

Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes

Issu de Revue du droit public - n°2 - page 393

Date de parution : 01/03/2008

Id : RDP2008-2-003

Réf : RDP 2008, p. 393

Auteur :

Par Arnaud Haquet, Maître de conférences à l'Université de Reims

SOMMAIRE

I. _ UNE ILLÉGITIMITÉ DE PRINCIPE

A. _ Un pouvoir relativisé

B. _ Un pouvoir déconsidéré

1) Une histoire doctrinale

2) Les caractères du pouvoir réglementaire

II. _ PRÉSUPPOSER LA LÉGITIMITÉ

A. _ Un pouvoir à réhabiliter

1) Une différence de régime juridique

2) La méconnaissance de cette distinction

B. _ Les figures de la légitimité

1) Le bénéfice de la légitimité démocratique

2) La légitimité par la confiance

La question de la légitimité du pouvoir normatif des autorités administratives indépendantes est systématiquement posée dans les études qui leur sont consacrées. Elle apparaît en conclusion pour montrer la difficulté de compréhension du sujet. Cette pente naturelle de la réflexion est logique. Pour autant, on peut s'inquiéter de constater que la même question est posée depuis tant d'années, avec la même gravité et la même impuissance.

Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes est-il légitime ? Une réponse négative est généralement avancée parce que les questions suivantes restent en suspens :

_ Comment peut-on admettre que le pouvoir normatif exercé par une autorité publique échappe à tout contrôle hiérarchique ou de tutelle ? Comment tolérer que le Premier ministre, qui « exerce

le pouvoir réglementaire » selon l'article 21 de la Constitution, et le Gouvernement, qui « dispose de l'administration » en vertu de l'article 20, restent étrangers à ce pouvoir ? Peut-on confier un pouvoir réglementaire à une autorité irresponsable politiquement alors que l'exécutif exerce le pouvoir réglementaire parce qu'il est responsable devant le Parlement (art. 20, al. 3, Const.) ?

_ Est-il admissible qu'une autorité dirigée par un collège de « non-élus » puisse exercer un pouvoir normatif ? Cette question, qui se pose à l'égard de nombreuses autorités, soulève de vifs débats dans un pays comme la France qui a vécu si longtemps sous l'égide de la souveraineté de la loi. L'attribution d'un pouvoir normatif à une autorité, qui n'est pas le législateur et qui n'est pas responsable devant lui, a toujours été perçue comme une forme de dépossession du pouvoir politique et comme une atteinte à l'unité du pouvoir. L'octroi d'un pouvoir normatif à une autorité administrative, dont l'indépendance exprime sa non-politisation et son détachement de l'administration étatique, ne peut être vécu que comme une provocation. On peut ainsi lire dans le rapport que le Conseil d'État a consacré à ces institutions que « le pouvoir réglementaire est au cœur des tensions entre les autorités administratives indépendantes et l'administration »².

_ Enfin peut-on accepter qu'une autorité normative soit chargée de sanctionner le non-respect des règles qu'elle édicte ? Le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes est réputé poser problème parce qu'il contribue à la confusion des pouvoirs dont elles bénéficient. En effet, certaines autorités disposent non seulement d'un pouvoir réglementaire, de celui d'édicter des mesures individuelles, d'un pouvoir incitatif, mais aussi d'un pouvoir d'investigation, de médiation, d'arbitrage, de règlement des différends, de sanction et de saisine du juge. Qu'une autorité cumule des pouvoirs aussi divers pose problème parce que son emprise sur le secteur régulé est générale et permanente.

L'absence de réponse pertinente à ces interrogations laisse supposer que le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes souffre d'illégitimité. Peut-on résoudre ce problème ? La question se pose avec obstination dans la mesure où un retour en arrière ne saurait être envisagé. Il règne en effet un certain consensus pour louer l'utilité des autorités indépendantes. Dès lors, il faut trouver des arguments pour répondre à la question posée et justifier l'inacceptable...

L'objet du débat. _ Avant d'engager la réflexion, il est utile de présenter quelques observations sur le nombre d'autorités indépendantes qui disposent d'un pouvoir réglementaire, ainsi que sur la nature de ces autorités et de ce pouvoir.

1^o La loi n'a confié un pouvoir réglementaire qu'à quelques autorités indépendantes, c'est-à-dire un pouvoir d'imposer des règles de portée générale et impersonnelle. Sur la quarantaine d'autorités indépendantes, la liste de celles qui disposent de ce pouvoir ne comprend que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN)³. De surcroît, l'étendue de leur pouvoir réglementaire est fort différente. Certaines autorités comme l'AMF et l'ARCEP disposent d'une compétence réglementaire étendue, quoique très technique. Pour leur part, la CNIL et le CSA ont des compétences circonscrites à certains aspects de leurs missions. Enfin, la CRE et l'ASN ont un pouvoir que l'on peut qualifier de supplétif.

2^o Si l'on voulait rendre la question plus complexe, il faudrait souligner que cette hétérogénéité résulte également du statut des autorités indépendantes. Certaines d'entre elles ont la personnalité morale. C'est le cas de l'Autorité des marchés financiers⁴. Relève-elle de la catégorie des autorités administratives indépendantes ? Pour répondre à cette question, il faudrait procéder

à une étude de la classification des personnes morales de droit public⁵. Cette question sera cependant éludée. En ce qui concerne notre sujet, il ne nous semble pas pertinent de retenir une différence de nature entre le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes selon qu'elles disposent ou non de la personnalité morale. En tout état de cause, le Conseil constitutionnel n'attache pas d'importance à cette question parce que, selon lui, le pouvoir réglementaire peut être confié à toute « autorité de l'État » ; termes utilisés dans une jurisprudence commune (voir infra) pour désigner les autorités bénéficiaires d'une compétence réglementaire attribuée par la loi. Pour cette raison, l'examen des compétences réglementaires de l'AMF sera effectué dans le cadre de la présente contribution.

À ce sujet, il n'est pas inutile de rappeler que l'on distingue en droit interne deux grandes catégories d'actes : la loi et le règlement, la seconde catégorie étant définie a contrario par rapport à la première. C'est ce qui explique que le règlement constitue une catégorie fourre-tout dans laquelle on trouve des actes émanant d'autorités qui peuvent être nationales, centrales ou déconcentrées, d'autorités territoriales, d'établissements publics ou même de certaines personnes privées gérant un service public. Leurs règlements sont des actes administratifs sans qu'une distinction soit opérée entre la nature des autorités qui les édictent.

3° La difficulté ne porte pas sur la définition des autorités indépendantes mais sur la délimitation de leurs compétences réglementaires. Comme on le sait, cette question est rendue complexe par le pouvoir qu'ont les autorités de régulation d'émettre du « droit mou », ou « droit doux » (soft law). Il est constitué par des actes indicatifs (avis, recommandations, actes négociés, mises en garde, etc.) émis par les autorités indépendantes et qui ont « vocation », comme M. Martin Collet l'a montré, « à être suivis » par leurs destinataires ; et ils le sont généralement parce que leurs destinataires peuvent hésiter sur le caractère prescriptif ou non de ces actes⁶. En outre, ils peuvent être incités à respecter ces « actes » parce qu'ils sont dépendants de décisions ultérieures, notamment des autorisations⁷. Le droit mou est donc perçu comme un véritable droit par leurs destinataires.

L'essor de ce droit est depuis longtemps étudié⁸ parce que l'on s'interroge sur l'émergence d'une nouvelle conception du pouvoir normatif dans le cadre de la régulation⁹. Le développement de la soft law s'expliquerait par l'évolution du rôle de la puissance publique. Les sujets du droit de la régulation ne devraient plus seulement être commandés, mais ils auraient avant tout besoin d'être guidés dans des domaines qui ne cessent de se diversifier et qui sont d'une grande technicité. À partir de ce constat, on s'interroge sur l'originalité du pouvoir normatif des autorités indépendantes, dont la fonction n'est plus de régir mais d'accompagner l'évolution du secteur régulé.

Ce droit d'influence, pratique et sans noblesse, est également un droit respecté parce qu'émanant d'autorités spécialisées, neutres et dépolitisées. Pour ces raisons, il n'est pas rare aujourd'hui d'entendre dire que l'autorité indépendante dispose d'un pouvoir normatif plus « légitime » parce que mieux accepté et plus efficace que le pouvoir traditionnel.

Le temps est-il donc venu d'opposer deux droits dont la légitimité serait différente ? Le droit émis par les autorités politiques, dont la légitimité serait par définition démocratique, et le droit « utile » des autorités de régulation, « des sages et des experts »¹⁰, dont la légitimité serait fondée sur l'impartialité et le rendement (output legitimacy) ?¹¹.

Les juristes dans le débat sur la légitimité. _ Cette notion relève davantage du champ disciplinaire de la science politique que du droit (même si cette question mérite d'être discutée pour l'étude du droit constitutionnel¹²). Étudier la légitimité consiste à s'interroger sur le fondement, la justification et l'acceptation du pouvoir¹³. Il appartient donc principalement aux spécialistes de la

régulation de mener cette investigation et de déterminer le degré de confiance dans ce pouvoir normatif des autorités indépendantes.

Les juristes peuvent-ils s'immiscer dans ce débat ? Ils ont assurément un rôle à jouer lorsqu'ils mesurent la portée du pouvoir normatif. Le discours sur la légitimité n'a en effet de sens que si l'objet du pouvoir est déterminé. En revanche, leur analyse est discutable lorsqu'elle comporte des présupposés sur la légitimité du pouvoir des autorités.

