi leur confie en propre, notamment le ministre de la justice, les AE et les AI. Une telle diffusion interne du pouvoir exécutif est une garantie contre l'abus de pouvoir³⁷.

Il en découle que la présence des AI dans le panorama institutionnel de la branche exécutive pose d'autant moins problème que les délégations faites aux AE demeurent acquises à ces dernières. En effet, pour toutes les agences, la désignation législative d'un titulaire de pouvoir exécutif autre que le Président restreint le contrôle de ce dernier à un rôle de superviseur. Précisément, les E.O. instituant le contrôle présidentiel ne mentionnent aucunement, s'agissant de l'OIRA, le pouvoir de dicter aux agences le contenu de leurs règlements, quoique la pratique contredise le texte (Percival 2011, 2489). Les titulaires nominaux des délégations législatives, à savoir les AI et les AE, sont les décideurs réels et le Président ne peut ni annuler leurs décisions ni y substituer la sienne³⁸. Mais, comme nous l'avons montré plus haut, tandis que la révocation à motivation politique est un instrument de contrôle présidentiel dans le cas des AE, elle est bannie dans le cas des AI.

L'approche pluraliste intègre donc complètement la pluralité des détenteurs de fonctions exécutives et singulièrement la polyarchie des détenteurs du pouvoir législatif délégué. Ainsi, la limitation du contrôle organique et matériel du Président sur les AI est une forme de séparation interne de la branche exécutive qui, en faisant des AI des contrepoids par rapport au chef de l'exécutif, sert de garantie contre l'abus du pouvoir présidentiel. La combinaison de la séparation interne et de la dynamique des poids et contrepoids est un instrument au service de la préservation de la liberté, but inscrit dans le texte constitutionnel de 1787 (Strauss, 1984 et 2007).

La jurisprudence *Humphrey, Wiener, Morrison* reflète la théorie pluraliste. Pourtant, après avoir, en 1988 (*Morrison*), rejeté la centralisation absolue du pouvoir exécutif prônée par les théoriciens de l'exécutif unitaire, depuis 2010, la Cour suprême s'est engagée dans une lecture unitariste de la relation entre Président et agences. Le dispositif de protection des AI en ressort progressivement ébranlé.

L'ébranlement progressif du dispositif de protection des agences indépendantes

En l'état actuel des choses, l'ébranlement résulte de trois développements juridiques. Les deux premiers touchent les AI en tant que telles, mais de manière variable. Le tout premier provient de la Cour suprême et consiste en l'interdiction de la protection organique à double étage au profit des AI. Le second reste encore au niveau des cours d'appel fédérales et se traduit par la contestation de la combinaison de la structure unipersonnelle de l'organe dirigeant et de la protection organique des AI. Le troisième, qui affecte aussi bien les AI que les AE, provient de la Cour suprême. Il concerne le transfert du pouvoir de nomination des *administrative law judges* (ALJ) aux chefs d'agence.

37. Opinion dissidente du juge Brandeis : *Myers*, 272 U.S. 52, 293 (1926).

38. La distinction superviseur-décideur, *overseer-decider* est posée par Peter Strauss (Strauss 2007).

L'interdiction de la protection organique à double étage au profit des AI

Dans l'arrêt *Free Enterprise Fund* de 2010, la Cour Suprême ouvre bel et bien une nouvelle ère dans le sort constitutionnel des AI en concluant, sous la plume du *Chief Justice* Roberts, à l'inconstitutionnalité du double degré de protection organique au regard de la séparation des pouvoirs³⁹. En l'occurrence, la Cour rejette le double niveau de protection envers la révocation à fondement politique que le dispositif initial de la loi Sarbanes-Oxley ménageait au profit des membres du *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB)⁴⁰. Le premier niveau de protection institutionnelle découlait de l'interdiction de la révocation discrétionnaire s'imposant à la *Securities Exchange Commission* (SEC) à l'égard des membres du PCAOB. Le second niveau était la même interdiction pesant sur le Président à l'égard de la SEC. La haute juridiction estime que cette dualité de protection des membres du collège du PCAOB prive le Président d'une des prérogatives découlant de sa qualité de chef de l'exécutif aux termes de l'article II de la constitution : celle de pouvoir demander au PCAOB de lui rendre des comptes. S'il est en mesure de démettre de leurs fonctions les membres de la SEC pour une raison non politique, il ne peut nullement atteindre les membres du PCAOB et ainsi veiller à la fidèle exécution des lois. Dès lors, une protection organique simple doit être instaurée : la révocation dite « pour cause » des membres du PCAOB par la SEC est remplacée par la démission discrétionnaire par la SEC. Seule la protection organique de la SEC à l'égard du Président est maintenue.

