

2 – LE STATUT DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES : HARMONISATION OU DIVERSIFICATION ? – Jacques Chevallier, RFDA 2010 p. 896

L'histoire des autorités administratives indépendantes (AAI) ne manque pas, avec le recul, de susciter un certain étonnement. Catégorie forgée par les juristes, à partir d'une formule nouvelle utilisée pour la première fois par le législateur en janvier 1978, elle a connu par la suite un spectaculaire succès : tout s'est passé comme si cette construction avait répondu à un besoin d'adaptation des modes d'intervention de l'État dans la vie sociale et d'assouplissement des principes d'agencement de l'appareil administratif ; ce processus montre que le travail de systématisation opéré par la doctrine juridique n'est pas seulement le reflet d'une dynamique sociale et politique, qu'elle se bornerait à mettre en forme, mais a bel et bien force agissante, en contribuant à faire évoluer la réalité. La catégorie des AAI une fois estampillée donnera au politique une voie commode pour traduire certaines exigences nouvelles et il n'hésitera pas à en faire un très large usage.

Néanmoins, le mouvement de prolifération des AAI, qui s'est fortement accentué au cours des dernières années, a été assorti d'une double conséquence. D'une part, la montée dans le champ politique des critiques suscitées par l'essor d'une formule qui apparaît comme une entorse au principe démocratique, postulant la soumission de l'administration au politique : de la dénonciation de « l'adhocratie » au souhait que soit mis « un frein à la multiplication des AAI » [1], la méfiance des parlementaires s'est maintes fois exprimée, alors même qu'ils votaient dans le même temps en faveur de la création de nouvelles autorités ; les amendements présentés par les députés en octobre 2009 en vue d'amputer les crédits d'un certain nombre de ces autorités ont été une nouvelle illustration de cette méfiance. D'autre part, la dérive progressive des significations qui étaient au départ attachées par les juristes au vocable tend à faire apparaître celui-ci comme un simple label, un pavillon recouvrant des réalités extrêmement variées, voire divergentes ; ce que la catégorie a gagné en extension, elle l'a perdu en compréhension. Victime de son succès, la catégorie des AAI, telle qu'elle avait été construite par les juristes, est devenue, au terme d'un mouvement d'éclatement toujours plus accentué, une catégorie souple, qu'il est illusoire de prétendre rationaliser.

LA CONSTRUCTION D'UNE CATÉGORIE JURIDIQUE

La formule « AAI » utilisée en 1978 pour qualifier la Commission nationale Informatique et Libertés (CNIL) n'est pas restée isolée : d'autres institutions seront construites par la suite sur le même modèle, notamment la Haute autorité de l'audiovisuel (1982) et l'éphémère Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse (1984). La doctrine allait alors s'emparer de la notion et, en raisonnant par analogie, l'utiliser pour rendre compte d'hypothèses plus anciennes, jusqu'alors considérées comme sui generis, telles la Commission des opérations de bourse (COB) (1977) – rapprochement qui avait été au demeurant suggéré lors de la création de la CNIL. Ce travail de systématisation doctrinal [2] ne sera pas exempt de controverses : certains expriment alors un fort scepticisme quant à la nouveauté, l'utilité et la cohérence de la catégorie, voire une franche hostilité ; mais l'idée qu'on était en présence d'un phénomène nouveau n'en tendra pas moins progressivement à s'imposer. En qualifiant expressément en 1984 la Haute autorité de l'audiovisuel d'AAI, en dépit du silence du texte, le Conseil constitutionnel coupera court aux discussions sur la constitutionnalité de la formule qui s'étaient élevées au sein de la doctrine, en consacrant explicitement l'existence de la catégorie, à laquelle le Parlement n'hésitera plus à se référer.

Si les critères d'identification de la catégorie sont alors assez clairement formulés par la doctrine, ils n'excluent pas certains éléments d'incertitude.