_ De façon positive, la doctrine a apporté des éléments de clarification sur la distinction entre le droit réputé prescriptif et le droit doux (hard law/soft law). Elle a en effet montré que le régime des actes réglementaires des autorités indépendantes ne présentait pas de véritable spécificité. Le juge administratif ne leur réservant pas un sort particulier¹⁴, c'est le régime général des actes administratifs qui s'impose¹⁵. La jurisprudence sur les actes explicatifs ou directifs ne se distingue pas de celle des actes administratifs non prescriptifs et notamment des circulaires¹⁶.

Aussi, malgré « l'unité profonde des commandements et des recommandations » que relevait Paul Amselek¹⁷, l'étude du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes peut-elle être isolée¹⁸, ce qui paraît nécessaire pour éviter que la réflexion sur sa légitimité ne soit occultée par le débat plus général sur le droit de la régulation.

_ La doctrine a également analysé la portée du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes. À l'aune de la jurisprudence constitutionnelle, elle a considéré que ces autorités disposaient d'un pouvoir qui devait être apprécié par opposition au pouvoir normatif de l'exécutif national. À partir de là, nombre d'auteurs ont estimé que le pouvoir des autorités indépendantes était par définition subordonné, spécial, et même, pour certains, résiduel. Ce « constat » relevait d'une démarche positiviste.

Cependant, cette analyse n'est pas étrangère à une réflexion sur l'unité du pouvoir réglementaire national et sur la crainte, qui transparaît nettement dans les caractères énoncés, d'une concurrence entre le pouvoir de l'exécutif et celui des autorités indépendantes. A priori juridique, cette analyse rencontre un discours « jacobin » qui, de façon sous-jacente, dénie toute légitimité au pouvoir réglementaire des autorités dites secondaires. Affirmer qu'il ne peut y avoir dans l'ordre juridique français qu'un seul pouvoir législatif et qu'un seul pouvoir réglementaire ne relève pas seulement de l'analyse juridique. Cette proposition postule une illégitimité de principe du pouvoir réglementaire des autorités secondaires.

Interrogations critiques. _ Pour prendre part à ce débat, nous voudrions également et sans détour étaler nos préjugés. Il nous semble, en premier lieu, que le pouvoir normatif des autorités dites secondaires ne mérite pas tant d'indignité. Nous avons peine à être convaincu par la distinction entre le pouvoir réglementaire important (voir infra), qui est réservé à l'exécutif national, et le pouvoir réglementaire secondaire, qui peut être distribué aux autres autorités. En pratique, comment peut-on affirmer que le pouvoir des autorités indépendantes, ou des autorités territoriales, est secondaire ? Comment peut-on soutenir que le règlement général de l'AMF ou le plan local d'urbanisme d'une ville n'est pas important ?

Sans remettre en cause l'unité de l'ordre juridique, une distinction doit certainement être opérée en ce qui concerne l'objet du pouvoir réglementaire. Celui du Premier ministre est-il le même que celui des autorités indépendantes ? La question mérite d'être étudiée avec attention dès lors qu'il n'y a pas, en pratique, de concurrence entre les autorités réglementaires ; ce qui peut paraître étrange dans un système fondé sur l'unité du pouvoir et la multiplicité des autorités. À vrai dire, il nous semble qu'il règne sur ce sujet une grave confusion sur les missions et les compétences des autorités réglementaires.

Au regard des réponses apportées à ces questions, le discours sur la légitimité s'en trouve modifié. Il est difficile, en effet, de postuler une illégitimité de principe (I) lorsque l'on considère que les autorités indépendantes bénéficient d'une certaine autonomie dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire. Celui-ci étant peu contesté par ses destinataires, il convient de renverser la perspective et présupposer sa légitimité (II).

I. _ UNE ILLÉGITIMITÉ DE PRINCIPE

Le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes a été relativisé sous l'effet de la jurisprudence constitutionnelle (A) et déconsidéré par l'analyse opérée par la doctrine des décisions du Conseil constitutionnel (B). Ce faisant, l'illégitimité est devenue une grille de lecture de ce pouvoir normatif.

A. _ Un pouvoir relativisé

Oui, mais pas trop. Telle est la réponse que le Conseil constitutionnel a apportée à la question de l'octroi aux autorités indépendantes d'un pouvoir réglementaire.

Se prononçant sur la question de la conformité à la Constitution de l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire à une autorité indépendante, le Conseil constitutionnel a retenu une réponse positive dans sa décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 concernant la Commission nationale de la communication et des libertés. Dans cette décision, le Conseil débute son raisonnement en précisant que les articles 21 et 13 de la Constitution « confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national » (consid. 58). Il part donc d'une compétence de principe dont bénéficie le couple Premier ministre/président de la République pour l'exercice au niveau national du pouvoir réglementaire. Après avoir effectué cette précision, qui semblait relever de l'évidence, la décision a reconnu que ces dispositions constitutionnelles « ne font cependant pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en oeuvre une loi ».

Cette interprétation de la Constitution, qui consacre la fonction distributrice du pouvoir réglementaire du législateur, a été précisée ultérieurement. Dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 (consid. 15), concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil constitutionnel reprend le considérant de principe de la décision de 1986 en précisant in fine que l'habilitation législative au profit d'une autre autorité que le Premier ministre « ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». En d'autres termes, la compétence réglementaire ne doit pas présenter une certaine importance, ne pas porter sur l'essentiel. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel n'a pas admis que le Conseil supérieur de l'audiovisuel pût déterminer « par voie réglementaire, non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues ». C'était trop pour le CSA (et c'est trop peu, disent aujourd'hui les spécialistes de l'audiovisuel...). La « portée trop étendue » de ce pouvoir était contraire à l'article 21 de la Constitution.

Par la suite, la formule sur les « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » a été systématiquement reprise par le Conseil constitutionnel. Relative à la dévolution du pouvoir réglementaire aux autorités publiques, ou de l'État (terme aujourd'hui privilégié), cette formule n'a pas concerné que les autorités administratives indépendantes. Elle a en effet figuré dans les décisions n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 (consid. 30 ; concernant la

compétence du Conseil des bourses de valeurs), n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 (consid. 11 ; se rapportant au pouvoir de réglementation de l'ART relatif à l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et à la fourniture à celui-ci du service téléphonique), celle n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 (consid. 35, concernant l'établissement de la liste des pays sûrs par le conseil d'administration de l'OFPPA), celle n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004 (consid. 6 ; relatif au contrôle opéré par l'ART des tarifs du service universel), n° 2004-504 DC du 12 août 2004 (consid. 40, s'agissant des décisions de l'Union nationale des caisses d'assurance-maladie en matière de participation des assurés), ou encore n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006 (consid. 37 ; se rapportant à l'avis conforme de la CNIL pour l'édiction d'un décret en CE déterminant les conditions d'utilisation d'un répertoire national relatif aux bénéficiaires de prestations de Sécurité sociale). De même, le Conseil constitutionnel a admis que le Premier ministre pût « déléguer » (art. 21, Const.) à ses ministres le pouvoir de prendre des mesures réglementaires « de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (déc. n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001, consid. 10).

Le débat semble donc clos devant le juge constitutionnel et sa jurisprudence a été intégrée¹⁹ par les rédacteurs des projets de loi instituant les autorités indépendantes²⁰. Il n'apparaît donc plus utile de contester la conformité à la Constitution du pouvoir réglementaire accordé aux autorités indépendantes dès lors qu'il est encadré et circonscrit à leurs compétences. Ainsi, les auteurs de la saisine de la loi de sécurité financière instituant l'Autorité des marchés financiers n'ont-ils pas contesté le regroupement à son profit des compétences réglementaires de la COB et du CMF²¹. De même, la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 instituant l'Autorité de sûreté nucléaire n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel. Elle lui a pourtant confié un pouvoir réglementaire dans un secteur sensible (voir infra).

La portée du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes a été relativisée par le Conseil constitutionnel. Cette analyse n'a pas été récusée par la majorité de la doctrine, qui s'est au contraire appuyée sur cette jurisprudence pour défendre le principe de l'unité du pouvoir réglementaire sous la V^e République.

B. _ Un pouvoir déconsidéré

L'analyse du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes s'inscrit dans un débat plus vaste sur le pouvoir normatif sous la V^e République. Ce débat a une histoire. Il est important de le connaître pour rendre compte des présupposés qui, aujourd'hui, guident l'analyse du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes. L'étude de cette histoire doctrinale permet notamment de comprendre pourquoi l'examen du pouvoir réglementaire des autorités dites secondaires²² est entièrement orienté vers la défense du pouvoir réglementaire du Premier ministre.

1) Une histoire doctrinale

Schématiquement, on peut dire que ce débat sur le pouvoir réglementaire s'est déroulé en trois étapes et qu'il se caractérise par une résistance à la notion de pouvoir réglementaire autonome.

La première, qui est la plus classique et la plus connue, relève moins d'un positionnement doctrinal que d'un constat. Dans les années 1970 et au début des années 1980, la doctrine s'est interrogée sur la répartition des compétences opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution entre le législateur et l'autorité réglementaire nationale, c'est-à-dire sur la distinction du domaine de la loi et du règlement national autonome. Elle a pris acte de l'expansionnisme législatif et de la limitation du domaine autonome, pratique qui n'a pas été sanctionnée par le Conseil constitutionnel.

