

VII^e Congrès français de droit constitutionnel
CONGRÈS DE PARIS

25, 26 et 27 septembre 2008

Atelier n°6
Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs

**Les blocs de pouvoirs « éclipsés »
par les autorités administratives en réseau :
vers la fin des contre-pouvoirs ?**

Melle Marie-Charlotte ROQUES-BONNET

Nébuleuse institutionnelle, le réseau des Autorités Administratives Indépendantes (AAI) ne rentre pas plus dans la catégorie des objets de droit constitutionnel que dans celle des pouvoirs ou des contre-pouvoirs. Pourtant la « *diversité [qui] résulte de l'adaptabilité des AAI à leurs missions [... et qui] constitue l'un de leurs principaux atouts* » a pu faire vaciller les « fondamentaux »¹ du droit constitutionnel, et notamment la théorie de la séparation des pouvoirs. Cette souplesse institutionnelle est en passe de faire d'une redistribution des compétences administratives un facteur de réorganisation des pouvoirs publics. Supposée impartiale, neutre et apolitique, la structure de l'AAI transforme enfin l'exercice des contre-pouvoirs. Alors que la pyramide des pouvoirs ne résiste ni matériellement ni politiquement au poids de la présidentialisation de notre régime et que la spécialisation des missions administratives impose d'envisager la répartition des compétences publiques en réseau, les pouvoirs constitués ne seraient-ils plus finalement que le sommet de l'« iceberg institutionnel » -en période de fonte des neiges ?

Partie immergée de l'iceberg, les contre-pouvoirs institutionnels pourraient subir, à la lumière du fait majoritaire un sort analogue. A moins –et c'est l'objet de cette étude– que le réseau des autorités administratives construit en dehors du prisme politique, dans des eaux plus troubles, mais plus profondes, ne cristallise une nouvelle catégorie de contre-pouvoirs. L'on peut être tenté de les qualifier de contre-pouvoirs efficaces, fonctionnels ou encore de contre-pouvoirs techniques, en hommage à leurs qualités premières. Cette nouvelle forme de contre-pouvoir, qui prend forme à partir d'organes administratifs « quasi-législatifs » et « quasi-judiciaires », reste en dehors de la Constitution du 4 octobre 1958. Dans ce nouvel environnement, administratif, collaboratif, les autorités déléguées du pouvoir exécutif

¹ GELARD P., Office parlementaire d'évaluation de la législation, Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objectif juridique non identifié, Paris : La Documentation française, Rapport n°3166 à l'Assemblée nationale, 15 juin 2006, p.19.

entreprennent, depuis plusieurs années, un travail de fond remarquable à bien des égards. D'abord parce qu'il s'est affranchi de tout mandat représentatif et qu'il doit gagner en termes d'efficacité ce qu'il n'a jamais eu en termes de légitimité. Ensuite, parce que dans le trouble de la réforme et de la modernisation permanente de notre appareil administratif, il s'est affranchi d'une séparation des pouvoirs dont les institutions législatives, réglementaires et judiciaires ne peuvent fondamentalement pas faire abstraction. En effet, les AAI remplissent simultanément une mission « quasi-normative » et « quasi-juridictionnelle ». Il convient donc à présent de comprendre quel est l'impact constitutionnel de ce nouveau réseau d'organes administratifs, notamment en termes de pouvoirs et de contrepouvoirs. Le démembrement et la spécialisation des compétences publiques a-t-elle finalement transformé la mise en œuvre effective des pouvoirs et des contrepouvoirs, et donc le visage de notre République ?

A l'interstice des trois pouvoirs, les Autorités Administratives Indépendantes (AAI) superposent leur action à celle du législateur, du juge et des gouvernants et, au niveau administratif, recourent leurs missions. Certes, l'action des pouvoirs constitués ne saurait être concurrencée par l'action d'autorités administratives. L'on ne pourrait pas plus confondre la légitimité des uns et l'efficacité des autres que l'on ne confondrait les trois pouvoirs entre eux. Mais en observant les réactions institutionnelles, fonctionnelles et fondamentales que provoque le rapprochement des AAI et des institutions de la République, comprendre la séparation des pouvoirs devient tâche de plus en plus complexe. Pour ce faire, délimiter le réseau des autorités publiques exerçant des compétences spéciales et mesurer l'accroissement de leurs compétences devient essentiel. Cette observation conditionne non seulement la séparation effective entre les trois « blocs » de pouvoir mais aussi l'équilibre entre la régulation positive (compétence quasi-normative) et régulation négative (compétence quasi-juridictionnelle).

Au carrefour des trois pouvoirs, les AAI remplissent aujourd'hui une fonction de régulation² en aval de l'activité législative, en amont de l'action judiciaire et sous tutelle du pouvoir exécutif. Face à la dilution du pouvoir réglementaire et l'éclatement des compétences organiques, les autorités déléguées de l'Etat contraignent les observateurs de droit public à redéfinir la notion de contrepouvoir. Jadis rassemblées au sein de trois « blocs » distincts et exercées directement par le gouvernement, le législateur et le juge, ces compétences s'exercent aujourd'hui en réseau avec des autorités aux compétences techniques et spéciales. D'autant que ce nouveau maillage interinstitutionnel dépasse les délégations initialement opérées par le gouvernement. Toujours plus autonomes, les AAI conditionnent l'exercice des contrepouvoirs : les membres des autorités (les hommes qui savent) ajoutent leur compétence à celle de nos élus. Notre République n'est alors plus seulement définie par les mandats électoraux de nos représentants et par le jeu des contrepouvoirs politiques. Elle est aussi celle des autorités indépendantes et de leurs compétences techniques, qui s'approprient la « chose publique » avec la seule légitimité de la connaissance.

Les autorités administratives « *sont le plus souvent nées pour résoudre un problème donné à un moment donné* »³. En intervenant dans des domaines sensibles, complexes, techniques ou répondant à des enjeux éthiques particuliers, elles démontrent que l'exercice des compétences publiques déborde des « blocs » de pouvoir pour révéler une autre réalité institutionnelle, en marge du pacte constitutionnel pour être au centre des exigences

² On entend par régulation « *la tâche qui consiste à assurer dans un certain domaine le type d'équilibre entre les intérêts voulu par la loi, [ce qui passe par] le recours à des moyens préventifs et informels, ainsi que la nécessité d'une action d'arbitrage entre les intérêts en question* » (LONGOBARDI N., « *Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique* », RFDA, 3 avril 1995, n°2, p.388).

³ DENOIX DE SAINT MARC R., Présentation in Rapport public du Conseil d'Etat, Paris : La Documentation française, EDCE n°52, p.12.

techniques, économiques, sociales et citoyennes. Cinquante ans après la rédaction de notre contrat social, les institutions inscrites dans les Titres II, III, IV et VIII de la Constitution restent seules légitimes. Elles ne sont en revanche plus les premières autorités compétentes pour en connaître. En filigrane des articles 20 à 23 de la Constitution, le pouvoir exécutif a restructuré l'exercice de ses compétences matérielles et réinventé sa structure organique. Des autorités administratives indépendantes (AAI) aux Autorités Publiques Indépendantes (API), c'est-à-dire à la prise d'autonomie institutionnelle par acquisition de la personnalité juridique. Cette révolution institutionnelle n'est pas sans incidence politique, et pose en ce sens une question inédite : redéfinie en réseau, l'autorité publique peut-elle encore donner lieu à opposition ? Des « blocs » de pouvoir aux réseaux de compétence, la notion de contrepouvoir fait-elle encore sens ?