LES CRITÈRES D'IDENTIFICATION

La catégorie des AAI sera construite autour de l'association, à première vue paradoxale, de ces trois termes. Il s'agit d'abord d'« autorités », dotées de moyens d'action juridiques pour remplir les missions qui leur sont confiées : leur fonction, dite de « régulation », consiste à encadrer le développement de secteurs de la vie sociale, en veillant à l'établissement de certaines règles du jeu et au maintien de certains équilibres ; et cette fonction justifie la réunion et le cumul de compétences juridiques habituellement dissociées – pouvoir d'édicter des normes de portée générale ou de contribuer à leur élaboration, pouvoir de prendre des décisions individuelles, pouvoir de supervision et de contrôle. Dépourvues des attributs de la personnalité morale et insérées dans l'État au nom duquel elles agissent, ces autorités, situées en dehors de la sphère parlementaire et n'ayant pas de caractère juridictionnel, doivent être considérées comme relevant de la catégorie résiduelle des autorités administratives, ce qui les soumet au contrôle du juge administratif ; mais les garanties d'indépendance organique et fonctionnelle dont elles bénéficient leur confèrent une place à part au sein de l'administration : affranchies de tout lien de dépendance hiérarchique ou de tutelle, elles constituent des autorités isolées, placées « hors appareil », et disposant d'une authentique capacité d'action autonome.

La combinaison de ces divers éléments permet ainsi d'identifier des structures étatiques d'un type nouveau, situées en marge de l'architecture administrative classique et caractérisées par les mêmes traits communs : c'est ce modèle qu'aura en vue le législateur lorsqu'à partir des années 80 il n'hésitera pas à qualifier ainsi une série d'organismes. La doctrine parachèvera cette construction, en rapportant l'institution de ces autorités au souci s'assurer une meilleure protection des libertés publiques dans certains secteurs sensibles et de garantir le bon fonctionnement de l'économie de marché [3].

;

Néanmoins, la catégorie juridique ainsi conçue n'est pas exempte de tout élément d'incertitude.

LES ÉLÉMENTS D'INCERTITUDE

Malgré les efforts de la doctrine, les frontières de la catégorie ont été d'emblée entourées d'une certaine indétermination. La question était notamment de savoir s'il fallait opter pour une conception étroite de l'« autorité », impliquant la détention d'un véritable pouvoir de décision, ou pour une conception large, l'autorité pouvant être seulement « morale » ou consister en une « influence déterminante » exercée sur les décisions, fût-ce sous la forme de simples « avis » : si la conception large, qui aurait conduit à intégrer dans la catégorie certaines, au moins, des innombrables commissions consultatives, en fonction d'un critère difficile à cerner avec précision, était généralement rejetée, certaines situations, comme celle du Médiateur (1973), considéré comme une AAI bien que ne disposant pas d'un pouvoir de décision à proprement parler, ou de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) (1978) restaient controversées. Le caractère non juridictionnel de certaines des AAI était de même contesté : l'idée avait été ainsi exprimée au Parlement que le Conseil de la concurrence exercerait une « fonction contentieuse » et serait en fait une « quasi-juridiction », voire même qu'il s'agirait d'un « organisme de caractère juridictionnel » ; et une partie de la doctrine avait emboîté le pas.

L'hétérogénéité des statuts, patente dès l'origine, compte tenu des règles très variables de composition et de la nature des pouvoirs, a été sensiblement accrue à partir du moment où certaines AAI ont été dotées d'un pouvoir de sanction pécuniaire (Conseil de la concurrence, 1986, Conseil supérieur de

l'audiovisuel [CSA], COB, 1989), conduisant le Conseil constitutionnel à encadrer son exercice, comme il l'avait fait précédemment pour le pouvoir de réglementation. Quant au transfert au moins partiel [4] du contentieux des décisions d'autorités mises en place dans l'économie au juge judiciaire, comme l'admettra le Conseil constitutionnel en 1987, il constituera une importante brèche dans les règles normales de compétence [5]. La difficulté de traduire la fonction de régulation remplie par les AAI en termes juridiques [6] frappait par ailleurs l'édifice d'une certaine fragilité.

La construction de la catégorie juridique des AAI a donc été, dès le départ, entourée d'une marge d'incertitude, d'une zone de flou, en recouvrant une gamme de situations diverses. Cette diversité s'est considérablement amplifiée au fil du temps.