Au cours des années 1983/1984 a suivi un vif débat sur la portée du pouvoir réglementaire des autorités locales. S'est notamment posée la question du caractère autonome de ce pouvoir, non plus à l'égard du législateur, mais vis-à-vis cette fois du pouvoir réglementaire du Premier ministre. Ce débat a été clos par les juges constitutionnel et administratif qui ont fait prévaloir le pouvoir réglementaire national sur le pouvoir réglementaire local pour l'exécution des lois même lorsqu'elles concernaient les compétences des collectivités territoriales.

Depuis la fin des années 1980, l'attention s'est portée sur le pouvoir normatif des autorités administratives indépendantes et sur la concurrence qu'il pouvait faire subir au pouvoir réglementaire du Premier ministre. De nouveau, le juge a semblé résoudre la question en faveur d'une subordination du pouvoir réglementaire des AAI au pouvoir réglementaire national.

Chaque étape du débat sur le pouvoir réglementaire est marquée par un rejet de son autonomie. Celle-ci a en effet été combattue, que ce fût au niveau national (pas de domaine réglementaire autonome hermétique au législateur), au niveau local (pas de compétence exclusive des autorités locales pour exécuter les lois), ou à l'égard des autorités indépendantes (pas de domaine réglementaire initial). Cette orientation du débat peut s'expliquer par la tradition légicentriste française et par un attachement à l'unité du pouvoir normatif.

Cet état d'esprit, largement partagé²³, a été notamment celui de la prestigieuse École aixoise de droit constitutionnel, dont les acteurs ont porté très haut leur conception du pouvoir normatif et exposé avec autorité leur analyse de la jurisprudence constitutionnelle²⁴. Leurs conclusions peuvent être résumées ainsi. Après avoir fait la preuve de la quasi-inexistence, en pratique, des règlements autonomes nationaux²⁵, ils ont expliqué que le caractère unitaire de l'État excluait « qu'une source normative autonome puisse être reconnue en dehors de celle émanant des organes nationaux »²⁶. En conséquence, le pouvoir réglementaire des autres autorités de l'État était nécessairement subordonné et secondaire²⁷ (l'idée a même souvent été avancée que le pouvoir réglementaire des AAI résultait d'une délégation²⁸).

2) Les caractères du pouvoir réglementaire

Les mêmes caractères ont donc été retenus pour présenter, dans un premier temps, le pouvoir réglementaire des autorités territoriales et, ultérieurement, celui des autorités indépendantes.

Pouvoir réglementaire des autorités territoriales. _ Sa subordination au pouvoir réglementaire du Premier ministre a été fondée sur un argument littéral. L'article 21 de la Constitution ne donnait pas au Premier ministre le pouvoir réglementaire d'exécution de la loi « sous réserve de l'article 13 et de l'article 72 »²⁹, celui-ci étant relatif aux autorités territoriales. Par ailleurs, Louis Favoreu a proposé une qualification pour désigner la portée du pouvoir réglementaire local dans l'hypothèse où la loi renvoyait aux autorités territoriales le soin de déterminer ses conditions d'application. Ce pouvoir local était résiduel (par opposition au pouvoir réservé) dans le sens où « rien n'empêcherait le pouvoir réglementaire national d'intervenir et de réduire progressivement la compétence réglementaire des "autorités locales" »³⁰.

Cette analyse a reçu une triple consécration³¹. Elle a été d'ordre jurisprudentiel puisqu'il a été admis, à partir de la décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984³², que le Conseil constitutionnel a récusé la thèse de la compétence exclusive des autorités locales pour déterminer les modalités d'application des lois relatives à l'administration locale. L'adhésion a également été doctrinale, les caractères du pouvoir réglementaire local faisant l'objet d'un consensus³³. La consécration a enfin été constitutionnelle si l'on adopte une méthode d'interprétation de la Constitution qui se fonde sur ses travaux préparatoires. Les parlementaires, qui ont débattu de la rédaction du nouvel article 72 alinéa 3 de la Constitution, qui a prévu que les « collectivités territoriales (...) disposent

d'un pouvoir réglementaire », ont considéré comme une évidence que le droit de la décentralisation conférait jusqu'alors un « caractère résiduel » au pouvoir réglementaire local³⁴ et que celui-ci demeurerait « subordonné » malgré sa consécration dans la Constitution³⁵.

Pouvoir réglementaire des AAI. _ S'agissant du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes, l'École aixoise a adopté la même position. Les règlements de ces autorités ne pouvaient en aucune façon concurrencer les règlements du Premier ministre. Pour justifier cette interprétation, les auteurs des Grandes décisions du Conseil constitutionnel ont considéré que la précision selon laquelle l'habilitation législative en faveur des AAI ne pouvait concerner que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu « signifie, en clair, que non seulement la compétence réglementaire des autorités indépendantes est limitée "en surface" (...) mais aussi "en profondeur" : les autorités indépendantes peuvent arrêter les mesures de détail après que le pouvoir réglementaire national ait défini les éléments essentiels »³⁶. Pour ces raisons, les auteurs des GDCC estiment que le pouvoir réglementaire des AAI correspond à « un pouvoir subordonné et second par rapport au pouvoir réglementaire national, lorsqu'il est nécessaire que celui-ci intervienne mais également et de manière générale, celui qui est confié à toute autorité de l'État autre que le Premier ministre (...). Il est donc du même type que celui exercé par les autorités locales dont la situation avait déjà été fixée par une jurisprudence établie à partir de 1984 »³⁷.

Ces analyses ont manifestement convaincu la majorité de la doctrine qui définit le pouvoir réglementaire des AAI par opposition au pouvoir autonome. En effet, les auteurs utilisent de façon séparée ou combinée les caractères suivants pour présenter ce pouvoir réglementaire. Il s'agit d'un pouvoir subordonné³⁸ à la loi et au règlement national (par opposition au pouvoir dit initial), circonscrit ou spécial³⁹ et même subsidiaire⁴⁰, voir résiduel⁴¹.

Consacrant ces caractères, le rapport 2001 du Conseil d'État sur les AAI affirme que le pouvoir réglementaire qui leur est confié est « étroitement spécialisé et subordonné » ; qu'il relève « par nature d'un pouvoir réglementaire d'application de la loi, et en aucun cas d'un pouvoir réglementaire autonome »⁴². Dans le même sens, le rapport de juin 2006 sur les AAI de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation affirme qu'il revient « au pouvoir réglementaire national de définir les éléments essentiels, les AAI ne réglant que les mesures de détail. Le pouvoir réglementaire des AAI est par conséquent subordonné et second »⁴³.

Au regard de l'ensemble de ces prises de position, il serait téméraire de remettre en cause ces caractères du pouvoir réglementaire. C'est pourtant ce que nous allons faire, sans être animé par un esprit de contradiction, mais convaincu qu'il règne sur le sujet une certaine confusion...

II. _ PRÉSUPPOSER LA LÉGITIMITÉ

Le pouvoir réglementaire des autorités administratives a toujours souffert de déconsidération. Défini simplement par opposition au pouvoir législatif, ce pouvoir ne méritait pas d'être conceptualisé⁴⁴. Cependant, l'essor de la décentralisation et l'émergence des autorités indépendantes ont troublé cette quiétude⁴⁵. Ils ont engendré des réactions négatives (voir supra) à l'égard de leur pouvoir normatif.

Il n'en demeure pas moins que les autorités indépendantes se développent, jouent un rôle important et exercent un pouvoir qui est peu contesté. Les acteurs des secteurs régulés ont confiance dans les autorités indépendantes. Il existe donc un hiatus entre la légitimité de leur pouvoir normatif et l'analyse doctrinale de sa portée. Ce point de discontinuité se situe, nous semble-t-il, dans l'objet du pouvoir réglementaire qui mérite d'être conceptualisé (A) pour

comprendre sa légitimité (B).

A. _ Un pouvoir à réhabiliter

Pourquoi envisager la distribution du pouvoir réglementaire en termes de concurrence ? L'autorité réglementaire nationale a-t-elle la compétence pour modifier le règlement d'une autorité indépendante ou celle d'une autorité territoriale ? En pratique, a-t-on déjà vu le Premier ministre modifier leurs règlements ? Si la réponse est négative, pourquoi dit-on que le pouvoir réglementaire de ces autorités « secondaires » est « résiduel », dans le sens où « rien n'empêcherait le pouvoir réglementaire national d'intervenir et de réduire progressivement la compétence réglementaire » de ces autorités (voir supra).

De toute évidence, les caractères attribués au pouvoir réglementaire des autorités indépendantes prêtent à discussion. D'où vient la confusion ?

1) Une différence de régime juridique

La réponse réside dans une distinction concernant l'objet du pouvoir réglementaire. On oublie trop souvent, en effet, que la plupart des règlements n'ont pas pour objet d'exécuter la loi, c'est-à-dire de préciser son contenu. Généralement, les règlements sont pris pour l'application des lois⁴⁶. Ils ne font que mettre en application un dispositif législatif qui est déjà applicable. Ils procèdent à sa « concrétisation »⁴⁷.

La distinction est assez simple à présenter pour le pouvoir réglementaire local parce qu'on perçoit intuitivement que le principe de libre administration interdit à l'autorité réglementaire nationale de se substituer aux autorités locales.

Par exemple, le Code de l'urbanisme détermine le régime du plan local d'urbanisme. Il le définit dans sa partie législative, mais on trouve également dans la partie réglementaire des articles résultant de décrets qui précisent la loi en déterminant les modalités d'élaboration du PLU. Ces règlements relèvent de l'exécution de la loi et de la compétence du Premier ministre.