Fondamentalement, la question doit être reformulée au regard de la théorie de la séparation des pouvoirs, ou plus exactement de l'équilibre et de la collaboration des pouvoirs. C'est sur la base de cette théorie que le constituant a édifié notre République et notre démocratie. Depuis deux siècles, la garantie des libertés publiques et des droits individuels passait par une séparation institutionnelle des pouvoirs. Or, depuis trois décennies, le pouvoir exécutif semble vouloir fonder la légitimité de l'intervention publique sur une base nouvelle, fonctionnelle. A rebours de la logique constituante, la neutralité et l'efficacité des AAI sont à la source de leur légitimité organique. Finalement, en basculant du pouvoir exécutif vers un réseau d'autorités administratives indépendantes, la France bascule de la République des mandats politiques à celle des experts techniques, d'une légitimité institutionnelle présupposée vers une compétence spéciale acquise. Fondamentalement, rien ne change : les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont à la base de toute légitimité institutionnelle. Et tout change : face à des autorités publiques dont les membres sont réputés impartiaux, neutres, spécialisés et efficaces, une opposition politique peut-elle perdurer ? Face à des autorités structurant en leur sein l'équilibre des intérêts publics et privés et facilitant la collaboration de leurs représentants, « omniscients », quel rôle devraient encore jouer les contrepouvoirs ?

Au sein des autorités indépendantes, les acteurs publics, les acteurs du marché et les acteurs associatifs structurent la collaboration et l'équilibre d'intérêts divergents. De nature administrative, les autorités publiques ne constituent pas en elles-mêmes un faisceau de contrepouvoirs. Elles constituent en revanche un espace de dialogue et de concertation susceptible de devenir un « espace de contrepouvoir ». Car la transparence technique et normative qui caractérise les AAI ne garantit pas forcément leur neutralité politique : la tutelle exercée par le pouvoir exécutif sur ce réseau d'autorités, notamment en ce qui concerne le pouvoir de nomination, remet directement en cause l'hypothèse de la neutralité politique des autorités indépendantes. Elle fragilise aussi l'exercice des contrepouvoirs : alors qu'un espace de concertation prend forme à travers le réseau des AAI, l'opposition politique n'a parfois plus lieu d'être. Des « blocs » de pouvoir aux autorités en réseau, l'intervention publique ne présente plus une conception subjective et unilatérale de l'intérêt général mais une définition objective et concertée de celui-ci. Il ne s'agit plus alors de « contrer » un projet de politique générale, mais de remettre en question la légitimité des autorités déléguées. Noyée dans l'arborescence complexe des AAI et dans le réseau des compétences spéciales qu'elles remplissent, la question des contrepouvoirs, politique, devient administrative.

Afin d'observer l'évolution des contrepouvoirs dans un environnement institutionnel où les « blocs » de pouvoir sont éclipsés par le réseau des AAI, nous envisagerons deux questions successives. Tout d'abord, la réorganisation des compétences du pouvoir exécutif en un réseau d'autorités administratives pose la question de savoir si le modèle de la séparation des pouvoirs est dépassé (I). Le cas échéant, il convient de savoir si le passage des

« blocs » de pouvoirs légitimes au réseau de compétences administratives impose le silence aux « politiques », au-delà de toute logique de représentation légitime et de tout mandat (II).

I - DE LA PYRAMIDE INSTITUTIONNELLE AU RESEAU D'AUTORITES : LA SEPARATION DES POUVOIRS DEPASSEE ?

A l'heure de la 24^{ème} révision de la Constitution⁴ et de la modernisation des institutions de la République, le régime parlementaire français se voit consolidé. Opérant une « hyper-révision » inédite sous la Vème République, le pouvoir constituant dérivé consolide l'exercice effectif des contrepouvoirs. Pour garantir l'exercice des contrepouvoirs, la déstructuration des compétences administratives en autant d'autorités administratives résulte d'une nécessité fonctionnelle (A). Et la restructuration des autorités publiques en réseau résulte d'une véritable volonté politique (B).

A- Des compétences déléguées aux AAI : une nécessité fonctionnelle

Face aux nouveaux enjeux démocratiques, à l'encadrement des rapports entre les citoyens et l'administration, face aux défis posés par l'économie de marché, par la sécurité publique ou par les services publics, le pouvoir exécutif a tranché en faveur d'un démembrement du pouvoir étatique. Identifiant des missions particulièrement sensibles et/ou imposant une spécialisation des compétences, les gouvernants ont partagé le « bloc » du pouvoir exécutif en autant d'autorités administratives indépendantes que de compétences spécialisées (1). Les pouvoirs publics ont ainsi consacré un « *nouveau mode d'intervention de l'Etat* »⁵ (2).

1- L'identification de missions sensibles et spécialisées

En entreprenant la régulation « *des domaines particulièrement sensibles et délicats* » susceptibles de provoquer une « *réaction de l'opinion publique* »⁶, les gouvernants font le choix de ne pas intervenir directement dans certains secteurs pour définir, unilatéralement, les intérêts publics. De fait, pour gérer la déréglementation des télécommunications, le renforcement des systèmes de contrôle de sécurité ou la protection des citoyens contre la numérisation et le traitement automatisé de leurs données personnelles, des instances de régulation inédites ont été créées. Ces instances permettent « *aux gouvernements de faire face à des asymétries d'information et des problèmes très techniques* »⁷. Aussi, une fois qualifiée de sensible, toute mission peut légalement faire l'objet d'une délégation de pouvoir à un organe spécialisé. Particulièrement compétent, il devrait permettre de surmonter un défi informationnel ou technique que le gouvernement ne s'est pas reconnu compétence à traiter directement.

⁴ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la République.

⁵ LEPETIT J.-F., « *État, juge et régulateur* », PA, 23 janvier 2003, n°17, p.9.

⁶ DESFOUGERES E., « *Bilan critique des tentatives d'adaptation de l'administration aux réalités contemporaines* », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1^{er} avril 2000, n°2/2000, p.581.

⁷ THATCHER M., « *Concurrence ou complémentarité ? A propos de la délégation des pouvoirs* », RFAP, 1^{er} août 2004, n°109, p.50.

Mais l'évolution fulgurante de la notion d'AAI, « *ne correspond pas à une catégorie juridique prévue par la Constitution ou par la loi* » ; et l'explosion du nombre des autorités fait l'objet d'une « *tentative de recensement* »⁸ permanente. Car si certaines AAI sont instituées directement par la loi⁹, la plupart d'entre elles sont qualifiées par la jurisprudence¹⁰ et par la Doctrine¹¹ au regard de différents critères : la nature administrative de l'entité, l'observation d'une activité effectivement indépendante –garantie par l'encadrement de la nomination de ses membres- et l'exercice d'une autorité dépassant la simple fonction de consultation. Cette évolution a été stigmatisée par le faisceau de rapports annuels rendu par chaque AAI et par deux rapports publics essentiels, rendus respectivement en 2001 par le Conseil d'Etat et en 2006 par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation¹².

Depuis la création de la première AAI en 1941¹³, les pouvoirs publics ont entrepris d'étendre le réseau administratif des organes à compétence spéciale.

En matière démocratique et électorale, la Commission des sondages¹⁴, la Commission pour la transparence de la vie politique¹⁵, la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du président de la République¹⁶, la Commission Nationale du Débat Public¹⁷ (CNDP) ou encore la Commission nationale des Comptes de campagne et des Financements Politiques¹⁸ (CCFP) démontrent que la transparence est devenue un élément essentiel du processus électoral. Instruments de la transparence démocratique, les AAI doivent « rassurer » l'électeur, en dehors de toute intervention des pouvoirs publics, qui ne sauraient en l'espèce être juges et parties.

Dans les rapports que l'administration entretient avec les citoyens, le Médiateur de la République¹⁹ et la Commission d'Accès aux Documents Administratifs²⁰ (CADA) jouent un rôle transversal. Tandis que d'autres AAI, telles que la Commission Nationale d'Equipe-ment Commercial²¹ (CNEC) jouent un rôle plus ciblé. Globalement, ces autorités ont contribué à

⁸ « *Les autorités administratives indépendantes, tentative de recensement* », JCPA, 3 juillet 2006, n°27, p.921.