LE MOUVEMENT D'ÉCLATEMENT

En dépit de ces éléments d'incertitude, l'idée selon laquelle les AAI constitueraient bel et bien une catégorie juridique nouvelle s'est rapidement imposée en doctrine : appuyée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, elle contribuera à enrichir la théorie classique des institutions administratives ; tous les manuels de droit administratif seront amenés à s'y référer. Il s'agissait cependant de savoir dans quelle mesure le législateur allait conforter cette construction, en reprenant les critères d'identification retenus par la doctrine : le travail de systématisation doctrinal avait en effet été opéré à partir d'un nombre restreint d'hypothèses ; sa pertinence restait suspendue à l'usage que le Parlement allait faire de la notion. Or, si les créations d'AAI se sont multipliées, c'est au prix d'un très grand laxisme. L'état des lieux dressé par le Conseil d'État en 2001 ne prête guère à discussion : le Conseil d'État relève que les trente-quatre organismes qui, à ses yeux, peuvent être qualifiés d'AAI se caractérisent par la diversité de leurs missions, l'hétérogénéité de leurs pouvoirs, l'hétérogénéité de leurs statuts [7] ; et le rapport Gélard, qui évalue leur nombre à une quarantaine, considère qu'elles ne constituent pas « une catégorie précisément définie ». Tout se passe ainsi comme si la catégorie construite par la doctrine avait été victime de son succès : de plus en plus nombreuses, les AAI sont devenues de plus en plus diverses par leurs domaines d'intervention, leurs principes d'organisation et leurs pouvoirs, au point qu'il est difficile de trouver entre elles un dénominateur commun ; s'épuisant à dégager de cette hétérogénéité des éléments d'unité, les auteurs sont conduits à admettre l'existence d'une gamme étendue de situations, le « régime commun » des AAI se réduisant en fin de compte à fort peu de choses. On se trouve désormais en présence d'une mosaïque d'autorités, instituées à des fins différentes, dotées de statuts contrastés et investies de pouvoirs variables.

DES FINALITÉS DIFFÉRENTES

Dès l'origine, les finalités assignées aux AAI sont apparues dissemblables, comme le montraient d'ailleurs les typologies alors construites : alors que dans le secteur de l'information et de la communication, l'objectif était de mieux protéger une liberté fondamentale, les autorités mises en place dans l'économie visaient avant tout à garantir le jeu de la concurrence ; d'autres enfin apparaissaient comme des instances de médiation destinées à améliorer les rapports entre l'administration et les administrés. La recherche d'un dénominateur commun, à savoir la nécessité de mettre certains domaines sensibles à l'abri de la pression des pouvoirs de toute nature, comportait une évidente part d'artifice.

L'évolution a rendu dans tous les cas cette classification obsolète, en interdisant toute recherche d'un principe de cohérence : le rapport du Conseil d'État se borne ainsi à énumérer les différentes missions

imparties aux autorités (médiation, protection des libertés publiques, garanties d'impartialité de la puissance publique, évaluation pluridisciplinaire et expertise), tout en admettant qu'il ne s'agit pas d'une typologie exhaustive (la lutte contre le dopage serait encore de nature différente) ; les classifications les plus fréquentes opérées entre, d'une part, les autorités sectorielles et les autorités à vocation générale, d'autre part les autorités chargées de protéger les droits et libertés fondamentaux et celles investies d'une fonction de régulation économique [8], n'épuisent pas la diversité des finalités poursuivies. S'il distingue pour sa part trois champs d'intervention (les droits des administrés, l'expression pluraliste des opinions, les libertés économiques), Jean-Louis Autin [9] estime pourtant que l'action de toutes les AAI intéresse, à un titre ou à un autre, les libertés publiques, ce qui explique qu'elles soient toujours créées par la loi : il conviendrait donc de ne pas opposer les AAI chargées de protéger les libertés et celles investies de fonctions de régulation économique.