La Cour n'a donc recouru ni au critère fonctionnel ni au critère de l'impact utilisés précédemment. Elle introduit une « logique arithmétique » (selon l'expression utilisée par le juge Breyer dans son opinion dissidente) qui témoigne d'une avancée de la théorie de l'exécutif unitaire. Une règle de simplicité est désormais imposée au Congrès quant à l'organisation de l'indépendance organique des agences. La réduction de la capacité d'ingénierie institutionnelle du législateur a pour effet de contenir l'expansion de la polyarchie des AI échappant à l'emprise présidentielle. Ainsi l'arrêt *Free Enterprise Fund* entame-t-il une sorte de rapatriement au sein de la sphère présidentielle d'organes exécutifs considérés comme indûment perdus.

En outre, la simplicité organisationnelle imposée par *Free Enterprise Fund* soulève la question de la constitutionnalité des dispositifs de double protection dont bénéficient plusieurs catégories de fonctionnaires fédéraux. Au sein des AI, tel est le cas des cadres supérieurs les plus élevés lorsqu'ils sont soustraits à la révocation discrétionnaire. Au sein de toutes les agences, tel est le cas des *administrative law judges*⁴¹ (ALJ, cf. *infra*) : non seulement ils sont soustraits au pouvoir de révocation du Président mais encore l'agence qui les emploie ne peut invoquer que des causes non politiques pour les révoquer et la révocation doit être autorisée⁴² par le *Merit Systems Protection Board* (MSPB) qui est elle-même une agence indépendante ! Néanmoins, l'arrêt *Free Enterprise Fund* préserve

39. *Free Enterprise Fund et al. v. Public Company Oversight Board et al.*, 561 U.S. 477 (2010).

40. La loi Sarbanes-Oxley est adoptée en 2002 en réponse aux scandales financiers et comptables (tel qu'Enron). Elle renforce l'encadrement juridique de la production des documents financiers et comptables. À ce titre, elle crée un régulateur indépendant, le PCAOB doté d'un pouvoir de sanction.

41. L'ALJ peut être considéré comme l'équivalent fonctionnel des membres des commissions des sanctions dont sont dotées certaines autorités de régulation en France. Cependant, il n'a qualité ni de commissaire ni d'administrateur.

42. 5 U.S.C. §§7521(a)– (b).

la double protection des ALJ puisque l'opinion majoritaire déclare inapplicable aux ALJ le raisonnement sous-tendant son dispositif⁴³.

Comme la première source de déstabilisation, la seconde tend à circonscrire la marge de manœuvre du législateur quant à la structuration des AI.

La contestation de la combinaison de la structure unipersonnelle de l'organe dirigeant et de la protection organique des AI