⁹ C'est notamment le cas de la CNIL à travers l'article 8 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁰ C'est le cas de la Commission nationale des Comptes de campagne et des Financements Politiques à travers la décision n°91-1141 du 31 juillet 1991, « AN Paris (13^{ème} circonscription) », avant qu'elle ne soit qualifiée comme telle par le législateur (article 7 de l'ordonnance n°2003-1165 du 8 décembre 2003). Il en va de même pour l'ARCEP, qualifiée d'AAI par le Conseil constitutionnel dès 1996 (décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996) avant que le législateur ne le fasse en rebaptisant en 2005 l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART) en ARCEP (loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales).

¹¹ C'est le cas notamment du Médiateur du cinéma, créé par la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, mentionné comme une AAI par l'ensemble de la Doctrine.

¹² CE, Les Autorités Administratives Indépendantes, Paris : La Documentation Française, EDCE n°52, 19 mars 2001 ; GELARD P., Office parlementaire d'évaluation de la législation, Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objectif juridique non identifié, Paris : La Documentation française, Rapport n°3166 à l'Assemblée nationale, 15 juin 2006.

¹³ La Commission de contrôle des banques.

¹⁴ Loi n°77-808 du 19 juillet 1977.

¹⁵ Loi n°88-227 du 11 mars 1988.

¹⁶ Décret n°2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n°62-1292 du 6 novembre 1962.

¹⁷ Loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (article 134).

¹⁸ Ordonnance n°2003-1165 du 8 décembre 2003.

¹⁹ CE, 10 juillet 1981, « Retail ».

²⁰ Loi n°78-753 du 17 juillet 1978. L'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 qualifiait en son article 10 la CADA d'Autorité Administrative Indépendante. Notons que la CADA, tout comme le médiateur de la République, a vocation à mener une mission spéciale qui touche néanmoins toutes les institutions de la République puisqu'elle leur impose « *d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent et dispose que la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public* » (Réponse à la question n°00953 du 19 juillet 2007 de M. M. RAINAUD : JO Sénat du 17 janvier 2008, p.96).

²¹ Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973.

modifier la logique administrative. Grâce à leurs interventions, les institutions publiques ont gagné en transparence en mettant les données relatives à leur secteur d'activité et les informations concernant leur mission à la disposition des administrés. En ce sens, les AAI ont été un rouage essentiel dans la transformation des pratiques mais aussi de l'esprit des institutions de la République.

En matière de sécurité, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité²² (CNCIS), la Commission nationale de déontologie de la sécurité²³ (CNDS) ou la Commission consultative du secret de la défense nationale²⁴ concilient les exigences de maintien de l'ordre public et de défense des libertés individuelles. Leur intervention a permis une concertation et une appréhension déontologique des activités de police et un plus grand respect de la vie privée et des libertés individuelles. La définition des pratiques déontologiques par une AAI : gage d'éthique administrative ou détermination arbitraire d'un niveau adéquate de sécurité publique ?

En matière fiscale comme économique, la Commission des infractions fiscales²⁵, la Commission centrale permanente compétente en matière de bénéfices agricoles²⁶, le Conseil de la Concurrence²⁷, l'Autorité des Marchés Financiers²⁸ (AMF), le Haut Commissariat aux comptes²⁹, le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement³⁰ (CECEI) ou encore la Commission des opérations boursières³¹ veillent à la transparence des informations et au contrôle des pratiques au plus près des intérêts publics et privés. L'implication des professionnels et des experts est essentielle à leur activité. Remplissant une mission transitoire ou fonctionnelle, certaines de ces autorités de régulation, notamment dans le secteur des communications électroniques et de l'énergie, sont devenues permanentes. En témoigne la libéralisation du secteur des télécommunications –sous la tutelle de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes³² (ARCEP)- et du secteur électrique –sous tutelle de la Commission de Régulation de l'Energie³³ (CRE).

Enfin, les autorités œuvrant en faveur de la protection des libertés publiques ont vu leurs compétences élargies. C'est ce que confirme cette année le trentième anniversaire de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés³⁴ (CNIL), protégeant la vie privée des français en encadrant le traitement automatique des données personnelles. C'est ce que confirment aussi la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité³⁵ (HALDE), le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel³⁶ (CSA), le Comité National Consultatif d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé³⁷ (CNCE) ou encore la Haute Autorité de santé³⁸ (HAS). Protéger les libertés publiques est aujourd'hui affaire d'« autorités ».

²² Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

²³ Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

²⁴ Loi n°98-567 du 8 juillet 1998.

²⁵ Loi n°77-1453 du 29 décembre 1977.

²⁶ Loi du 13 janvier 1941

²⁷ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

²⁸ Loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003.

²⁹ Ordonnance n°2005-1126 du 8 septembre 2005.

³⁰ Loi n°84-46 du 24 janvier 1984.

³¹ Ordonnance du 28 septembre 1967.

³² Loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales. L'ARCEP, qualifiée d'AAI par le législateur remplaçait alors l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART).

³³ Loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

³⁴ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978.

³⁵ Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004.

³⁶ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986

³⁷ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

³⁸ Loi n°2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

De plus en plus étoffé, de plus en plus visible, et gagnant en légitimité, ce panel d'AAI démontre qu'une efficacité confirmant l'intérêt du modèle. Au point que celui-ci « mute »³⁹ et qu'il se décline sous une forme plus structurée à travers la catégorie des Autorités Publiques Indépendantes⁴⁰ (API). En effet, les API s'ajoutent à la catégorie des AAI en tant que « *catégorie de personne publique nouvelle que le législateur semble vouloir créer* »⁴¹. Le mode de nomination ou les missions des API ne diffèrent pas des AAI. Selon M. Degoffe, étant donné qu'elle dispose de la personnalité morale, « *l'API constitue le dernier stade de l'AAI* »⁴². L'octroi de la personnalité morale à l'AMF, qui a fortement contribué à l'assouplissement de son fonctionnement, illustre la portée du passage à ce « dernier stade ». Du modèle des AAI à celui, plus abouti, des API⁴³, la « *méfiance à l'égard de l'exécutif* » devient « *une méfiance à l'égard de l'Etat* »⁴⁴. Avec « *l'extension de leur champ d'action et de leurs pouvoirs* », les AAI profitent d'une « *« autonomie » accrue* »⁴⁵. Au service du citoyen, cette autonomie administrative constitue un nouveau « *mode d'intervention de l'Etat* ».

2- Les AAI au service d'un nouveau « *mode d'intervention de l'Etat* »

« *Afin de ne pas paraître trop interventionniste ou dirigiste et afin d'écarter toute suspicion quant à son impartialité, l'Etat fera le choix [avec les AAI] de faire faire à d'autres ce qu'il ne veut pas faire lui même* »⁴⁶. Les AAI jouent une fonction de régulation qui « *ne consiste pas à prendre en charge des activités, à fournir des prestations au public mais à encadrer le développement d'un secteur de vie sociale, en s'efforçant d'assurer le respect de certains équilibres* »⁴⁷. Dénonçant l'idée selon laquelle les AAI remettraient en cause la théorie de la séparation des pouvoirs, le président de la COB remarquait que la seule différence entre les AAI et l'Etat est que « *le rôle du politique* » et de l'Etat « *s'arrête là où commence l'application des textes* »⁴⁸ par les AAI. Encourageant le basculement de l'Etat aux AAI, l'action publique, lorsqu'elle est menée par le biais des AAI, « *est protégée d'un éventuel interventionnisme de circonstance* »⁴⁹. De manière synthétique, l'on peut résumer les choses ainsi : les AAI protègent la continuité de l'action publique de la versatilité politique.

Selon J.-F. Lepetit, c'est pour l'ensemble de ces motifs que les autorités de régulation devraient être conçues « *comme mode d'intervention de l'Etat* »⁵⁰. Etant des « *autorités qui*

³⁹ MONNIER S., « *Les comités de protection des personnes : l'émergence d'une nouvelle catégorie de personnes publiques spécialisées ?* », RDP, 1^{er} novembre 2005, n°6, p.1519.