Cette recherche d'un principe de cohérence n'emporte pas la conviction : alors qu'en matière de protection des libertés, la mise en place d'une AAI est justifiée par l'idée que l'intervention publique est source de menaces, en matière économique il s'agit d'assurer le bon fonctionnement de l'économie de marché. Cette différence de finalités justifie des constructions singulières. Les AAI chargées de fonctions de régulation économique présentent ainsi un certain nombre de particularismes [10] : la professionnalisation (les organes dirigeants font largement place à côté des professionnels du droit aux professionnels du secteur), l'arbitrage (ces autorités ont plus qu'ailleurs pour tâche de définir un équilibre entre les divers intérêts en présence et de résoudre les litiges éventuels), le contrôle juridictionnel (le contentieux des décisions de ces autorités est transféré, au moins pour partie, au juge judiciaire). Mais la distinction binaire à laquelle on pourrait songer ne résiste pas elle-même au constat de situations irréductibles : dans quelle catégorie ranger par exemple l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (1994), l'Autorité de sûreté nucléaire (2006), l'Agence française de lutte contre le dopage (2006) ou encore l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (2006) ? Il convient donc de prendre acte de cette diversité, que redoublent des éléments statutaires.

DES STATUTS CONTRASTÉS

La diversité décelable dès le départ dans les règles d'organisation et de fonctionnement des quelques autorités alors existantes s'est depuis lors considérablement accentuée : le caractère personnel ou collégial, l'origine, le mode de nomination et la durée du mandat des membres, les conditions de désignation du président en cas d'autorité collégiale [11], le degré d'autonomie administrative et financière, le nombre et le statut des agents (titulaires, contractuels, détachés) qui lui sont affectés, les ressources dont elle dispose et d'autres éléments encore diffèrent d'une autorité à l'autre ; cette hétérogénéité des statuts, inévitable compte tenu de la diversité du domaine d'intervention et des finalités, n'est cependant pas à elle seule suffisante pour remettre en cause l'existence de la catégorie.

Plus délicat est en revanche le problème qui sera posé dès l'instant le législateur recourra à des appellations différentes, brisant apparemment l'unité de la catégorie. La qualification d'« autorité indépendante » (AI), et non d'AAI, utilisée dès janvier 1989 pour le Médiateur et pour le CSA, puis appliquée en 2000 au Défenseur des enfants, marque clairement la volonté de rompre avec un statut administratif jugé inadapté ; satisfaisant une revendication du Médiateur de l'époque, ce changement d'appellation était pour le CSA cohérent avec l'intention d'abord exprimée de constitutionnaliser son statut ; même si cette brèche a été très vite colmatée, le régime juridique applicable à ces autorités ne

se différenciant pas de celui des AAI, l'innovation sera conçue comme purement symbolique, une incertitude nouvelle apparaît.

Avec la création fréquente au cours des années 2000 d'« autorités publiques indépendantes » (API) [12], le problème devient beaucoup plus aigu, ces autorités se voyant dotées des attributs de la personnalité morale : c'est donc un élément essentiel de la catégorie juridique des AAI qui est mis en cause ; et ce changement n'est pas seulement symbolique puisqu'il aboutit à conférer à ces autorités la capacité d'agir en justice [13] ainsi qu'une autonomie financière, renforcée par l'existence de ressources propres et l'absence de contrôle budgétaire a priori, et qu'elles sont responsables de leurs actes. La question est dès lors de savoir si ces API doivent être assimilées aux AAI, dont elles ne seraient qu'une variété (mais c'est alors un des critères d'identification de la catégorie qui disparaît), si elles constituent une nouvelle catégorie de personnes publiques ou si elles ne sont pas en fin de compte une simple variante d'établissements publics [14] : la thèse n'est nullement absurde, si tant est que les éléments de singularité par rapport à ce statut (absence de tutelle et de rattachement à une collectivité territoriale, existence d'un pouvoir de réglementation et de sanction) se retrouvent dans certains au moins des établissements publics. Quant à l'inscription dans la Constitution du nouveau Défenseur des droits, qui absorbe plusieurs AAI préexistantes, elle constitue un autre facteur de mise en cause des contours de la catégorie [15].

Enfin, la nature des pouvoirs détenus n'est pas dépourvue d'incidence.