En revanche, le PLU édicté, par exemple par la ville de Malakoff, ne détermine pas les conditions d'application de la loi. Il ne fait que l'appliquer en utilisant le régime juridique proposé par le Code de l'urbanisme. Ce type de règlement ne procède donc pas à l'exécution de la loi mais à sa mise en application. Il ne relève pas de la compétence du Premier ministre.

La distinction (exécution / mise en application) est plus délicate à comprendre pour les autorités indépendantes parce qu'il s'agit d'autorités étatiques et parce que la jurisprudence constitutionnelle, relayée par la doctrine, a insisté sur le caractère général et de principe du pouvoir réglementaire du Premier ministre. Il n'en demeure pas moins que la distinction entre les deux catégories concerne les autorités indépendantes et qu'elle est essentielle parce qu'elle induit une différence de régime juridique.

Les règlements d'exécution de la loi doivent être pris par le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution (ou président de la République, art. 13, Const.). Cette compétence, qui résulte de la Constitution, ne saurait être disputée par une autre autorité réglementaire. C'est une obligation constitutionnelle puisque l'entrée en vigueur des lois est conditionnée par leur applicabilité. Les lois instituant les autorités indépendantes procèdent d'ailleurs à de multiples renvois à des décrets en Conseil d'État.

Les règlements de mise en application de la loi sont en revanche pris par les autorités désignées par la loi. Leur édicton ne répond pas à une obligation constitutionnelle, mais elle résulte simplement des termes de la loi. Celle-ci peut obliger ou simplement autoriser une autorité à agir

si elle le souhaite. Elle peut désigner un ministre, une autorité territoriale, ou une autorité administrative indépendante... Mais si la loi ne désigne pas le Premier ministre, celui-ci n'est pas compétent pour édicter le règlement.

Au regard de cette distinction, la question de la concurrence entre l'autorité réglementaire nationale et l'autorité indépendante dépend de l'objet des règlements que celle-ci édicte. S'agit-il d'exécution ou de mise en application de la loi ? La réponse paraît évidente. L'autorité indépendante ne fait que mettre en application la loi. C'est celle-ci qui attribue les compétences à l'autorité indépendante et ce sont des décrets qui déterminent les conditions d'application de la loi (dont l'entrée en vigueur, au sens propre du terme⁴⁸, est conditionnée par les décrets et non par les règlements de l'autorité indépendante). Cette autorité n'est que bénéficiaire de compétences législatives et doit simplement exercer les missions qui lui sont confiées.

Il n'est de surcroît pas possible de dire que les autorités indépendantes déterminent leurs propres compétences sous prétexte qu'elles auraient à assumer une mission générale de régulation⁴⁹. Par exemple, les principales compétences réglementaires de l'ARCEP fondées sur l'article L. 36-6 du Code des Postes et des Télécommunications Electroniques (CPCE) doivent être exercées, aux termes de cet article, « dans le respect des dispositions du présent code et de ses règlements d'application ». L'ARCEP met donc en oeuvre un régime juridique, mais ne l'invente pas. S'agissant des communications électroniques, c'est la loi qui, à l'article L. 32 du CPCE, définit sous forme de glossaire (« ce que l'on entend par ») les concepts clefs du régime juridique et c'est également elle qui, à l'article L. 32-1, détermine les principes généraux de ce régime et énumère les objectifs que le ministre chargé des Communications électroniques et l'ARCEP doivent poursuivre.

Dès lors, la question de la concurrence entre le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes et celui du Premier ministre ne se pose pas. Celui-ci ne saurait édicter un règlement de l'ARCEP ou de l'AMF puisque la loi ne lui a pas donné cette compétence. Cet argument explique l'indépendance de principe de ces autorités qui interdit l'intervention du Premier ministre dans l'exercice de leurs compétences. Inversement, l'ARCEP ou l'AMF ne peuvent déterminer les conditions d'application de la loi parce que la Constitution réserve cette compétence au Premier ministre.

2) La méconnaissance de cette distinction

On le voit, cette distinction est élémentaire. Elle a été présentée discrètement en 1984 par Jean-Marie Auby⁵⁰ après les célèbres rencontres d'Angers sur le pouvoir réglementaire local. On suppose également que nombre de juristes l'ont perçue et qu'ils l'avaient dans une certaine mesure à l'esprit lorsqu'ils ont expliqué que l'exercice d'une compétence induisait la détention d'un pouvoir réglementaire⁵¹. Mais, curieusement, cette distinction n'a pas été exploitée et a même été occultée⁵². Lorsqu'elle a été rapidement évoquée, elle a été rejetée au nom de l'unité du pouvoir réglementaire⁵³.

Il est vrai que la jurisprudence constitutionnelle a contribué à masquer la distinction. En effet, le Conseil constitutionnel emploie une formule qui recouvre les deux notions⁵⁴. Il fait référence aux mesures prises par les autorités indépendantes « permettant de mettre en oeuvre une loi »⁵⁵. En outre, il faut observer que la difficulté traitée par le Conseil dans sa première décision de 1986 concernait assurément l'exécution des lois. La loi prévoyait en effet que des décrets en Conseil d'État, pris « pour assurer l'exécution de l'article 62 de la loi »⁵⁶, seraient subordonnés aux règles générales fixées par la CNCL. Le Conseil constitutionnel a donc logiquement considéré que ces dispositions législatives étaient contraires à l'article 21 de la Constitution⁵⁷. Ultérieurement, cependant, la formule sur la mise en oeuvre de la loi est restée. Elle a été reproduite dans chaque

décision.

Pour cette raison, certainement, la doctrine a proposé une définition du pouvoir réglementaire qui ne portait que sur l'exécution des lois. C'est à partir de cet objet qu'elle a retenu les caractères précités pour présenter le pouvoir réglementaire des autorités secondaires (voir supra). Or ces caractères ne sont pas appropriés pour définir le pouvoir réglementaire de mise en application de la loi. Ils sont approximatifs ou inexacts.

Dire que le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes est subordonné et second est à la fois juste et erroné. C'est exact au regard de la hiérarchie des normes parce que le règlement d'une autorité indépendante est placé à un niveau inférieur par rapport à celui d'un décret du Premier ministre. Mais ces caractères ne doivent pas induire que le pouvoir réglementaire de l'autorité indépendante est subordonné à celui du Premier ministre. N'ayant pas le même objet, les règlements édictés par les autorités indépendantes participent à l'exercice d'une mission de régulation qui n'est ni subordonnée ni secondaire.

Comment peut-on, par ailleurs, affirmer que ce pouvoir réglementaire n'est pas important ? L'article L. 621-1 du Code monétaire et financier prévoit, par exemple, que l'autorité des marchés financiers prend, pour l'exécution de ses missions, « un règlement général », sur le fondement duquel elle édicte des « décisions de portée individuelle », « des instructions et des recommandations ». Ce règlement général est essentiel puisqu'il revient à l'AMF de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers⁵⁸.

De surcroît, quelle est l'originalité du caractère subordonné du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes ? Ne concerne-t-il pas le pouvoir de toute autorité publique ? Avec M. Pierre-Alain Jeanneney, observons qu'« il a semblé nécessaire de rappeler cette évidence juridique, comme si l'on craignait que ces autorités, prises d'un brusque désir d'indépendance ou d'un grain de folie, se mettent soudain à méconnaître les lois et règlements »⁵⁹...

De même, l'affirmation selon laquelle le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes est résiduel (au regard de la définition précitée) a peu de sens parce qu'il est évident que leur compétence ne saurait être réduite par l'intervention du Premier ministre. Comment imaginer que le Premier ministre vide la compétence de l'AMF ou de l'ARCEP ?

Enfin que faut-il penser des caractères circonscrit et spécial du pouvoir réglementaire des autorités indépendantes ? Ils sont difficilement récusables parce qu'ils relèvent de l'évidence. Mais, tout bien considéré, ce pouvoir est circonscrit et spécial comme l'est celui de n'importe quelle autorité qui bénéficie d'une compétence législative. Même le Premier ministre peut se trouver dans cette situation lorsqu'il procède, non à l'exécution de la loi, mais à sa mise en application. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il dresse la liste des zones franches urbaines créées dans les quartiers défavorisés visés par l'article 42 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995. Dans ce cadre, il use d'un pouvoir qui est circonscrit et spécial parce qu'il est tout simplement bénéficiaire d'une compétence législative...

Pour ces raisons, il est préférable _ nous semble-t-il _ de ne pas faire référence à ces caractères pour opposer le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes à celui du Premier ministre. Il convient surtout d'insister sur la différence de mission et d'objet du pouvoir réglementaire.

À partir de là, est-il judicieux de rechercher une même légitimité pour les autorités réglementaires nationales, chargées de déterminer les conditions d'application des lois, et les autorités indépendantes, qui les mettent en application ?

B. _ Les figures de la légitimité

Selon les époques, la légitimité a changé de figure en fonction de la nature du pouvoir et de ses justifications. Différents modèles ont été avancés. Ainsi, à la classique trilogie weberienne ont été substitués d'autres modèles qui mesurent la confiance dans l'exercice du pouvoir normatif. Aujourd'hui sont couramment évoquées la légitimité démocratique, ou « sociale-procédurale », désignée ainsi par M. Pierre Rosanvallon parce qu'elle résulte du « suffrage universel » qui est « l'organisatrice de cette légitimité »⁶⁰ ; la légitimité que ce même auteur appelle « par impartialité » parce qu'elle « se tient à distance égale de toutes les parties impliquées »⁶¹ ; et la légitimité « substantielle » fondée sur l'attachement à des valeurs communes.