⁴⁰ TRAORE S., « *Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ?* », Dr. Adm., août-septembre 2004, p.16. L'auteur voyait dans cette nouvelle catégorie juridique « *l'amorce d'un processus de réintégration institutionnelle des AAI dans les catégories juridiques classiques* » (p.19).

⁴¹ DEGOFFE M., « *Les autorités publiques indépendantes* », AJDA, 31 mars 2008, n°12, p.622. En effet, le législateur a qualifié d'Autorité publique indépendante l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), l'Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles (ACAM), la Haute Autorité de Santé et l'Agence Française de Lutte contre le Dopage.

⁴² DEGOFFE M., Ibid., p.623. L'auteur s'appuie sur la récente jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 30 novembre 2007, M. T. et autres).

⁴³ Que nous nous permettrons par la suite d'assimiler dans la catégorie « englobante » des AAI.

⁴⁴ DEGOFFE M., « *Les autorités publiques indépendantes* », AJDA, 31 mars 2008, n°12, p.623.

⁴⁵ LONGOBARDI N., « *Les autorités administratives indépendantes, une première approche (1ère partie)* », PA, 6 octobre 1995, n°120, p.5.

⁴⁶ RENAUD S., « *Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central* », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1^{er} décembre 2001, n°16, p.2204.

⁴⁷ CHEVALLIER J., « *Réflexion sur l'institution des AAI* », JCPG, 1986, p.3254.

⁴⁸ LEPETIT J.-F., « *Etat, juge et régulateur* », PA, 23 janvier 2003, n°17, p.10.

⁴⁹ LEPETIT J.-F., Ibid., p.10.

⁵⁰ LEPETIT J.-F., Ibid., p.9.

échappent à la hiérarchie ordinaire »⁵¹, les AAI incitent effectivement à repenser l'action publique. Dépassant le modèle d'une représentation institutionnelle, cette représentation fonctionnelle des intérêts de la Nation ne garantit pas une séparation efficace des pouvoirs ni la stricte application de la Constitution mais elle garantit une action efficace pour défendre les libertés publiques et les intérêts de tous. La recrudescence de ces autorités stigmatise le basculement d'une logique d'opposition politique aux pouvoirs vers une logique de médiation administrative entre les détenteurs du pouvoir et les contrepouvoirs⁵². Loin de n'être qu'un moyen « d'améliorer les capacités techniques des administrations publiques », les AAI résulteraient de « la nécessité de mettre en place des instances porteuses des valeurs constitutionnelles de neutralité et d'impartialité, et capables de servir d'intermédiaires entre la politique et l'administration ou entre la politique et le marché »⁵³.

A travers ce nouveau mode d'intervention étatique, stigmatisée par les autorités administratives de régulation économique (Conseil de la concurrence, ARCEP, CRE), les AAI offrent un deuxième modèle d'intervention publique. Le premier, qui correspond à l'héritage des « blocs » de pouvoirs constitutionnels, correspond à un modèle dans lequel l'Etat est le « guide de l'économie »⁵⁴. Le second correspond à celui où l'« Etat [est] régulateur du marché » et intervient indirectement par le biais des AAI. Inscrivant son action dans chacun des deux modèles, l'Etat est tour à tour autoritaire et partenaire public. Il valorise ainsi la duplicité de l'intervention publique, inscrite à la fois dans la pyramide des pouvoirs constitutionnels et dans le réseau des autorités administratives. En jumelant à l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics une décentralisation fonctionnelle des compétences publiques, l'institution étatique a fait, sous la Vème République, un choix sans précédents. Cette redistribution des compétences, cantonnée au niveau administratif, ne porte pas directement atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Bien que la volonté politique de restructurer l'action publique ne soit pas sans influence sur la collaboration des organes publics, donc sur l'équilibre des pouvoirs.

B- Des autorités restructurées en réseau : une volonté politique

En 1958, le principe de la séparation des pouvoirs consacré dans la Constitution protégeait les citoyens contre l'arbitraire et maintenait l'impartialité de l'intervention publique. Cinquante ans plus tard, c'est pour répondre à cette même ambition que nos institutions réorganisent les compétences publiques par le biais d'organes indépendants reliés entre eux. De nos jours, plus que la menace des contrepouvoirs, le transfert de compétences aux AAI encourage l'impartialité de l'action publique (1). Elle n'est pas forcément synonyme de dépolitisation. Sous tutelle du pouvoir exécutif, la nomination des membres des autorités laisse parfois transparaître un manque de neutralité politique. Toutefois, en inspirant le législateur et en contribuant à l'œuvre du juge, en mélangeant les genres (principes constitutionnels, législatifs, réglementaires et administratifs) et les intérêts (publics et privés, individuels et collectifs), les AAI finiraient par neutraliser l'exercice des contrepouvoirs (2).

⁵¹ PRETOT X., « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes répond-il aux exigences de la CEDH ? », RDP, 1^{er} novembre 2002, n°6, p.1616.

⁵² BOUMAKANI B., « La médiation dans la vie administrative », RDP, 1^{er} mai 2003, n°3, p.863.

⁵³ MASSERA A., « La crise du système ministériel et le développement des établissements publics et des autorités administratives indépendantes », RFAP, 1^{er} juillet 1993, n°67, p.345.

⁵⁴ MARZONA N., « La CONSOB, profili giuridici », Amministrare, 1987, p.23.

1- Le démembrement administratif vecteur d'une intervention publique impartiale

L'indépendance, la neutralité et l'impartialité seraient les caractéristiques premières des AAI. Mais « *neutralité ne veut pas [forcément] dire apolitisme* »⁵⁵. La neutralité caractérise en revanche une véritable volonté de dépolitisation du débat administratif. L'objectif étant de satisfaire l'intérêt général, une définition objective et concertée de ce dernier « évite » tout affrontement idéologique et subjectif. Puisque tous les intérêts sont « *effectivement représentés dans l'exercice de l'action administrative, lors d'une confrontation transparente* »⁵⁶ au sein de l'AAI, il n'est nul besoin de réitérer cette même confrontation dans les espaces de débat politique. Les AAI, vecteur d'une nouvelle forme d'intervention publique, devaient répondre à l'actuelle dénonciation de la politisation de l'administration. Une réponse sujette à caution puisque les membres nommés par les pouvoirs publics ne peuvent prétendre à l'apolitisme, en se masquant derrière des missions strictement administratives. Le plus souvent nommés par décret pris en Conseil des ministres, les membres des AAI peuvent aussi être nommés par décret du président de la République, par arrêté ou par les autorités générales des autorités dont ils sont issus –tels la Cour de cassation, le Conseil d'Etat ou la Cour des comptes. Sur ce point, les autorités « *ne peu[vent] pleinement participer à l'exigence démocratique de la représentation* »⁵⁷. Elles ne peuvent donc prétendre qu'à une impartialité relative.

Pourtant, alors que l'Etat « *est réputé partial, [...] les AAI semblent parées, dès leur naissance, d'une onction qui les ferait bénéficier d'une irréfragable présomption d'impartialité* »⁵⁸. Le fait s'explique peut-être par un amalgame latent entre les notions d'impartialité matérielle et d'indépendance organique. L'« *indépendance [...] exprime la non-dépendance vis-à-vis de manifestations de volonté d'autrui dans l'exercice de l'activité (d'instruction, d'information, de proposition, de consultation, de décision [ou] de jugement) déléguée à l'organisme* »⁵⁹. Or, l'indépendance des AAI ne démontre pas forcément leur « *imperméabilité politique* ». « *Légalement organisée* »⁶⁰, l'indépendance des AAI permet en revanche de lutter contre les pressions économiques ainsi que de « *répondre à des impératifs de proximité et de constance afin de protéger au mieux l'exercice égalitaire des libertés de chacun contre un déséquilibre des forces* »⁶¹.