DES POUVOIRS VARIABLES

Si l'octroi aux AAI de compétences juridiques normalement dissociées a été l'un des critères d'identification de la catégorie, la gamme de pouvoirs dont elles disposent a toujours été variable : les variantes essentielles concernaient le pouvoir réglementaire, certaines d'entre elles seulement ayant reçu le pouvoir d'édicter des normes générales, de portée obligatoire, ayant le caractère de véritables règlements, les autres disposant d'un simple pouvoir de proposition, et le pouvoir de sanction, très inégalement attribué selon les autorités en cause ; l'enrichissement de ces pouvoirs, illustré par l'essor des recommandations mais aussi, et à l'inverse, par la palette toujours plus riche des mesures d'information, d'investigation et de contrainte afin de donner à la régulation toute sa portée, n'a fait que confirmer l'un des critères sur lesquels la catégorie a été édifiée.

Il en va différemment à partir du moment où les pouvoirs conférés aux AAI ont conduit à relativiser la ligne de démarcation tranchée qui était tracée avec la sphère juridictionnelle. Il s'agit d'abord des mécanismes d'échange à double sens par lesquels les AAI, d'une part font appel au juge pour donner davantage de poids à leurs décisions, d'autre part contribuent au travail juridictionnel, tantôt par les avis qu'elles émettent à la demande des juridictions sur les affaires relevant de leur compétence, tantôt par la contribution qu'elles apportent au déclenchement de la procédure pénale, tantôt encore par la voie dérivée qu'elles permettent d'emprunter (v. le pouvoir de transaction pénale reconnu à la HALDE). Ensuite, certaines AAI (ARCEP, CRE) se sont vues attribuer un pouvoir de règlement des litiges, qui les conduit à exercer, parallèlement au juge civil ou commercial, une véritable fonction contentieuse, dont l'exercice est entouré d'une série de garanties d'ordre procédural.

Enfin, et surtout, le pouvoir dont certaines autorités disposent de prononcer des sanctions de nature quasi pénale, parce qu'ayant une incidence sur la situation professionnelle ou patrimoniale de la personne sanctionnée, a entraîné de profondes modifications, non seulement dans leurs modes d'action mais encore dans leur organisation interne. Les conditions de fonctionnement et de forme posées par le

Conseil constitutionnel dès la fin des années 1980 pour admettre son existence [16], ont été renforcées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour qui l'exigence « du « procès équitable », inscrite dans l'article 6, § 1, de la Convention, et le principe corrélatif d'« impartialité » devaient s'appliquer dans une matière « pénale » ; un important contentieux s'en est suivi devant les juridictions françaises, concernant notamment la participation du rapporteur au délibéré, l'application du principe de proportionnalité des peines ou la faculté d'auto-saisine ; et les autorités concernées ont été amenées à mettre en place en leur sein des formations spécialisées dans le prononcé des sanctions, sur le modèle retenu à l'occasion de la création de l'Autorité des marchés financiers (AMF – la dernière illustration en date concerne l'Autorité de régulation des jeux en ligne, ARJEL) ; ainsi se trouve réalisée une juridictionnalisation d'une part au moins de leurs activités, ce qui conduit à infléchir la logique sous-jacente à leur institution.

Ce mouvement d'éclatement conduit évidemment à s'interroger sur la pertinence d'une catégorie qui a perdu certains des attributs essentiels qui lui avaient été conférés : l'AAI ne serait-elle pas en fin de compte un simple « label », conféré par le législateur pour asseoir la légitimité de l'intervention étatique ? Si cette conclusion est sans nul doute excessive, la catégorie apparaît désormais plastique et adaptable.

UNE CATÉGORIE JURIDIQUE SOUPLE

Le constat ne prête guère à discussion : le vocable d'AAI s'applique désormais à des entités très diverses si l'on considère leurs finalités, leur statut et leurs pouvoirs ; et ce mouvement, décelable dès l'origine, s'est considérablement amplifié au cours de la dernière décennie. Face à ce constat, deux attitudes sont possibles : ou bien tenter de réagir contre ce qui est perçu comme une dérive, par un effort de rationalisation ; ou bien prendre acte d'une évolution contre laquelle il serait vain et illusoire de prétendre lutter. Dans un cas, l'ambition est en fin de compte de redonner à la catégorie des AAI une portée juridique qu'elle a largement perdue, au prix d'un travail de décantation ; dans l'autre, le dénominateur commun sur lequel repose une catégorie qui est appelée à connaître de nouveaux développements apparaît comme se situant bien davantage dans l'ordre politico-administratif que sur le terrain juridique.