En l'occurrence, l'attaque porte sur le cumul de deux traits : d'une part, la structure unipersonnelle de l'organe dirigeant, d'autre part, la protection contre la révocation discrétionnaire. Pour l'heure, elle se manifeste au niveau de l'appel. Dans l'affaire *PHH Corporation v CFPB*, une formation restreinte de la cour d'appel fédérale du « circuit »⁴⁴ de Washington D. C prononce en 2016 l'inconstitutionnalité d'une telle combinaison au regard du principe de la séparation des pouvoirs. L'AI en cause est le *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) créé par la loi Dodd-Frank de 2010, en réponse à la crise des *subprimes*. L'auteur de l'opinion de la cour d'appel est le juge Kavanaugh qui avance un argument d'adéquation institutionnelle inusité et nourri d'une vision unitariste. Il soutient que la forme monocéphale retenue pour ce régulateur de forte stature économique qu'est le CFPB est inadéquate dans le cas d'une AI. En tant que telle, celle-ci renforce le risque d'arbitraire et d'excès de pouvoir, explique-t-il. Tout au contraire, la forme collégiale le minimise grâce au jeu d'équilibre qu'elle permet entre commissaires et qui compense l'absence de pouvoir hiérarchique du Président sur les AI. Ce risque intrinsèque est d'autant plus accru, poursuit-il, que la direction unipersonnelle est combinée avec un conditionnement strict du pouvoir de révocation. Dès lors, conclut-il, la protection organique dont jouit le directeur du CFPB constitue un obstacle inconstitutionnel à l'exercice par le Président de sa fonction de chef de l'exécutif. La direction unipersonnelle étant réservée aux AE et la présidence collégiale étant cantonnée à la catégorie des AI, la constitutionnalité de la protection organique applicable à d'autres AI à direction unipersonnelle est remise en cause. Tel est le cas pour la *Federal Housing Finance Agency* à propos de laquelle, le 16 juillet 2018, selon un raisonnement similaire, une formation restreinte de la cour d'appel du 5^e circuit conclut à l'inconstitutionnalité⁴⁵. À l'avenir, ce nouveau raisonnement reviendrait à enfermer le législateur dans un choix unique en termes d'ingénierie institutionnelle relative à une AI alors que l'alternative entre la présidence collégiale et la direction unipersonnelle n'avait jamais été remise en cause jusque-là.

En tout cas, à propos du CFPB, le 31 janvier 2018, la formation plénière de la cour d'appel du circuit de Washington D.C.⁴⁶ renverse l'arrêt rendu par sa formation restreinte de 2016. Elle établit la constitutionnalité du CFPB en tant qu'AI à direction monocéphale conformément à la jurisprudence précédente. Elle souligne, notamment, que les justifications énumérées par la loi Dodd-Frank pour la révocation s'inscrivent dans la continuité des législations précédentes et fournissent au Président des fondements largement suffisants pour veiller à la fidèle exécution des lois.

43. Dans l'arrêt *Free Enterprise Fund* de 2010 (note 10), la Cour avance deux arguments pour justifier cette exception : 1) l'incertitude de la qualité d'*officer* des ALJ et 2) la nature quasi-juridictionnelle de leurs fonctions. L'arrêt *Lucia* anéantit le premier argument.

44. NdR : terme utilisé pour décrire une circonscription correspondant à la juridiction d'une cour d'appel fédérale aux USA.

45. *Collins Liotta, Hitchcock v. U.S. Dpt of Treasury, FHFA*, n. 17-20364, 16 July 2018.

46. *PHH Corporation v CFPB* 881 F.3d 75, 2018 WL 627055 (DC Cir. 2018).

La Cour suprême n'ayant été saisie d'aucune demande de *certiorari*⁴⁷ dans l'affaire *PHH*, pour l'instant, le nouveau raisonnement avancé par le juge Kavanaugh ne correspond qu'à une position minoritaire. En l'état actuel des choses, il s'agit d'une position partagée avec une formation restreinte de la cour d'appel du cinquième circuit depuis le 16 juillet 2018 dans l'affaire *FHFA*. Qui plus est, au vu des circonstances présentes, celle-ci est fort susceptible de devenir la position dominante imposée par la Cour suprême comme ce fut le cas dans l'affaire *Free Enterprise Fund*. En effet, elle est défendue par des acteurs engagés dans un activisme contentieux en faveur de l'exécutif unitaire : d'une part, la *U.S. Chamber of Commerce* et les quinze États-Fédérés qui se sont portés *amici curiae* devant la formation plénière dans l'affaire *PHH*, et d'autre part, le *Department of Justice* depuis l'élection de Donald Trump. En outre, le juge Kavanaugh est précisément le successeur du juge Kennedy et sa nomination assure une solide majorité conservatrice au sein de la Cour suprême, indispensable pour détricoter l'«État administratif» à coups de décisions juridictionnelles. En tout état de cause, si, sur ce terrain, la position de la Cour suprême reste de l'ordre de la probabilité, sur un autre, celui de la nomination des *administrative law judges* (ALJ), elle a d'ores et déjà administré un coup dont la portée est d'autant plus déstabilisante qu'elle a été promptement interprétée de façon absolue par la présidence Trump.