Généralement, le droit de la régulation est justifié par l'impartialité de l'autorité. Il l'est également par une légitimité de fonctionnalité ou de rendement (output legitimacy). Les décisions des autorités de régulation ne sont pas contestées en raison de leur neutralité et de leur efficacité.

Ces nouvelles figures de la légitimité s'inscrivent dans le cadre d'un État post-moderne où la légitimité politique ne représente qu'un certain degré de justification du pouvoir normatif. La légitimité propre à la régulation pallie en effet les insuffisances, mais non l'absence de la légitimité démocratique. D'une certaine façon, elle renforce même l'idée de légitimité en la recentrant sur l'idée de confiance.

1) Le bénéfice de la légitimité démocratique

Le pouvoir normatif des autorités indépendantes ne bénéficie pas d'un haut degré de légitimité démocratique parce que son exercice ne saurait être contrôlé par le gouvernement et le Parlement. Pour autant, les autorités indépendantes profitent assurément de certains éléments de la légitimité démocratique. Celle-ci résulte en effet de l'origine de la compétence réglementaire, de l'homologation ministérielle des règlements, de la représentation du gouvernement auprès de l'autorité indépendante et du mode de désignation du collège de l'autorité.

a) La source démocratique du pouvoir

Les autorités de régulation exercent les compétences qui leur sont attribuées par le législateur, c'est-à-dire par les représentants du Peuple. Leur création bénéficie d'une légitimité politique incontestable. Leur suppression peut également être décidée par le législateur.

N'exerçant pas le pouvoir d'exécution de la loi, les autorités indépendantes ne définissent pas leurs compétences. Bien évidemment, elles peuvent, comme toute autorité, les interpréter plus ou moins largement. Mais les modalités d'application de la loi sont prévues par des décrets qui déterminent la portée des compétences des autorités indépendantes. Par exemple, le pouvoir réglementaire du CSA est corseté par de multiples renvois opérés par la loi du 30 septembre 1986 à des décrets en Conseil d'État⁶². Cet encadrement est un facteur de légitimité démocratique puisque les décrets sont édictés par une autorité, le Premier ministre, qui est désigné par un représentant du Peuple et contrôlé par le Parlement.

b) L'homologation ministérielle

Le législateur l'a prévue pour les autorités dont le pouvoir réglementaire est étendu. C'est le cas pour l'édition par l'AMF de son règlement général (art. L. 621-6, CMF), ou pour l'exercice par l'ARCEP de ses principales compétences réglementaires.

L'homologation permet-elle véritablement au gouvernement de contrôler l'exercice du pouvoir réglementaire par les autorités indépendantes ? En pratique, on sait que leurs décisions sont

toujours homologuées. Le processus d'élaboration de mesures techniques, basé sur l'expertise et la concertation, ne conduit pas le gouvernement à s'opposer aux règlements des autorités indépendantes. L'homologation apparaît donc formelle.

Il n'en demeure pas moins que l'homologation est une notion importante en raison de sa fonction et de sa portée juridique.

L'homologation montre, en effet, que l'autorité indépendante a un pouvoir réglementaire qui est encadré dans le sens où il est surveillé. Il n'est pas envisageable de laisser à une autorité, qui échappe à tout contrôle hiérarchique ou de tutelle, le pouvoir de réguler en toute liberté un secteur d'activité. Par principe, la régulation est partagée avec le ministre⁶³. Cette conception est d'ailleurs parfois mentionnée dans la loi. On peut relever, par exemple, s'agissant de l'ARCEP, que l'article L. 32-1 du CPCE dispose que « la fonction de régulation du secteur des communications électroniques (...) est exercée au nom de l'État par le ministre chargé des Communications électroniques et par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ». Il n'est donc pas étonnant que les principales décisions prises par l'ARCEP doivent être homologuées⁶⁴.

Juridiquement, les principales décisions de l'autorité indépendante sont inefficaces si elles n'ont pas fait l'objet d'un arrêté d'homologation. Il y a donc, à notre sens, partage de la compétence réglementaire, même si cette interprétation peut être discutée dans la mesure où deux autorités réglementaires se succèdent pour prendre deux décisions distinctes. L'homologation est, en effet, une notion bien difficile à définir parce qu'elle ne répond pas aux catégories classiques. Elle ne constitue pas une approbation puisque le ministre n'est pas une autorité supérieure à l'autorité indépendante. De même, elle n'est pas une reprise de la décision de l'autorité indépendante qui serait destinée à lui conférer la valeur réglementaire qui lui fait défaut (comme c'est le cas, par exemple, d'un décret qui reprend, en l'incorporant, un code de déontologie adopté par un ordre professionnel).

Pour donner un sens à cette notion, il peut être soutenu, en suivant M. Christophe Fardet, que le ministre dispose avec l'homologation d'un droit de « veto »⁶⁵, qui n'est certes pas utilisé en pratique, mais qui pourra toujours l'être si le collège d'une autorité indépendante prenait un règlement désapprouvé par le gouvernement.

Cette considération n'est pas une donnée purement théorique. Ainsi a-t-elle joué un rôle essentiel dans l'adoption de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 créant l'Autorité de sûreté nucléaire. Elle a conditionné l'octroi d'un pouvoir réglementaire à l'ASN⁶⁶, qui a constitué un sujet important de préoccupation. Le Conseil d'État avait, en effet, donné un avis défavorable, le 3 juin 1999, au projet de loi relatif à la transparence et à la sûreté nucléaire parce que le texte prévoyait un large transfert à une AAI de compétences appartenant au Gouvernement. Il s'était notamment opposé au transfert de pouvoirs de décision et de contrôle dans un domaine de police spéciale que représentait la sûreté nucléaire⁶⁷. Quelques années plus tard, le législateur a finalement créé une AAI disposant d'un pouvoir réglementaire. Mais, selon les termes du rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, ce pouvoir n'a été accepté que parce que les mesures réglementaires de l'ASN étaient encadrées. Elles l'étaient parce qu'elles étaient, « en tout état de cause, soumises à l'homologation des ministres compétents »⁶⁸. L'homologation a, en effet, été l'objet de discussions parce qu'elle est apparue comme une garantie essentielle du contrôle opéré par l'exécutif sur les décisions de l'ASN⁶⁹.

De même, il ne paraît pas déraisonnable de considérer que l'homologation participe à la légitimation des décisions prises par l'autorité. Elle permet, à l'instar du contreseing, d'associer la responsabilité d'une autorité politique à un acte juridique déjà existant. Le ministre, qui

représente le pouvoir politique et qui est contrôlé par le Parlement, donne un label démocratique à l'autorité indépendante.

c) La représentation du gouvernement

Dans ce débat, il peut être utile d'observer que, pour défendre le point de vue de l'exécutif, la loi prévoit qu'un commissaire du Gouvernement est placé auprès de certaines autorités indépendantes. Il est désigné par le ministre responsable du secteur concerné, comme c'est le cas auprès de la CRE et de l'AMF, ou par le Premier ministre auprès de la CNIL. Ce commissaire a pour mission de faire connaître les analyses du Gouvernement. Il assiste aux délibérations et peut, comme devant la CNIL ou l'AMF, provoquer une seconde délibération (sauf en matière de sanctions). De même, le Premier ministre peut demander une nouvelle délibération concernant certaines décisions du CSA présentant un caractère réglementaire.

d) Le mode de désignation du collègue

Enfin, s'interroger sur la légitimité démocratique des décisions prises par une autorité revient à poser la question de la désignation de ses représentants. Sur cet aspect également, il est difficile de nier une forme de légitimité politique. Certains collèges sont désignés par le président de la République et par les présidents des assemblées parlementaires. C'est le cas de l'ARCEP, du CSA, de l'ASN et de la CRE⁷⁰. Leurs membres sont désignés dans des conditions similaires à celles des membres du Conseil constitutionnel⁷¹. On notera toutefois que la loi peut imposer un profil au candidat. L'article 10 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 prévoit que le collège de l'ASN comprend des membres nommés « en raison de leur compétence dans les domaines de la sûreté nucléaire et de la radioprotection ». La représentation est professionnalisée.

Le collège de la CNIL a pour sa part une représentation élargie puisque des parlementaires, des hauts magistrats désignés par les Cours suprêmes et des personnalités qualifiées en sont membres. De même, l'AMF a un collège de seize membres composé de magistrats, de personnalités qualifiées et surtout de divers représentants du secteur régulé. La légitimité est donc moins démocratique que corporative. Le secteur régulé, pour l'AMF, doit avoir le sentiment d'être correctement représenté.

On peut évidemment contester la légitimité du mode de désignation du collège de ces autorités indépendantes⁷². De même, on peut douter du caractère représentatif de ces autorités. Qui représentent-elles ? La Nation ? Cette proposition ne peut être avancée innocemment. Comme l'a démontré M. Pierre Brunet, cette question est dépendante d'une doctrine de la représentation⁷³ qui permet ou interdit de faire, par exemple, du président de la République ou du Conseil constitutionnel des représentants de la Nation.