UNE VOLONTÉ DE RATIONALISATION

L'objectif de rationalisation passe par deux voies indissociables : toute tentative d'harmonisation de leur statut est en effet vouée à l'échec si les AAI continuent à se multiplier dans le plus grand désordre ; il convient donc d'endiguer ce mouvement de prolifération par la définition de critères justifiant le recours à cette formule et permettant par là même de jeter les bases d'un régime juridique commun. Le rapport du Conseil d'État de 2001 et le rapport Gélard de 2006 [17] s'inscrivent très clairement dans cette double perspective.

Les deux rapports se rejoignent d'abord sur la nécessité d'endiguer la prolifération des AAI. Pour le Conseil d'État, la formule ne saurait être utilisée « qu'à bon escient » [18] et elle doit dès lors être « encadrée par quelques principes ». Dès l'instant où il s'agit d'une mode d'administration dérogatoire, il faut « s'assurer de la nécessité du recours à une AAI plutôt qu'à d'autres solutions institutionnelles » : lorsque le besoin concerne la protection de la liberté individuelle ou des libertés publiques, la solution naturelle est le recours au juge et de même les AAI ne sauraient se voir confier certaines responsabilités régaliennes ; en réalité, pour le Conseil d'État, le recours à une AAI se justifie essentiellement pour assurer une mission de régulation, afin d'éviter notamment des conflits d'intérêts entre l'État opérateur et l'État régulateur dans le domaine économique. Dans tous les cas, il conviendrait de « prévoir un

réexamen périodique du bien-fondé du maintien » des AAI existantes et ne pas hésiter à regrouper certaines d'entre elles. Jugeant « souhaitable que notre pays mette un frein à la multiplication des AAI » [19], le rapport Gélard estime lui aussi indispensable qu'une « évaluation approfondie » soit faite avant d'envisager la création de toute nouvelle AAI, afin de vérifier « si les missions correspondantes ne peuvent pas être confiées à une autorité préexistante » (recommandation n° 7) ; comme le Conseil d'État, il préconise par ailleurs un examen régulier de l'activité de chaque autorité « afin de faire émerger le cas échéant des possibilités de fusion ou d'absorption » (recommandation n° 6), une coordination de leur activité et une mutualisation des moyens paraissant à tout le moins souhaitables. La création du Défenseur des droits représente un pas dans cette direction, même si les ambitions initiales ont été revues à la baisse : il ne devrait en fin de compte absorber que le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) – et, peut-être, la HALDE ; mais le regroupement ainsi opéré est contrebalancé par la création parallèle de nouvelles autorités.

Cette rationalisation du paysage des AAI est censée permettre d'harmoniser leur statut. Sur ce point, les propositions coïncident là encore pour l'essentiel : la consolidation du statut des membres, la définition de règles de fonctionnement communes, l'adaptation des moyens humains, la garantie de l'indépendance financière, le renforcement de la transparence et du contrôle exercé par le Parlement sur leur action ; pour le Conseil d'État, il conviendrait aussi de donner aux AAI chargées d'une fonction de régulation la plénitude des pouvoirs qu'implique cette mission (réglementation, décision, sanction), alors que le Sénat est plus réservé sur le pouvoir de sanction, dont il préconise « l'atténuation ». Toutes ces propositions appelleraient cependant l'existence d'un véritable statut des AAI, sans lequel leur concrétisation serait laissée au bon vouloir du législateur : la probabilité réduite de l'adoption d'un tel statut conduit à s'interroger sur le principe fondant l'unité de la catégorie.