Le transfert du pouvoir de nomination des administrative law judges (ALJ) aux chefs d'agence

Le 21 juin 2018, dans l'affaire *Lucia v. SEC*⁴⁸ et sous la plume de la juge Kagan, la Cour prononce une décision qui bouleverse le mode de nomination des ALJ. Au sein des AI ou des AE, les ALJ adoptent des recommandations ou des décisions initiales de type quasi juridictionnel⁴⁹ dans le cadre des procédures formelles⁵⁰. Leur création est une des révolutions introduites par l'APA. Elle est symbolique de la séparation interne des fonctions (réglementation, poursuite, jugement) au sein des agences qui, en réponse à la confusion des pouvoirs qui leur sont confiés, est un des principes directeurs de leur organisation interne depuis 1946. À ce titre, aussi bien en termes de nomination qu'en termes de révocation, les ALJ bénéficient d'une protection statutaire. L'*Office of Personnel Management* (OPM) est l'instrument central de cette protection en matière de nomination tandis que le MSPB joue le même rôle dans le cadre des procédures disciplinaires. L'OPM présélectionne les candidats aux postes d'ALJ en organisant des concours et les agences d'affectation retiennent l'un des trois noms présélectionnés et classés pour pourvoir chacun des postes.

La décision *Lucia* remet en cause le volet recrutement de ce système méritocratique et centralisé. Elle le remplace, du moins dans l'interprétation qu'en fait l'administration Trump, par un système décentralisé où l'affiliation politique concurrence le mérite en transférant aux agences le recrutement et la nomination des ALJ. En l'occurrence, le remplacement est fondé sur une analyse de la procédure de nomination des ALJ de la SEC au regard de l'*Appointments Clause*. En effet, la Cour dénie la qualité d'*employee*⁵¹ à ces ALJ et

47. Un tel recours vise à convaincre la Cour d'exercer sa compétence discrétionnaire.

48. *Raymond J. Lucia Cos., Inc. v. SEC*, 585 U.S. – (2018).

49. Audition de témoins, tenue d'audience contradictoire (*adversarial*), détermination de la validité des preuves.

50. *Formal adjudication* (octroi d'une allocation sociale, sanction) et *formal rulemaking* (détermination de prix).

51. Qualification retenue par *Raymond J. Lucia Cos., Inc. v. SEC*, 9 Août 2016, 832 F.3d 277, (D.C. Cir. 2016).

conclut qu'un membre du personnel de la SEC, à savoir le *chief administrative law judge*, ne peut prononcer leur nomination. Elle qualifie ces ALJ d'*inferior officers*⁵². Il en découle qu'ils ne peuvent être désignés que par le Président, un chef de département ministériel, ou une juridiction. Retenant la nomination par un ministre parmi ces trois options, la Cour applique l'assimilation entre ministère et agence datant de l'arrêt *Free Enterprise Fund*, pour conclure que c'est le collège de la SEC, en tant que chef de département ministériel, et non un membre du personnel, qui doit formellement nommer les ALJ.

La qualification d'*inferior officer* retenue ici, applique deux critères énoncés dans l'arrêt *Freytag*⁵³. Il s'agit, d'une part, d'un emploi permanent à fondement législatif et, d'autre part, de l'importance de l'autorité exercée qui doit être semblable à celle des juges proprement dits. Eu égard à la similitude entre les pouvoirs reconnus par diverses lois aux 1955 ALJ que compte l'administration fédérale américaine, l'application de tels critères est porteuse de généralisation de la solution relative à la SEC⁵⁴. Il reste qu'une approche minimaliste de la généralisation permettrait de maintenir le rôle de présélection de l'OPM tout en veillant à ce que l'administrateur ou le collège de l'agence adopte formellement l'arrêté de nomination⁵⁵.

L'administration Trump a, pour sa part, rapidement choisi une approche maximaliste qui débouche sur un transfert entier du pouvoir de nomination aux agences. Ainsi, dès le 10 juillet 2018, elle a publié un E.O.⁵⁶ éliminant l'intervention obligatoire de l'OPM dans le recrutement des ALJ et remettant donc en cause le principe du concours et de la liste à ordre décroissant. Il s'ensuit que chaque agence devient maîtresse des modalités de sélection des ALJ. Cependant, la possession d'un titre d'exercice professionnel⁵⁷ est considérée comme le critère minimal et le droit à traitement préférentiel des anciens combattants « doit être respecté autant que faire se peut ».