Comme le professeur J. Rivero l'avait souligné en 1987 lors d'un Congrès aux apports essentiels pour comprendre les rapports entre AAI, pouvoirs et contre-pouvoirs il s'agit moins de saisir les limites de l'indépendance des AAI que de comprendre la volonté du pouvoir exécutif : « *pourquoi cette volonté d'indépendance* »⁶² ? Vingt ans plus tard la question peut être reformulée : la séparation des pouvoirs serait-elle insuffisante pour garantir la neutralité et l'efficacité de l'intervention publique ? Certes, la régulation imposée par le caractère de plus en plus complexe et technique du droit nécessitait une nouvelle forme d'intervention

⁵⁵ LONGOBARDI N., « *Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif, suite et fin* », PA, 31 août 1999, n°173, p.14.

⁵⁶ LONGOBARDI N., Ibid., p.14.

⁵⁷ RENAUD S., « *Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central* », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1^{er} décembre 2001, n°16, p.2214.

⁵⁸ TRAORE S., « *Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ?* », Dr. Adm., août-septembre 2004, p.16.

⁵⁹ LONGOBARDI N., « *Les autorités administratives indépendantes, une première approche (1ère partie)* », PA, 6 octobre 1995, n°120, p.8.

⁶⁰ SALOMON R., « *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière : Conformité aux garanties fondamentales* », JCPG, 18 octobre 2000, n°42, p.1907.

⁶¹ RENAUD S., « *Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central* », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1^{er} décembre 2001, n°16, p.2210.

⁶² RIVERO J. in Congrès sur les Autorités Administratives Indépendantes (Paris, 11-12 juin 1987) : TIMSIT G. (sous la direction de), Paris : PUF, 1988, p.309.

publique. Mais, d'une intervention publique unilatérale et autoritaire vers une action partenariale et consultative, la délégation de pouvoir de l'exécutif vers les AAI confirmerait que ces dernières neutralisent l'exercice des contrepouvoirs.

2- Des autorités administratives neutralisant l'exercice des contrepouvoirs ?

A la différence du principe de séparation des « blocs » de pouvoir, il n'existe, dans les réseaux d'autorités administratives, aucun « *principe [équivalent] de séparation des autorités administratives et judiciaires* »⁶³. Chaque AAI remplit une mission de régulation qui lui impose à la fois de lancer un « *appel au législateur* », un « *appel à la justice* » et un « *appel à l'opinion publique* »⁶⁴. Pour A. Seban, parce qu'elles sont détachées du processus électoral, et qu'elles n'assument aucune responsabilité politique, les AAI renouvellent la question de la légitimité « *en dehors de la démocratie électorale [...], trait original que ces organismes ne partagent qu'avec les juges* »⁶⁵. Par analogie fonctionnelle, et « *comme y invite la similitude des termes, rapprocher la légitimité des « autorités » de régulation à celle de l'« autorité » judiciaire ? Ou bien ces autorités sont-elles de véritables pouvoirs, démembrés du pouvoir exécutif dont elles exercent certaines prérogatives* »⁶⁶ ? Pour J. Marimbert, il existe une « *tension réciproque, permanente et globalement féconde entre le métier du régulateur et l'accomplissement de son office dans les domaines qui sont soumis à l'influence du régime du procès* »⁶⁷. Tout comme le juge les AAI se caractérisent par leur impartialité et l'efficacité de leur intervention. Sans nul doute, « *au confluent du droit interne et des droits européens* »⁶⁸, le rôle des AAI se « juridictionnalise ». Ainsi, c'est au sens de l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDHLF) que la Commission de contrôle des assurances a pu être considérée comme une juridiction. A l'instar de la CNIL, qualifiée le 19 février 2008 par le Conseil d'Etat de « *juridiction* »⁶⁹. Il est d'ailleurs révélateur que le budget de la CNIL dépende du ministère de la Justice et non, comme « *la plupart des autorités protectrices des libertés publiques, [... des] services du Premier ministre (CSA, médiateur de la République)* »⁷⁰.

D'une intervention quasi-normative à une action quasi-juridictionnelle, les AAI auraient, en une décennie seulement, transformé un espace de régulation « à la botte de l'exécutif » en un espace de contrepouvoir. Ainsi, la seule tutelle du pouvoir exécutif ne suffit plus à saisir l'office des autorités, ni la complexité de leur nature juridique. A l'instar du Conseil constitutionnel, « chien de garde de l'exécutif » en 1958, et protecteur autonome de nos droits et libertés fondamentaux aujourd'hui, les AAI sont en passe d'échapper à la tutelle du pouvoir exécutif. Avec la juridisation des fonctions de régulation, les AAI ont gagné en autonomie : la créature échappe à son maître. Espaces de réflexion et de dialogue du pouvoir exécutif, les autorités deviendraient, progressivement, un espace de contrepouvoir décliné sur

⁶³ DROBENKO B., « *De la pérennité du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires* », PA, 7 septembre 2006, n°179, p.3.

⁶⁴ GOUHIER S., « *La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante: Une loi pour rassurer les citoyens* », RFDA, 1^{er} avril 2002, n°2, p.390, 391 et 392.

⁶⁵ SEBAN A., Ibid., p.63.

⁶⁶ SEBAN A., « *Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation* », PA, 3 juin 2002, p.63.

⁶⁷ MARIMBERT J., « *L'office des autorités de régulation* », PA, 3 juin 2002, n°110, p.73.

⁶⁸ MODERNE F., « *Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens* », RFDA, 1^{er} février 1997, n°1, p.1.

⁶⁹ CE, ord. Réf., 19 février 2008.

⁷⁰ Question n°21368 de M. J.-J. URVOAS : JO AN du 22 avril 2008, p.3390. Voir : Question n°19402 de M. P. COCHET : JO AN du 25 mars 2008, p.2521.

le modèle collaboratif. Ces autorités révèlent l'implosion du « bloc » exécutif, qui s'est traduite par l'explosion des compétences administratives quasi-judiciaires.

Avec la mise en réseau des compétences administratives, les affrontements politiques liés à une interprétation divergente de l'intérêt général sont susceptibles d'être dépassés. Au sein des AAI, la définition de l'intérêt général est objective et concertée. Elle résulte d'un dialogue apolitique entre acteurs publics et privés. Le travail de l'AMF, de la CNIL ou de l'ARCEP par exemple attestent qu'au sein d'autorités qualifiées la définition de l'intérêt général gagne en objectivité. La mise en réseau des compétences administratives emporte un détachement de la logique d'opposition (politique) au profit d'une logique de collaboration (fonctionnelle).

II- DES BLOCS DE POUVOIR AUX RESEAUX D'AUTORITES : LA FIN DES CONTREPOUVOIRS ?

L'équilibre des pouvoirs est garanti par l'exercice effectif des contrepouvoirs. Dans cette logique, institutionnelle, les contrepouvoirs conditionnent l'existence même d'un pouvoir légitime. Réputées impartiales, les autorités administratives agissent en marge de la logique des contrepouvoirs au bénéfice d'une logique collaborative. Au sein des AAI, la représentation des intérêts économiques, techniques et associatifs neutralise les différents conflits d'intérêts (A). Dès lors, la neutralité politique ne résulte plus seulement de la séparation des pouvoirs mais aussi de l'organisation des réseaux de compétences. Elle ne résulte plus seulement de l'existence des contrepouvoirs mais aussi de l'émergence de la « *co-administration* » (B),

A- De l'intérêt des contrepouvoirs face à des autorités impartiales

Œuvrant « contre les pouvoirs politiques », et contre une définition subjective de l'intérêt général, les contrepouvoirs ne sauraient s'opposer à des autorités administratives réputées neutres et fournissant une définition objective et dichotomique de l'intérêt général (1). Apolitiques, les AAI imposent d'adopter une logique nouvelle en droit public, imposant à ceux qui ont compétence spéciale (autorités administratives) de collaborer avec ceux qui décident légitimement (élus et gouvernants). Elles redéfinissent la mission des AAI autour des fonctions législatives, réglementaires et judiciaires (2).