LA RECHERCHE D'UN DÉNOMINATEUR COMMUN

L'idée d'endiguer la prolifération des AAI apparaît illusoire : si l'on avait pu penser dans les années 1980 que leur développement était une réponse conjoncturelle, et sans doute passagère, à la crise de l'État providence et au grippage des mécanismes démocratiques, cette analyse a été sans nul doute démentie par l'évolution ultérieure ; non seulement, comme le relève le Conseil d'État, les AAI se sont durablement implantées dans le paysage institutionnel et leur légitimité est en réalité peu contestée, les critiques récurrentes des parlementaires ne les empêchant nullement de créer sans cesse de nouvelles autorités, mais encore le mouvement d'expansion est appelé à se poursuivre. Corrélativement, les AAI sont de plus en plus diverses et la catégorie de moins en moins cohérente sur le plan juridique [20].

Ce double constat montre en réalité que l'institution des AAI est avant tout l'expression d'un mouvement d'adaptation des modes d'intervention et des principes d'organisation de l'État, qui ne saurait être que partiellement encadré par le droit et enfermé dans des catégories juridiques rigides. Cette logique est bien illustrée par le fait que les AAI, qui paraissaient jusqu'alors être l'apanage des pays anglo-saxons, ont proliféré à partir des années 1980, sous des appellations diverses, dans tous les pays : il s'agit donc d'un phénomène général, qui transcende les particularismes nationaux ; mais ce développement est assorti d'une extrême diversité concernant les domaines d'intervention, les règles d'organisation et de fonctionnement, les pouvoirs de ces autorités, au point qu'il est impossible de les ranger dans un modèle institutionnel unique [21]. Les points communs résident dans la fonction dite de « régulation » qui leur est impartie, fonction qui consiste dans la définition de certaines règles du jeu et dans l'établissement de certains équilibres entre les intérêts sociaux de toute nature, intérêts publics compris ; et cette

fonction « méta- institutionnelle » ne peut incomber qu'à des autorités dotées de garanties d' « indépendance » vis-à-vis des intérêts qu'il s'agit de réguler [22].

L'idée de régulation implique ainsi une conception nouvelle des fonctions de l'État, chargé d'encadrer le jeu social en combinant un ensemble de moyens d'action, ainsi que de l'architecture étatique, qui tend à se présenter sous la forme d'un assemblage de dispositifs atomisés de régulation, très diversement articulés sur la société [23]. Mais cette logique ne saurait se traduire par un cadre juridique uniforme, qui constituerait un véritable carcan : répondant à des finalités différentes, la régulation appelle un degré variable d'indépendance et une gamme de pouvoirs, qu'il serait impossible, voire nuisible, de prétendre ramener à l'unité. Les AAI ne sont certes pas situées hors du droit ; mais la catégorie qu'elles forment sur ce plan est caractérisée par la souplesse et comporte une forte marge d'indétermination.

En forgeant la catégorie des AAI, les juristes ont donc contribué à faire évoluer les principes les mieux ancrés régissant la construction et l'articulation des institutions étatiques. Néanmoins, les AAI ne sauraient être enfermées dans le champ clos de la dogmatique juridique : loin de faire l'objet d'une délimitation stricte et d'une définition stable, elles connaissent une dynamique permanente d'évolution qui interdit toute détermination stable de leurs contours ; et c'est précisément cette adaptabilité et cette plasticité qui expliquent l'essor qu'elles connaissent

[1] Rapport P. Gélard, *Les AAI : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Ass. nat. n° 3166, Sénat n° 404, 15 juin 2006, p. 9.

[2] V. P. Sabourin, *Les AAI*, AJDA 1983. 275 s. ; Y. Cannac, F. Gazier, *Les AAI*, EDCE n° 35, 1983-84, p. 13 s. ; J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des AAI*, JCP 1986, n° 3254.

[3] V. C.-A. Colliard, G. Timsit (dir.), *Les AAI*, coll. « Les voies du droit », PUF, 1988 ; M. Gentot, *Les AAI*, coll. « Politique », Montchrestien, 1991 ; M.-J. Guédon, *Les AAI*, coll. « Systèmes », LGDJ, 1991.

[4] Notamment, en ce qui concerne l'Autorité des marchés financiers (AMF), la remise du contentieux de ses décisions au juge judiciaire faisant l'objet d'importantes exceptions.