Pour autant, la critique de l'illégitimité de représentation ne saurait être réservée aux autorités indépendantes. Que faut-il penser, en effet, de la légitimité des juges qui statuent, selon la formule apposée sur leurs décisions, « au nom du Peuple français » ? Pourquoi ne sont-ils pas élus ? À vrai dire, la question est rarement posée en ces termes parce que l'on est conscient que la légitimité peut prendre d'autres figures. Ainsi, pour M. Guy Canivet, la légitimité du juge n'est pas « discutable puisqu'elle procède tout à la fois du fondement constitutionnel et conventionnel de son pouvoir et de son office, d'un statut garant de son indépendance et d'une stricte déontologie fixés par la loi organique »⁷⁴. C'est donc dans la confiance dans l'exercice de ses fonctions que repose la légitimité du juge.

2) La légitimité par la confiance

Celle-ci procède de la reconnaissance dans la capacité d'expertise de l'autorité indépendante. Son immersion dans le secteur régulé atteste de sa neutralité et de la dépolitisation d'une administration qui, selon l'heureuse formule de M. Yves Gaudemet, « se dépouille de son uniforme » pour se mettre « en civil »⁷⁵.

La légitimité des autorités indépendantes est donc suspecte puisqu'elle est définie par référence à l'incapacité supposée du pouvoir politique à définir l'intérêt des secteurs régulés. Cette légitimité participe ainsi au processus de délégitimation des autorités politiques étatiques, dans la mesure où elle se fonde a contrario sur leur inefficacité⁷⁶ et sur la défiance dans leur conduite de l'État.

L'exemple le plus caractéristique est celui de l'Autorité des marchés financiers dont la légitimité résulte de son indépendance apparente vis-à-vis de l'État. Les marchés en ont besoin pour asseoir la confiance dans la réglementation. Comme le souligne le rapport du Sénat sur le projet de loi de sécurité financière, cette indépendance est essentielle, notamment « à l'égard des autres places financières internationales où notre tendance à l'"étatisme" a mauvaise presse »⁷⁷. Elle permet de rassurer les marchés en leur donnant l'impression de ne pas être contrôlés par un État qui conserve une part du capital des opérateurs historiques.

Dire que la légitimité des autorités indépendantes résulte de l'illégitimité de la conduite de l'État par les autorités politiques est une proposition qui est démocratiquement inacceptable. Mais comment la repousser ? Il faut en effet se rendre à l'évidence. Les organes de la représentation nationale manquent de légitimité, dans le sens où ils n'inspirent pas suffisamment de confiance pour adopter certaines règles de droit. Certes, les autorités politiques doivent encadrer les activités des autorités de régulation en définissant leurs compétences et en leur imposant le respect de droits et libertés. Mais, pour le reste, il est préférable qu'elles laissent à ces autorités le soin d'édicter des règles permettant de faire fonctionner le mécanisme de la régulation.

Leur « rapport au temps »⁷⁸ n'est, en effet, pas le même. Contrairement au législateur, « le régulateur n'existe que s'il s'inscrit dans un rapport au temps qui est celui de l'entreprise »⁷⁹. Les enjeux étant évolutifs, les mesures d'encadrement doivent faire l'objet d'une adaptation permanente. Surtout, une autorité normative ne peut déterminer l'intérêt collectif et poser des règles que si elle connaît les préoccupations du secteur concerné. Or, dans les domaines régulés, les sujets traités sont d'une trop grande complexité et technicité pour être maîtrisés dans leur ensemble par le pouvoir politique. L'autorité indépendante doit en effet tenir compte des risques qui sont encourus par les acteurs du secteur. La régulation est un arbitrage constant entre des objectifs garantissant le respect d'une saine concurrence et des préoccupations commerciales. Bien évidemment, cela ne veut pas dire que des préoccupations d'intérêt général (au sens volontariste et non utilitariste) soient évacuées. Au contraire, on peut dire que la régulation vise à contraindre les opérateurs, notamment historiques, à se faire les promoteurs de l'intérêt général. Mais cela suppose, en contrepartie, de connaître leur environnement économique. Or qui peut assumer cette mission, si ce n'est une autorité spécialisée dont la fonction est de dialoguer en permanence avec les acteurs du secteur ?

De ce dialogue naît, selon M. Gérard Timsit, « une nouvelle normativité sociale _ qui se manifeste en effet désormais au travers de phénomènes _ ce sont eux que l'on appelle « la régulation » _ extrêmement divers mais qui ont tous en commun de vouloir substituer, et pour combattre leurs défaillances, à la normativité spontanée du marché et à la normativité imposée de l'État, une normativité dialoguée _ une normativité qui, fondée sur le dialogue de ceux et avec ceux auxquels elle est destinée, puisse retrouver et réinventer sa légitimité face à ceux, et parfois avec ceux-là mêmes qu'elle prétend régir »⁸⁰.

De ce dialogue, souhaité par les sujets de droit, résulte le contenu des règlements des autorités indépendantes. En bonne logique, comment peut-on postuler son illégitimité ?

1 - (*) Ce texte a pour origine une communication faite lors de la journée d'études sur les AAI organisée le 25 juin 2007 par le Centre Maurice Hauriou de l'Université Paris V.

2 - (1) Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, Études et Documents n° 52, Paris, La Documentation française, 2001, p. 337.

3 - (2) Il faut également relever que la Commission des sondages est habilitée à définir des clauses qui doivent figurer dans les contrats de vente des sondages (voir art. 5 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977, modif.).

4 - (3) La Commission de régulation de l'énergie a obtenu la personnalité morale par la loi n° 2004-1485 de finances rectificative pour 2004, mais l'a perdue quelques mois plus tard avec l'adoption de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

5 - (4) V. not. S. Traoré, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridictionnelle », Droit administratif, 2004, n° 8-9, p. 16 ; C. Chauvet, « La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes », cette Revue 2007, n° 2, p. 379 ; M. DEGOFFE, « L'autorité publique indépendante », in actes de la journée d'études du 25 juin 2007 sur les AAI du Centre Maurice Hauriou, Université Paris V, à paraître.

6 - (5) M. COLLET, Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes, Paris, LGDJ, 2003, p. 185 ; ég. du même auteur, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État postmoderne », Annales de la régulation, Bibl. Institut A. Tunc, EJA, vol. 1, 2006, p. 127 (not. p. 131).

7 - (6) Le Conseil d'État qualifie même de « quasi-réglementation » la détermination de règles générales par les AAI qu'elles imposent aux opérateurs en échange d'autorisations ou d'agrément : rapport public 2001, op. cit., p. 338.

8 - (7) P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », cette Revue 1982, p. 275 ; F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris, LGDJ, 1991 ; Y. Gaudemet, « Les actions administratives informelles », RID comp. 1994 p. 645. On lira ég. le récent dossier consacré à « La normativité » du n° 21 des Cahiers du Conseil constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr) et not. pour notre sujet, G. Timsit, « Normativité et régulation », V. ég. P. Sablière, « Une nouvelle source du droit ? Les documents référents », AJDA, 2007, n° 2, p. 66 ; Ph. Coppens, « Théorie de la norme et régulation », Annales de la régulation, vol. 1, op. cit., p. 79.

9 - (8) V., not., le numéro consacré à la régulation de la RFAP, 2004, n° 109 ; J. Chevallier, « L'État régulateur », RFAP, 2004, n° 111, p. 473 ; J. CHEVALLIER, L'État postmoderne, Paris, LGDJ, 2004, 2^e éd. ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Paris, Presses de sciences Po / Dalloz, 2004, ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Les régulations économiques : légitimité et efficacité, Paris, Presses de sciences Po / Dalloz, 2004 ; M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », Recueil Dalloz, 2004, Chron. p. 126 ; J.-B. AUBY, « Régulations et droit administratif » in Mélanges Timsit, Bruylant, 2004, p. 209.

10 - (9) B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Droit constitutionnel, Paris, PUF, 2004, p. 443. Sur le « retour des sages de Platon », voir P.-L. FRIER et J. PETIT, Précis de droit administratif, Paris, Montchrestien, 4^e éd., 2006, p. 123 ; et sur l'impartialité du sage, M. Collet, « De la consécration à la légitimation. Obs. sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », in Les régulations économiques : légitimité et efficacité, op. cit., p. 41 (voir not. p. 55).

11 - (10) V. not., H. de CHARRETTE (dir.), Le contrôle démocratique des AAI à caractère économique, Paris, Economica, 2002 ; M. Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », AJDA, 2005, n° 10, p. 530 ; M. LOMBARD (dir.), Régulation économique et démocratie, Paris, Dalloz, 2006.

12 - (11) V. O. Beaud, « À la recherche de la légitimité de la V^e République », Droits, n° 44, 2007, p.

71 et s. (et not. p. 74) ; D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, QSJ n° 3634, 2^e éd., 2005, p. 69 et s.

13 - (12) V. P. BASTID, R. PAULIN, A. PASSERIN d'ENTRÈVES... et alii., *L'idée de légitimité*, Paris, PUF, 1967 ; S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in *Dictionnaire de la philosophie politique*, Paris, PUF, 3^e éd., 2005 ; du même auteur, « Légitimité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, ég. L'État, figure moderne de la politique, Paris, A. Colin, 1999, p. 152 et s. ; B. KRIEGEL, « Le principe de légitimité », in *Mélanges F. Terré*, Paris, Dalloz/PUF/J-Cl., 1999, p. 47.

14 - (13) V. M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 181 et s.