1- La logique d'opposition dépassée : des compétences administratives « en réseau »

En 2004, A. Raynouard avait explicité par trois motifs le développement du modèle du réseau. Premièrement, « *la société centralisée, hiérarchisée, la France monarchiste, la République jacobine, toutes sont défaites* » au profit du « *phénomène, disparate, parfois contradictoire, de la délégation des pouvoirs, de la régulation et de la corégulation* »⁷¹.

⁷¹ RAYNOUARD A., « *Vers la généralisation des réseaux d'autorités* », PA, 5 octobre 2004, n°199, p.40-41.

Deuxièmement, en érigeant le « *principe de bonne gouvernance* » au centre « *de ses missions essentielles* », la construction européenne a conduit à dépasser le simple objectif d'harmonisation européenne étendant cette logique de réseau à l'échelle européenne. Dépassant les frontières de la République, fonctionnel, le « *développement des agences d'exécution et des agences de régulation* » confirme cette évolution. Enfin, troisièmement, la globalisation juridique, économique et financière encouragerait le développement « *d'un processus décisionnel transnational* », guidé par une logique de marché. Dans ce contexte, la régulation opérée par le réseau des autorités publiques correspond à une autonomie plurifonctionnelle : les AAI entreprennent à la fois des fonctions quasi-législatives, quasi-judiciaires et de médiation européenne. L'ensemble de ces fonctions a pu être assimilé –et le terme est significatif– à une « magistrature d'influence », capable de neutraliser les forces d'opposition.

A cet égard, la montée en puissance des AAI relève d'une révolution de la logique administrative : la décentralisation fonctionnelle. Elle signifie la fin de l'Etat omnipotent et omniscient : en démembrant le pouvoir réglementaire et administratif en autorités spécialisées, l'Etat a opté pour un éclatement des compétences, une dilution des responsabilités mais surtout pour plus d'efficacité. Selon D. Truchet, « *les AAI sont encore l'Etat, sous une autre forme, qui échappe au pouvoir politique* »⁷² pour mettre en place « *une modalité de coopération* »⁷³ échappant au jeu naturel des contrepouvoirs. Parallèlement, ils peuvent être envisagés comme des réseaux « *thématiques* » qui « *s'appuient sur les institutions nationales pour mettre en œuvre une réglementation européenne* » et fournir, sous couvert d'« *une [apparente] réponse pratique [...] une réponse [en substance] politique* »⁷⁴. Par conséquent, « *les réseaux ne sont pas une panacée* » étant donné que « *la dimension démocratique avec la mise en œuvre des contrepouvoirs fait défaut* »⁷⁵.

Version francisée du mécanisme des « *checks and balances* », le réseau des AAI consacre « *un pouvoir fondé en dehors de la démocratie électorale* »⁷⁶ : son efficacité sera alors l'unique moyen pour légitimer les « *connotations autoritaires* »⁷⁷ du nouveau réseau de régulation administrative. A rebours de la logique institutionnelle, qui fonde toute autorité sur la légitimité constitutionnelle ou démocratique du pouvoir, « *l'administration est appelée à prouver une nouvelle légitimité, [reposant sur] son efficacité, et à assurer [ainsi] le consensus social* »⁷⁸. Ainsi, les AAI ne remettent pas en cause la séparation des pouvoirs, pas plus que la logique des contrepouvoirs. Mais elles confirment que cette logique ne suffit plus à dire le droit dans un environnement juridique complexe et évolutif. Œuvrant autour des trois pouvoirs, dans une logique de collaboration, les AAI contribuent à protéger les droits et libertés des citoyens.

2- La logique de collaboration confirmée : des AAI en réseau autour des trois pouvoirs

Tout d'abord, les AAI travaillent en réseau autour du législateur. En effet, la loi « *[...] trouverait dans les AAI un troisième « relais » à son action normative qui viendrait*

⁷² TRUCHET D., « *Avons-nous encore besoin du droit administratif?* » in Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME, Paris : LGDJ, 2007, p.1043.

⁷³ RAYNOUARD A., Ibid., p.42.

⁷⁴ RAYNOUARD A., Ibid., p.42-43.

⁷⁵ RAYNOUARD A., Ibid., p.43.

⁷⁶ SEBAN A., « *Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation* », PA, 3 juin 2002, p.63.

⁷⁷ LONGOBARDI N., « *Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif, suite et fin* », PA, 31 août 1999, n°173, p.10.

⁷⁸ LONGOBARDI N., Ibid., p.11.

s'ajouter à l'exécutif et au juge »⁷⁹. Cette logique de collaboration est confirmée par l'évolution du droit public mise en avant par J. B. Auby : la globalisation du monde, l'internationalisation des normes et des standards, le recul du rôle de l'Etat, la montée en puissance des intérêts économiques, l'apparition d'une démocratie administrative ainsi que la décentralisation fonctionnelle et territoriale des pouvoirs ont œuvré dans le sens de la « déstabilisation » et de la « déstructuration »⁸⁰ du droit, dont la loi n'est plus la source unique. En marge d'une « hiérarchie claire », les réseaux d'autorités publiques signifient la redistribution des compétences publiques⁸¹. D'ailleurs, pour le professeur L. Rapp, ce qui pouvait apparaître pour certains comme « la perversion du droit public ou son déclin [ne seraient] qu'illusions à l'âge de régulation »⁸². Dans une logique de décentralisation fonctionnelle, les sources du droit se diversifient. Loin de révéler un déclin institutionnel, cette évolution est requise par la complexité et la spécialité du droit produit.

Ensuite, les AAI travaillent en réseau avec l'autorité judiciaire. En servant les intérêts du citoyen, elles contribuent à rendre le contrôle judiciaire plus efficace. A travers les AAI, « notre démocratie bénéficie [d'organes inédits] qui garantissent aux citoyens le respect de leurs droits en instruisant les dossiers de recours »⁸³. L'intervention des AAI dans l'action contentieuse passe par la saisine directe des autorités ordinaires. Elle s'apparente à la fois « à une mesure d'instruction exécutée par un technicien » et à « une véritable consultation juridique »⁸⁴. De surcroît, elle remplit une fonction quasi-judiciaire dans le respect du principe du contradictoire⁸⁵. Les autorités de régulation restent toutefois soumises à l'autorité judiciaire qui serait à la fois « complément du régulateur » et « contrôleur du régulateur »⁸⁶. Dans ce contexte, « le Conseil constitutionnel a reconnu la faculté pour le législateur de doter les autorités administratives indépendantes d'un pouvoir répressif sous la réserve expresse que les droits de la défense soient garantis [...] »⁸⁷.

Enfin, la tutelle du pouvoir exécutif apparaît de manière évidente à travers la nomination des membres des autorités. Elle ressort également de la volonté gouvernementale de créer de nouvelles AAI, de les consulter et d'en orienter les missions. Placé « en orbite » autour des institutions républicaines, neutralisant les contrepouvoirs politiques, les AAI garantissent l'efficacité et la qualité du débat public. Au carrefour de la collaboration administrative et du jeu naturel des contrepouvoirs, l'Etat retrouve-t-il dans cette « toile de compétence » administratives un véritable équilibre institutionnel ?

⁷⁹ RENAUD S., « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1^{er} décembre 2001, n°16, p.2207.

⁸⁰ AUBY J.-B., « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », AJDA, 20 novembre 2001, n°11, p.912.

⁸¹ AUBY J.-B., Ibid., p.918.

⁸² RAPP L., « Le droit public, l'économie et la régulation : l'exemple des télécommunications », PA, 3 juin 2002, n°110, p.51.