*

* *

Dès lors, l'un des grands acquis du code de procédure administrative que constitue l'APA de 1946 est abandonné. Le mode de recrutement assurant l'indépendance des ALJ cède la place à un mode de recrutement facilitant la dépendance politique et le retour du système des dépouilles. Ainsi, dans le cas des AE, les ALJ passent de façon certaine sous le contrôle du Président. Dans le cas des AI, un tel basculement est conjoncturel, en fonction de l'alignement ou du non-alignement politique entre le Président et les agences concernées.

Une circulaire (*guidance*) confidentielle émise par le ministère fédéral de la justice en juillet 2018 témoigne de l'accentuation de cette lecture maximaliste. La circulaire étend à

52. L'APA (5 U.S.C. 3105) prévoit que toute agence peut désigner des ALJ.

53. *Freytag v. Commissioner of Internal Revenue*, 501 U.S. 868 (1991) : à propos des juges de la Tax Court établie sur le fondement de l'Art. I de la Const.

54. *Bandimere v. SEC*, 844 F.3d 1168 (10th Cir. 2016), (formation restreinte) et 855 F.3d 1128 (10th Cir. 2017) (formation plénière) : à propos des ALJ de la SEC. *Jones Brothers, Inc., v. Secretary of Labor*, US Ct of Ap. 6th Cir., 17-3483 31 juillet 2018, applique les conclusions de l'arrêt *Lucia* aux ALJ de la *Federal Mine Safety and Health Review Commission*. Néanmoins les ALJ de la *Social Security Administration* qui ne président pas à une audience contradictoire (*adversarial hearing*) et qui constituent 85% des ALJ fédéraux sont dépourvus d'un pouvoir que l'arrêt *Lucia* prend particulièrement en compte pour conclure au caractère substantiel de l'autorité exercée.

55. C'est dans cette voie que s'est engagée la SEC lorsque ses commissaires ont formellement ratifié les précédentes nominations après le changement de position de l'administration Trump du 29 novembre 2017, d'abord le 30 novembre 2017, et une fois l'arrêt *Lucia* rendu, le 22 août 2018.

56. L'E.O. n. 13843 du 10 juillet 2018, 83 FR 32755, a un fondement législatif : 5 U.S.C. 3302.

57. La licence d'exercice de la profession d'avocat obtenue à l'issue de l'examen du barreau.

un double titre la portée de la décision *Lucia*. D'une part, elle généralise la nouvelle règle de nomination des ALJ. Celle-ci est applicable à l'ensemble des ALJ, que leur intervention relève d'une procédure accusatoire (comme, en l'espèce, dans le cadre de la SEC⁵⁸) ou d'une procédure inquisitoriale (comme dans le cadre de la *Social Security Administration* [SSA]⁵⁹). D'autre part, elle va jusqu'à traiter de la révocation des ALJ alors que l'opinion majoritaire de la décision *Lucia* se confine délibérément à la question du recrutement.

Sur le volet révocation des ALJ, l'administration Trump semble vouloir précipiter un dénouement juridictionnel. En effet, sous la plume de la juge Kagan, la Cour refuse expressément d'aborder ce volet alors que le ministère arguait de l'inconstitutionnalité de la limitation pesant sur le Président. Or, ladite circulaire prône « un degré de contrôle constitutionnellement adéquat du Président sur les ALJ » ainsi que la révocation pour raison politique des ALJ⁶⁰. Sans doute, la manœuvre vise-t-elle à accélérer l'intervention d'une Cour suprême dont la majorité est présumée acquise aux exigences de la théorie unitaire depuis que le juge Kennedy a été remplacé par le juge Kavanaugh en octobre 2018⁶¹. Précisément, le 28 novembre 2018, M. Lucia a déclenché un autre procès remettant en cause la constitutionnalité de la révocation des ALJ⁶².