15 - (14) Lors du contrôle juridictionnel de la légalité de l'acte, « l'alternative réapparaît dans sa rigoureuse simplicité » : soit il s'agit de normes, soit il s'agit d'éléments qui relèvent « de l'ordre de la persuasion politique » (Y. GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, LGDJ, 16^e éd., n° 159).

16 - (15) Ainsi (avant la jurisprudence Duvignères de 2002), une délibération d'une AAI qui ne faisait que recommander la mise en oeuvre de dispositions législatives n'était pas susceptible de recours : CE, 27 sept. 1989, SA Chopin & Cie, n° 74548.

17 - (16) P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », op. cit., p. 290.

18 - (17) Les études circonscrites au pouvoir réglementaire des AAI ne sont pas nombreuses. Outre la thèse de M. Collet, qui porte sur le contrôle des actes, on se reportera ég. à J. LEFEBVRE, « Un pouvoir réglementaire à géométrie variable », in N. DECOOPMAN, (dir.) *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, 2002, p. 97. De même, cf. le n° spécial de 2001 de la RRJ. Droit prospectif, intitulé Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative, avec des art. de J.-J. Alexandre-Souyris sur le pouvoir réglementaire des institutions en matière bancaire et financière, p. 2221, de P. Battistini sur l'ART, p. 2225 ; de J.-V. Borel sur la CRE, p. 2241, de R. Gassin sur la CNIL, p. 2251, de F. Haid sur la CSA, p. 2271 et de V. Rouit, sur la Commission des sondages, p. 2287.

19 - (18) Il faut néanmoins relever un oubli. Les rédacteurs du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 ont très curieusement ignoré la jurisprudence constitutionnelle en prévoyant, à l'art. L. 114-12-1 du Code de la sécurité sociale, qu'un décret en CE ne pourrait être édicté qu'après avis conforme de la CNIL. Cette disposition sera censurée par le Cons. const., déc. n° 2006-544 DC, consid. 38, voir infra.

20 - (19) Ainsi, il apparaît, à la lecture de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (modifiée en 2003) que celle-ci confère à la Commission de régulation de l'énergie un pouvoir réglementaire qui mérite d'être qualifié de supplétif (not. sur le site de l'autorité : www.cre.fr/fr/presentation/pouvoirs) ou subsidiaire (par S. Braconnier, « La régulation des services publics », RFDA 2001, p. 51) parce que l'article 37 de ce texte précise que l'autorité exerce ce pouvoir « en tant que de besoin », dans « le respect des dispositions législatives et réglementaires ». Il est vrai que chaque compétence attribuée à la CRE (concernant, notamment, les missions des gestionnaires de réseaux, les conditions de raccordement aux réseaux publics, les conditions d'accès aux réseaux et de leur utilisation, la conclusion de contrats d'achat...) est conférée « en application » d'un régime déterminé par la loi. De même, on peut constater que la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006, qui a institué l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), lui confie le pouvoir de « prendre des décisions réglementaires à caractère technique pour compléter les modalités d'application des décrets et arrêtés pris en matière de sûreté nucléaire ou de radioprotection, à l'exception de ceux ayant trait à la médecine du travail ».

21 - (20) Le Cons. const. n'a examiné que le seul grief présenté par les requérants, sans aucun lien avec les compétences de l'AMF, et n'a, de lui-même, soulevé d'office aucune question de conformité à la Constitution : déc. n° 2003-479 DC du 30 juill. 2003, Loi de sécurité financière, Rec. p. 409.

22 - (21) V., de façon significative, B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités

administratives secondaires », in Loi et règlement, études réunies par J.-B. AUBY aux Cahiers du Cons. const., n° 19, avr./sept. 2005.

23 - (22) René Chapus, notamment, a considéré que la jurisprudence du Cons. const. sur les AAI aboutissait à « une déconcentration du pouvoir réglementaire » puisqu'elle était fondée sur une dérogation à l'art. 21 Const. (Droit administratif général, t. 1, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 830, p. 657).

24 - (23) Pour une présentation de l'« orientation théorique et choix méthodologique de l'École Aixoise de droit constitutionnel », voir X. MAGNON, in Mélanges Favoreu, Paris, Dalloz, 2007, p. 233. L'interprétation des normes constitutionnelles étant tournée vers le juge constitutionnel, il est cohérent et logique que les membres de cette école défendent la conception du pouvoir réglementaire qui leur semble résulter de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

25 - (24) L. FAVOREU (avant-propos), Le domaine de la loi et du règlement, actes du colloque d'Aix-en-Provence, Paris/Aix-en-Provence, Economica / PUAM, 2^e éd., 1981 ; ég. « Les règlements autonomes existent-ils ? », in Mélanges Burdeau, LGDJ, 1977, p. 405 ; « Les règlements autonomes n'existent pas », RFDA 1987.871.

26 - (25) L. Favoreu, Cahiers du CFPC, oct. 1983, n° 13, p. IX.

27 - (26) V. L. Favoreu, « Le pouvoir normatif primaire du gouvernement en droit français », RFD const. 1997, p. 713.

28 - (27) Cf. le titre significatif du numéro spécial de la RRJ. Droit prospectif, précité, intitulé Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative.

29 - (28) Cahiers du CFPC, oct. 1983, n° 13, p. IX.

30 - (29) Le pouvoir résiduel est en effet un pouvoir « susceptible d'être envahi progressivement » (Cahiers du CFPC, ibid. p. XIV).

31 - (30) V. notre art., « Quelle est l'étendue du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ? », BJCL n° 8/2003, p. 549 ; ég. La loi et le règlement, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2007, p. 47 et p. 114 et s.

32 - (31) Rec. p. 38.

33 - (32) V., not., J.-M. Auby, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », AJDA 1984, p. 468 ; « Décentralisation et sources du droit », AJDA n° spéc. 1992, p. 30 ; B. Faure, Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, Paris, LGDJ, BDP n° 200, 1998 ; « Existe-t-il un pouvoir local en droit constitutionnel français ? », cette Revue 1996, p. 1539 ; « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », AJDA 1998, p. 547 ; M. JOYAU, De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif, Paris, LGDJ, 1998 ; M. VERPEAUX, « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in A.-M. LE POURHIET (dir.), Droit constitutionnel local, PUAM-Economica, 1999, p. 31 ; A. ROUX, Droit constitutionnel local, Paris, Economica, 1995, p. 64 ; Droit constitutionnel (L. Favoreu, dir.), Paris, Dalloz, 7^e éd., 2004, n° 681 ; « Le pouvoir normatif des collectivités locales, état de la question », actes du colloque de Bordeaux, Gestion et droit des collectivités locales, 19-20 sept. 2002, La Gazette des communes, coll. documents, 5 mai 2003, p. 257 ; L. FAVOREU, « Actualité des collectivités locales devant le juge constitutionnel », in J.-B. AUBY _ B. FAURE (dir.), Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles, Dalloz, 2001, p. 41 ; P.-L. Frier, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », AJDA 2003, p. 559 ; X. Magnon, « Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales. Nouveau bilan après la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 sur le statut de la Corse », RRJ 2003 p. 2757.

34 - (33) Rapport n° 27 de R. Garrec (Sénat, 2002-03), p. 83.

35 - (34) Rapport n° 86 de R. Garrec (Sénat, 2002-03), p. 21. Cette position figure également dans le rapport de l'Assemblée nationale, qui reconnaît un « caractère subordonné et encadré » à ce pouvoir que la révision constitutionnelle n'a d'ailleurs « pas pour objet de remettre en cause » : cf. Rapport n° 376 de P. Clément (AN 2002-03), p. 89.

36 - (35) GDCC, déc. n° 39, CSA, Dalloz, 13^e éd., p. 701.

37 - (36) GDCC, ibid.

38 - (37) Pour J.-F. Lachaume, le pouvoir réglementaire est « subordonné » et « limité » dans le sens

où il s'agit de préciser « les détails d'application de la loi », Droit administratif, Paris, PUF, coll. Thémis, Les grandes décisions de la jurisprudence, 13^e éd., 2002, p. 144. De façon plus générale, J.-F. Brisson et A. Rouyère considèrent que, « d'un point de vue juridique, l'autorité administrative, investie du pouvoir réglementaire, mais dépourvue de légitimité politique, ne peut être qu'une autorité subordonnée » (Droit administratif, Paris, Montchrestien, 2004, p. 200).

39 - (38) Ce pouvoir est qualifié de « spécial », ou « spécialisé », not. par L. FAVOREU et alii, Droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2004, p. 550 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, Précis de droit administratif, Paris, Montchrestien, 4^e éd., p. 73 ; Ch. GUETTIER, Institutions administratives, Paris, Dalloz, 2^e éd. 2002, p. 96 ; Y. GAUDEMET, Traité de Droit administratif, t. 1, Paris, LGDJ, n^o 16^e éd., 2001, n^o 154, p. 85 ; M. GENTOT, Les AAI, Montchrestien, coll. Clefs, 1991, p. 76 ; J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP 1986, I 3254, § 7. Ces auteurs reprennent ég. d'autres caractères cités.

40 - (39) Caractère utilisé par S. Braconnier pour désigner le pouvoir réglementaire de la Commission de régulation de l'électricité, « La régulation des services publics », RFDA 2001, p. 51.