⁸³ Réponse à la question n°19299 de Mme M.-C. BLANDIN : JO Sénat du 27 octobre 2005, p.2779.

⁸⁴ GODET R., « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun: l'exemple des autorités de marché », RFDA, 1^{er} octobre 2002, n°5, p.957.

⁸⁵ CE, 12 juin 2002, Caisse de décès Union d'épargne d'Alsace et de Lorraine : note P. CASSIA, Dr. Adm., janvier 2003, p.14.

⁸⁶ DENOIX DE SAINT-MARC R., « Régulateurs et juges: introduction générale », PA, 23 janvier 2003, n°17, p.7. L'auteur prend pour exemple les atteintes à la concurrence, dans le cadre desquelles les plaignants peuvent s'adresser à la fois au Conseil de la Concurrence et au juge judiciaire. De même, en matière de communications électroniques, les conflits d'interconnexion au réseau peuvent être portés à l'ARCEP ou bien au juge judiciaire. En contrepartie, les décisions des AAI peuvent être soumises au juge judiciaire (Conseil de la concurrence, COB, ARCEP, Commission de régulation de l'électricité, Conseil des marchés financiers) ou au juge administratif.

⁸⁷ CE sect., 31 mars 1995, Ministre du Budget c/ SARL Auto-Industrie Méric.

B- Equilibre institutionnel=contrepouvoir politique+«co-administration» technique?

L'intervention publique résulte à la fois de l'action des institutions de la République, légitime, et de l'action des autorités administratives, efficace. Etroitement imbriquées, parce que menant une action complémentaire, les contrepuvoirs (action d'opposition) et le réseau des autorités administratives (action de collaboration) redéfinissent la protection des droits et libertés des citoyens selon deux axes : l'un, institutionnel, l'autre fonctionnel. A cet égard, la restructuration des autorités administratives en réseau neutralise pour partie l'exercice des contrepuvoirs (1). Tandis que certaines AAI (CNIL, CSA, ARCEP) s'inscrivent dans un réseau communautaire d'Autorités nationales remplissant les mêmes missions. Déclarées indépendantes, les Autorités doivent alors s'aligner sur les intérêts communs des autorités de l'Union. L'indépendance des Autorités serait donc relative au territoire de la République. Et la « co-administration » européenne pourrait être perçue comme la fin des contrepuvoirs : dépossédés de leurs compétences initiales, les pouvoirs constitués publics n'auraient plus d'autre choix que de s'aligner sur un faisceau de volontés administratives, annihilant tout contrepuvoir politique. L'exemple des autorités de régulation des communications électroniques (ARCEP) et de l'Informatique et des libertés (CNIL) est, à ce sujet, tout à fait significatif (2).

1- Le réseau des AAI au sein de l'Etat : un contrepuvoir fonctionnel

Face aux progrès sociaux et scientifiques, le renouvellement des défis juridiques est permanent. Du développement informatique aux objectifs imposés par la sécurité publique et le développement durable, l'action institutionnelle ne saurait plus se résumer à des choix politiques. Elle impose aussi des choix techniques, dont seules les autorités spécialement compétentes peuvent connaître. Mettant les contrepuvoirs entre parenthèses, les exigences techniques de la régulation encouragent une collaboration des autorités qualifiées pour saisir les problèmes de droit au plus près des intérêts des citoyens et de ceux des acteurs économiques. Pour être parfaite, la légitimité des institutions de la République doit s'inscrire dans le réseau des autorités spécialement compétentes et orientant les choix des pouvoirs publics. Certes, cette manière inédite de légitimer l'autonomie nouvelle des autorités administratives se heurte à des « *problèmes de responsabilité* » et à l'« *incohérence* » des *organismes indépendants* »⁸⁸.

Pour M. S. Giannini, « *la Constitution républicaine a introduit pour la première fois dans notre histoire juridique le problème de la séparation entre l'administration et le gouvernement, et de la tutelle de l'administration contre l'action du gouvernement, en tant qu'organe politique* »⁸⁹. Soumises, encore aujourd'hui à une « *compartimentation assez rigide* »⁹⁰ de leurs compétences, l'ensemble des AAI tend néanmoins à acquérir davantage d'autonomie. D'ores et déjà, la mise en œuvre d'une mesure individuelle traduirait « *en réalité la mise en œuvre d'une politique à la fois générale et évolutive* »⁹¹. Ce « grignotage » des compétences, dont la CNIL ressort grande gagnante et le CSA grand perdant, peut être

⁸⁸ LONGOBARDI N., « *Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif (1^{ère} partie)* », PA, 27 août 1999, n°171, p.4.

⁸⁹ GIANNINI M. S., « *Parlamento e amministrazione* », Amm. Civ., 1961p.145, cité par LONGOBARDI N., « *Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique* », RFDA, 3 avril 1995, n°2, p.383.

⁹⁰ CE, 25 février 2005, France Télécom. Voir : BREEN E., « *Régulariser ou moduler ? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART (ARCEP) et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses* », JCPA, 11 juillet 2005, n°28, p.1101.

⁹¹ BREEN E., Ibid., p.1263.

expliqué par le silence du constituant sur les AAI. Rappelons que la proposition n°77 du « Comité Ballardur »⁹² avait soumis à la réflexion de ce dernier la possible constitutionnalisation d'un « Conseil du pluralisme » –intégrant les compétences de l'actuelle Commission des sondages. Alors qu'elle telle constitutionnalisation n'est plus à l'ordre du jour, « *l'équilibre constitutionnel des pouvoirs n'explique [...] pas à lui seul l'indépendance (relative mais effective) d'un grand nombre de figures subjectives publiques ; l'explication doit en être recherchée surtout dans la conception des fonctions et dans leur mode d'exercice* »⁹³. Clairement, l'intervention publique ne peut plus être comprise sur le seul modèle de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics. Elle ne peut être comprise qu'en l'adjoignant au modèle institutionnel européen.

Prenons l'exemple du CSA, répond « *sans doute à des exigences de spécialisation et de rapprochement des organismes de tutelle et de contrôle de ceux sur lesquels ils exercent ces responsabilités, [mais il] paraît pourtant peu conforme à l'exigence [...] essentielle en démocratie, de séparation des pouvoirs* »⁹⁴. En outre, à travers les compétences quasi-judiciaires des AAI, les pouvoirs publics n'ont-ils pas encouragé « *une certaine contradiction entre les objectifs ayant présidé à la création des autorités –grande souplesse d'intervention, plus grande légitimité attendue de la présence de professionnels- et les exigences éventuelles qu'imposent une éventualité plus grande de contentieux, un plus grand formalisme[et] une juridicisation [susceptibles de remettre en cause] la présence de professionnels* »⁹⁵ au sein des AAI elles-mêmes. Sous couvert de spécialisation et de technicité, le pouvoir exécutif n'aurait-il pas engendré une forme nouvelle de contrepouvoir, présumée technique et apolitique mais rétablissant en fin de compte un contrôle quasi-judiciaire en dehors du titre VIII de la Constitution ?

Présumées impartiales, les Autorités Administratives Indépendantes ne peuvent vraisemblablement être assimilées à un contrepouvoir organique. Elles peuvent par contre jouer le rôle d'un contrepouvoir fonctionnel. En dehors de la volonté du Constituant, les AAI opposent au gouvernement une autonomie décisionnelle que seul le juge ou le législateur sont susceptibles de limiter. De nature institutionnelle ou fonctionnelle, judiciaire ou quasi-judiciaire, cette nouvelle forme de contrôle confirme que « *la séparation entre instances politiques et instances administratives sert à empêcher la confusion entre ces instances, pour garantir avant tout les libertés individuelles* »⁹⁶. Le démembrement des compétences administratives auquel ont présidé le pouvoir exécutif et la mise en réseau de certaines de ces AAI à l'échelle européenne créent quant à eux un autre type de confusion : à l'échelle européenne, l'autonomie des AAI nationales regroupées en réseau sonne-t-elle le glas de l'indépendance politique de la Nation ? Et neutralise-t-elle, sous couvert de compétences administratives, le jeu des contrepouvoirs défini et protégé par le Pacte social ?