Références bibliographiques

- Breger, Marshall et Edles, Gary (2015), *Independent Agencies in the United States – Law, Structure, and Politics*, Oxford University Press.
- Brownlow report, The President's Comm. On Administrative Management (1937), *Administrative Management in the Government of the United States*, Washington D.C., U.S. Government Printing Office.
- Calabresi, Stephen et Prakash, Saikrishna (1994), "The President's power to execute the laws", *Yale Law Journal*, 104, p. 541.
- Calabresi, Stephen et Yoo, Christopher (2008), *The Unitary Executive : Presidential power from Washington to Bush*, Yale University Press.
- Datla, Kirti et Revesz, Richard L. (2013), "Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)", *Cornell Law Review*, 98, p. 769.
- Epstein, Richard (1987), "The Proper Scope of the Commerce Power", *Virginia law Review*, 73, p. 1387.
- Epstein, Richard (2014), *The classical liberal constitution: The uncertain quest for limited government*, Cambridge, Harvard University Press.
- Hamburger, Philip (2014), *Is administrative law illegal?*, University of Chicago Press.
- Kagan, Elena (2001), "Presidential Administration", *Harvard Law Review*, 114, p. 2245.
- Lawson, Gary (1994), "The Rise and Rise of the Administrative State", *Harvard Law Review*, 107, p. 1231.

58. La SEC n'emploie que cinq ALJ.

59. La SSA concentre la vaste majorité des ALJ : 1931 sur 1955.

60. Point C5 de la circulaire de juillet 2018 (document non daté) : la révocation est possible pour « *[failure] to follow agency policies, procedures or instructions* ».

61. L'annonce de sa sélection par le Président Trump ayant eu lieu le 9 juillet 2018, la veille de la publication de l'E.O. n. 13843.

62. *Lucia v. SEC, US Southern District of California (San Diego)*, Aff. 18-CV-2692.

- Lewis, David et Selin, Jennifer (2015), "Political Control and the Forms of Agency Independence", *George Washington Law Review*, n° 83, p. 1487.
- Magill, Elisabeth et Vermeule Adrian (2011), "Allocating Power Within Agencies", *Yale Law Journal*, 120, p. 10.
- Mashaw, Jerry (2009), "Governmental Practice and Presidential Direction: Lessons from the Antebellum Republic?", *Willamette Law Review*, 45, p. 659.
- Mashaw, Jerry (2012), *Creating the administrative constitution: The lost one hundred years of American administrative law*, Yale, Yale University Press.
- Michaels, Jon, (2016), "Of Constitutional Custodians and Regulatory Rivals: An Account of the Old and New Separation of Powers", *New York University Law Review*, 91, p. 227.
- Percival, Robert (2011), "Who is in charge? Does the President have directive authority over agency regulatory decisions?", *Fordham Law Review*, 79 p. 2487.
- Rao, Neomi (2011), "A modest proposal: Abolishing agency independence in *Free Enterprise Fund v. PCAOB*", *Fordham Law Review*, 79, p. 2541.
- Shane, Peter, (2009), *Madison's nightmare, How executive power threatens American democracy*, Chicago, Chicago University Press.
- Shane, Peter (2016a), "The originalist myth of the unitary executive", *Journal of Constitutional L*, 19 p. 324.
- Shane, Peter (2016b), "Boundary Disputes: Jerry Mashaw's Anti-Formalism, Constitutional Interpretation and the Unitary Executive", in Parillo Nicholas, *Administrative law from the inside out : Essays on themes in the work of Jerry Mashaw*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Strauss, Peter (1984), "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review*, 84, p. 573.
- Strauss, Peter (2007), "Overseer, or 'The Decider'? The President in Administrative Law", *George Washington Law Review*, 75, p. 696.
- Tucker, Paul (2018), *Unelected Power : The quest for legitimacy in central banking and the regulatory state*, Princeton, Princeton University Press, 2018, p. 656.
- Verkuil, Paul (1988), "The purposes and limits of independent agencies", *Virginia Law Review*, 60(1), p. 257.
- Zoller, Elisabeth (2006), « Le Président des États-Unis dans la jurisprudence de la Cour suprême », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, vol. 1, 50, p. 51-61. Ici p. 58.