41 - (40) V. J.-L. AUTIN et C. RIBOT, Droit administratif général, Paris, Litec, 2^e éd., 2003, p. 63 ; O. Henrard concernant le pouvoir de l'ASN, « L'information du public en matière de sécurité nucléaire après la loi du 13 juin 2006 », AJDA n^o 38/2006, p. 2113, ou encore cf. la réponse du CSA à un questionnaire qui lui a été adressé dans le cadre des travaux de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, AN n^o 3166 (XII^e législature) _ Sénat n^o 404 (2005-2006), t. II, n^o 14.1.1. Certains auteurs s'interrogent sur ce caractère. C'est le cas de J.-Y. Chérot, « Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1^{er} de la Constitution », n^o spécial de 2001 de la RRJ, op. cit., p. 2197. De même, dans une étude exhaustive mais maintenant ancienne, C. Teitgen-Colly considère que le pouvoir réglementaire des AAI dévolu par le législateur ne peut être que résiduel parce que la loi ne peut limiter la compétence constitutionnelle du Premier ministre. C. Teitgen-Colly devait, toutefois, reconnaître que l'empiétement du Premier ministre sur la compétence des AAI « pose en pratique quelques problèmes » (« Les instances de régulation et la Constitution », cette Revue, 1990, p. 177).

42 - (41) Rapport public 2001, Études et Documents n^o 52, Paris, La Documentation française, 2001, p. 295. Usant des mêmes termes pour qualifier le pouvoir des AAI, voir B. STIRN, Les sources constitutionnelles du droit administratif, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 4^e éd., 2004, p. 142.

43 - (42) Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, AN n^o 3166 (XII^e législature) _ Sénat n^o 404 (2005-2006) de M. Patrice Gélard, déposé le 15 juin 2006 sur Les autorités administratives indépendantes, t. I, p. 54.

44 - (43) V. M. VERPEAUX, La naissance du pouvoir réglementaire, Paris, PUF, 1991 et de ce même auteur, « le pouvoir réglementaire », in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit. (not. les conclusions de l'article).

45 - (44) V., not. J.-B. AUBY, La décentralisation et le droit, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2006.

46 - (45) Nous empruntons les expressions « règlements d'exécution de la loi » et « règlements pris en application de la loi » à J.-M. Auby (AJDA 1984, p. 470) ; voir infra.

47 - (46) J.-C. VENEZIA, « Les mesures d'application », in Mélanges Chapus, Paris, Montchrestien, 1992, p. 676.

48 - (47) V. notre ouvrage, La loi et le règlement, op. cit., p. 148.

49 - (48) Lorsque l'AI ne respecte pas son domaine de compétence, le juge administratif annule son règlement (ex. CE, 16 nov. 1990, S.A. La Cinq, Leb. p. 329 ; CE, 3 juill. 2000, Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres, Leb. p. 289) ou l'arrêté ministériel d'homologation (ex. CE, 26 janvier 2000, M. Jean Pauc, Leb. p. 798).

50 - (49) J.-M. Auby, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales », AJDA 1984, p. 468.

51 - (50) Il n'est pas envisageable de recenser les études qui traitent de ce fondement du pouvoir normatif. La littérature est inépuisable. Néanmoins, méritent d'être relues avec attention la thèse de Bertrand Faure sur Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, Paris, LGDJ, 1998 et celle

plus ancienne de Jean-Claude DOUENCE, Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, Paris, LGDJ, 1968.

52 - (51) Cette distinction est méconnue parce que les réflexions sur la portée du pouvoir réglementaire se sont toujours focalisées sur la distinction entre le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir réglementaire d'exécution de la loi. Cette discussion, qui a été vive et essentielle à une certaine époque, s'est depuis cristallisée dans les principaux manuels de droit administratif. René Chapus, notamment, considère que « les types de règlements édictables » sont « les règlements d'exécution des lois » et « les règlements autonomes » (Droit administratif général, t. 1, op. cit., n° 831 et s.).

53 - (52) V. B. Faure, qui désigne cette distinction comme un « subterfuge » qui « trahit davantage le souci de contourner la difficulté que d'affronter l'hypothèse d'une concurrence des administrations dans la mise en oeuvre des lois, d'un partage d'un seul et même pouvoir » (Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit., p. 135). De même, J.-Y. Chérot estime qu'il est difficile de voir la différence entre le pouvoir d'exécution et celui de mise en application de la loi (« Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire... », op. cit., p. 2193).

54 - (53) Sur cette ambiguïté, voir notre ouvrage, La loi et le règlement, op. cit., p. 113.

55 - (54) Décisions précitées n° 86-217 DC, consid. 58 ; n° 88-248 DC, consid. 15 ; n° 89-260 DC, consid. 30 ; n° 96-378 DC, consid. 11 ; n° 2004-497 DC, consid. 6 ; n° 2006-544 DC du 14 déc. 2006, consid. 37.

56 - (55) Déc. préc. n° 86-217 DC, consid. 60.

57 - (56) Alors que la jurisprudence est clairement établie, le législateur a récemment commis le même type d'erreur. Il a introduit un article L. 114-12-1 dans le Code de la sécurité sociale qui prévoyait que le « contenu ainsi que les modalités de gestion et d'utilisation » du répertoire national relatif aux bénéficiaires des prestations de sécurité sociale « sont fixés par décret en Conseil d'État, après avis conforme de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ». La disposition a été déclarée contraire à l'article 21 de la Constitution : déc. préc. n° 2006-544 DC, consid. 38.

58 - (57) Les diverses questions que la loi laisse à l'AMF le soin de régir dans le cadre de son règlement général sont énumérées à l'article L. 621-7 du Code monétaire et financier. Leur champ est fort étendu.

59 - (58) P.-A. JEANNENEY, « Le Régulateur producteur de droit », in Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, op. cit., p. 45.

60 - (59) P. ROSANVALLON, La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance, Paris, Seuil, 2006, p. 115.

61 - (60) P. Rosanvallon, ibid., p. 115-116.

62 - (61) Dans sa réponse au questionnaire précité (voir rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, op. cit. n° 14.1.1), le CSA considère que « sa marge d'intervention est aujourd'hui extrêmement restreinte par le grand nombre et la complexité des décrets d'application de la loi de 1986 ».

63 - (62) L'homologation relève également de la mise en application de la loi. Elle ne peut être effectuée que dans les conditions prévues par la loi et ses décrets d'application.

64 - (63) Pour la présentation des divers pouvoirs réglementaires de l'ARCEP soumis ou non à homologation, on se reportera à la nomenclature exhaustive présentée dans La lettre de l'Arcep, n° 55, mars/avril 2007, p. 16. Elle est consultable sur le site Internet de l'autorité (www.arcep.fr).

65 - (64) C. FARDET, L'homologation en droit administratif, thèse Univ. Paris II, 1996, dact., p. 165 ; du même auteur, voir « La notion d'homologation », Droits, n° 28, 1998, p. 181 ; « Auteur, coauteur, perfecteur », in Dictionnaire de la culture juridique, Paris, PUF/Lamy, 2003.

66 - (65) L'art. 4 de la loi prévoit, en effet, que les « décisions réglementaires » de l'ASN sont « soumises à l'homologation des ministres » et que « les arrêtés d'homologation et les décisions homologuées sont publiés au Journal officiel » (art. 4).

67 - (66) Rapport public 2000, Études et Documents n° 51, Paris, La Documentation française, 2000, p. 106.

68 - (67) Rapport AN n° 2976 de A. Venot, 31 mars 2006, p. 40.

69 - (68) L'homologation ne correspondait pas à « une compétence liée » : Rapport AN n° 2976 de A. Venot, 31 mars 2006, p. 41. L'un des membres de la Commission, F. Brottes, n'hésista pas à affirmer que l'homologation « participait des pouvoirs régaliens de l'État ». C'est dire...

70 - (69) Le collège de la CRE comprend en outre un membre désigné par le Président du Conseil économique et social.

71 - (70) Mais ce rapprochement avec le Conseil constitutionnel est-il heureux ?

72 - (71) V. la déclaration de politique générale du Premier ministre François Fillon (AN 3 juill. 2007) dans laquelle il propose que le contrôle parlementaire soit étendu à la désignation des responsables des AAI. Voir également la proposition n° 8 du Comité Balladur.

73 - (72) Pierre Brunet a montré qu'« il n'y a pas de magie de la représentation, pas plus qu'il n'y a de mythe ou de fiction. Il n'y a que des doctrines de la représentation qui toutes visent un but précis, procèdent d'une nécessité spécifique et dont l'origine est à chercher aussi bien du côté des interprètes du système constitutionnel que du côté des acteurs de ce système » (P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, LGDJ / PUR / Bruylant, 2004, p. 349).

74 - (73) G. CANIVET, « Légitimité du juge », in *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004. V. ég. M. Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », op. cit., p. 537 ; P. Bouretz, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation. L'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 71.

75 - (74) Y. Gaudemet, « Les actions administratives informelles », op. cit., p. 648.

76 - (75) L'accusation d'inefficacité ne s'adresse qu'aux autorités politiques et non à l'État, qui trouve, au contraire, dans le droit de la régulation la capacité d'étendre son « champ d'action », cf. M. Collet, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « postmoderne », op. cit., p. 144 ; « La création des AAI : symptôme ou remède d'un État en crise ? », *Regards sur l'actualité*, n° 330, avr. 2007, p. 5.

77 - (76) Rapport Sénat n° 206 de Ph. Marini, 12 mars 2003, t. I, p. 52.

78 - (77) P.-A. Jeanneney, « Le Régulateur producteur de droit », op. cit., p. 51.

79 - (78) Ibid.

80 - (79) G. Timsit, « Normativité et régulation », *Cahiers du Cons. const.*, op. cit.