2- La « co-administration » à l'échelle européenne : la fin des contrepouvoirs ?

⁹² Voir : BALLADUR E., Une Vème République plus démocratique, Rapport au président de la République, Paris°: La

Documentation française, 25 octobre 2007, disponible sur <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000697/0000.pdf>.

⁹³ LONGOBARDI N., « *Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'Administration publique* », RFDA, 1^{er} février 1995, n°1, p.175.

⁹⁴ DERIEUX E., « *Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel* », PA, 15 mars 2005, n°52, p.3.

⁹⁵ GENTOT M., « *Marchés et autorités administratives indépendantes* », PA, 17 septembre 2001, n°185, p.13.

⁹⁶ LONGOBARDI N., « *Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif (2ème partie)* », PA, 30 août 1999, n°172, p.8.

Au travers des mécanismes de « *co-administration* », « *les administrations nationales sont amenées à participer à l'élaboration des normes communautaires, et les autorités communautaires à s'impliquer dans la mise en œuvre de ces normes* »⁹⁷. Définie à l'échelle européenne, la « *co-administration* » s'illustre particulièrement en ce qui concerne les autorités de régulation des communications électroniques. Dans ce secteur, la création de réseaux européens de compétences rassemble les vingt-sept CNIL de l'Union européenne le « *Groupe de l'article 29* »⁹⁸. Elle regroupe aussi l'ARCEP et ses homologues européens dans le Groupe des régulateurs européens (ERG). Cette coopération conationale s'illustre aussi avec l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT) en passe de devenir la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) – depuis le projet de « *loi Olivennes* », voté le 30 juin 2006. Elle trouve enfin un écho dépassant les frontières de l'UE avec le CSA qui a rejoint le RIRM (Réseau des Instances de Régulation Méditerranéennes). En France, ces autorités administratives indépendantes ont accompagné la transition de la déréglementation sectorielle à la régulation concurrentielle et des télécommunications aux communications électroniques.

Avec la spécialisation des compétences administratives, la mise en réseau des connaissances techniques dépasse les frontières de la République. Elle s'étend, à l'échelle européenne. Sous tutelle de la Commission européenne, le regroupement fonctionnel des autorités de régulation rappelle « *la difficulté de distinguer entre législation et administration en matière communautaire* »⁹⁹, soit encore entre l'exercice légitime des pouvoirs et l'application fonctionnelle des textes. Après avoir créé un réseau européen d'autorités de la concurrence¹⁰⁰, la Commission a créé, le 29 juillet 2002¹⁰¹, l'ERG. Et, le 11 novembre 2003, le Groupe des Régulateurs Européens intervenant dans le domaine de l'électricité et du gaz¹⁰². Tandis qu'en 2006, l'ARCEP n'était pas de reste, posant déjà la question de fusionner le Groupe des régulateurs européens pour créer « *un régulateur européen* »¹⁰³. Si bien qu'il demeure difficile de trancher entre la nature strictement fonctionnelle de ces réseaux d'autorités et leur institutionnalisation à l'échelle de l'Union. Cette hypothèse trouve d'ailleurs crédit dans « *l'obligation faite à l'administration d'abroger des actes contraires au droit communautaire est entendue dans une acception large [...]* »¹⁰⁴. A terme, les « *normes d'organisation interne* »¹⁰⁵ des réseaux de régulateurs nationaux pourraient connaître une évolution juridique comparable à celle des directives et des circulaires en droit administratif français. Et, avec elles, l'évolution du statut juridique des réseaux européens d'AAI pourrait aussi acquérir une légitimité fonctionnelle. LESCOP D., « Régulateur européen de communications électroniques : Le Groupe des Régulateurs

Nul besoin toutefois de surestimer les pouvoirs des groupes de régulateurs européens : ces nouvelles entités ne disposent pas du pouvoir décisionnel, qui reste entre les mains des

⁹⁷ BOUCOBZA I., « *La "co-administration" dans la production des normes juridiques communautaires* », Dr. adm., 1^{er} décembre 2004, n°12, p.7.

⁹⁸ En référence à l'article 29 de la directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁹⁹ BOUCOBZA I. Ibid., p.8.

¹⁰⁰ JOUE n°C243, 10 octobre 2003, p.11.

¹⁰¹ Décision n°2002/627/CE de la Commission européenne du 29 juillet 2002 instituant le Groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communication.

¹⁰² Décision n°2003/796/CE de la Commission européenne du 11 novembre 2003 instituant le Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz : JOUE n°L294, 14 novembre 2003, p.34. Voir la note de D. KATZ, Europe, 16 février 2004, n°8, p.251.

¹⁰³ LESCOP D., « *Régulateur européen de communications électroniques : Le Groupe des Régulateurs Européens en faveur... d'un régulateur européen* », CCConsom., 27 février 2007, n°2, p.170.

¹⁰⁴ ALBERTON G., « *Les autorités administratives françaises: obligations de faire et de ne pas faire* », RFDA, 1^{er} février 2002, n°1, p.11.

¹⁰⁵ KATZ D., Ibid., p.251.

autorités étatiques et de la Commission. Les groupes jouent un rôle de coordination entre les organes nationaux de régulation mais aussi entre ces organes nationaux et la Commission européenne. « *L'interdépendance des pouvoirs y est donc double ; elle intervient de manière ascendante (des Etats vers la Communauté) et de manière transversale (entre les Etats eux-mêmes)* ». De fait, « *le droit communautaire affecte à juste titre l'organisation [des pouvoirs publics français], en spécifiant les fonctions qu'il faut nécessairement attribuer à un organisme indépendant* »¹⁰⁶. Dès lors, l'équilibre et la collaboration effective des pouvoirs peuvent-ils encore être observés à l'exclusion des réseaux de compétences des AAI au sein de la République ? « *Laboratoires d'un nouveau droit administratif* », les AAI sont l'instrument de « *régulation des services d'utilité publique* »¹⁰⁷. L'un des intérêts de ces structures institutionnelles inédites est notamment « *de permettre une application directe de principes communautaires* »¹⁰⁸. Au détriment des principes constitutionnels ?

Des blocs de pouvoirs aux réseaux d'autorités, des compétences générales aux compétences spéciales, de la légitimité institutionnelle à l'efficacité fonctionnelle, de l'effritement de théorie de la séparation des pouvoirs à l'émergence du réseau des AAI, de la neutralisation des contrepouvoirs politiques à l'idéation d'espaces neutres et de contrepouvoirs fonctionnels, la République devient bicéphale : d'une part institutionnelle et soumise au respect de la Constitution du 4 octobre 1958 et d'autre part fonctionnelle et livrée à la restructuration autonome de l'administration publique encouragée par une décentralisation fonctionnelle des compétences publiques et par un alignement administratif opéré à l'échelle de l'Union.

Au nom de la théorie de l'équilibre et de la collaboration de pouvoirs, faudrait-il faire des autorités administratives un objet de droit constitutionnel ? Pour observer l'équilibre des pouvoirs, peut-on faire abstraction de la collaboration des autorités administratives qui en émanent ? En faisant tomber les cloisons institutionnelles qui caractérisent l'organisation des pouvoirs publics, le réseau des autorités administratives indépendantes n'affaiblit pas la théorie des contrepouvoirs mais en repousse au contraire les limites en déplaçant le jeu des pouvoirs et des contrepouvoirs de la sphère constitutionnelle (légitime) dans la sphère administrative (fonctionnelle).

¹⁰⁶ LONGARDINI N., Ibid., p.6.

¹⁰⁷ LONGOBARDI N., « *Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif (2ème partie)* », PA, 30 août 1999, n°172, p.6.

¹⁰⁸ LONGARDINI N., Ibid., p.6.