[5] Transfert qui concernera, non seulement le Conseil de la concurrence, devenu en 2008 l'Autorité de la concurrence, mais encore la COB, devenue en 2003 l'AMF, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), devenue en 1997 l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'électricité, devenue en 2003 la Commission de régulation de l'énergie (CRE), et encore en 2009 la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) (v. la contribution de J. Massot, RFDA 2010. 907).

[6] V. cependant G. Marcou, *La notion juridique de régulation*, AJDA 2006. 347 s.

[7] *Considérations générales sur les AAI*, Rapport public 2001, EDCE n° 52, 2001, p. 307 s.

[8] C'est la distinction que retient le rapport Gélard.

[9] *Intervention des AAI*, J.-Cl. Libertés, fasc. 300.

[10] J. Chevallier, *Les AAI et la régulation des marchés*, *Justices*, n° 1, janv.-juin 1995, p. 81 s.

[11] La possibilité donnée, suite à la révision constitutionnelle de 2008, aux commissions compétentes des deux Assemblées parlementaires de s'opposer à la majorité des trois cinquièmes aux propositions de nomination à la tête de certaines au moins de ces autorités introduit un autre facteur d'hétérogénéité (v. la loi organique du 23 juill. 2010).

[12] Dans la voie ouverte au moment de la transformation en 2003 de la COB en AMF, création en 2003 de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), en 2004 de la Haute autorité de Santé (HAS), en 2006 de l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) et en 2009 de l'HADOPI et de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF).

[13] C. Chauvet (*La personnalité contentieuse des AAI*, RD publ. 2007. 379 s.) montre cependant que toutes les AAI disposent en réalité d'une « personnalité contentieuse ».

[14] M. Degoffe, *Les autorités publiques indépendantes*, AJDA 2008. 622 s.

[15] V. la contribution d'A. Rouyère, RFDA 2010. 887.

[16] Dans sa décision du 10 juin 2009, concernant la loi relative à la diffusion et à la création sur Internet, le Conseil constitutionnel a estimé qu'un pouvoir de sanction ne pouvait être confié à une autorité administrative indépendante (l'HADOPI), dès l'instant où il pouvait conduire à restreindre l'exercice d'un droit fondamental – en l'espèce celui de « s'exprimer et de communiquer librement ».

[17] J.-L. Autin, *La rationalisation du système des AAI*, Regards sur l'actualité n° 330, 2007.

[18] Préc. p. 374.

[19] Préc., p. 9

[20] On trouve sans doute dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne certains éléments de ce qu'on pourrait considérer comme les linéaments d'un statut commun : le principe selon lequel les autorités de régulation nationale (ARN) doivent jouir d'une « indépendance » qui leur assure « la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression », qu'elle soit « directe ou indirecte » (9 mars 2010, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*) ; l'obligation qui pèse sur elle d'exercer leurs pouvoirs « de manière impartiale et transparente » (3 déc. 2009, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*). Mais ces exigences, d'ordre très général et qui peuvent être traduites de manière différente, ne concernent que les autorités instituées dans les domaines couverts par les règlements et directives communautaires et sont avant tout sous-tendues par l'idée d'assurer l'application effective du droit communautaire (en ce sens, J. Ziller). Néanmoins, l'obligation faite aux ARN de « coopérer entre elles et avec la Commission », en vue d'harmoniser leurs jurisprudences, et la mise en place de régulateurs européens coiffant les régulateurs nationaux pourraient modifier les données du problème.

[21] J.-M. Pontier, *Annexe au rapport Gélard*, préc.

[22] La jurisprudence précitée de la Cour de justice confirme pleinement cette idée : elle souligne que l'indépendance des ARN est requise par la responsabilité qui leur est confiée d'assurer « un juste équilibre » entre le respect de certains « droits fondamentaux » et la protection de certains « intérêts » généraux (9 mars 2010).

[23] J. Chevallier, *Régulation et polycentrisme dans l'administration française*, Rev. adm. 1998, n° 301, p. 43 s. et *L'État post-moderne*, 3^{ème} éd., coll. « Droit et Société », LGDJ, 2008.