



HAL
open science

De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes

Tiphaine Rombauts-Chabrol

► **To cite this version:**

Tiphaine Rombauts-Chabrol. De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes. Michel Clapié; Sébastien Denaja; Pascale Idoux. Indépendance(s). Mélanges offerts au Professeur Jean-Louis Autin, 1, Presses de l'Université de Montpellier, pp.407, 2011, 979-10-91076-00-5. hal-01987840

HAL Id: hal-01987840

<https://hal.science/hal-01987840>

Submitted on 22 Oct 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DE LA MAGISTRATURE AU MAGISTERE

Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes

Tiphaine ROMBAUTS

*Allocataire de recherche - Chargé d'enseignements
Université Montpellier I
(CREAM)*

« La volonté individuelle de qui que ce soit n'a pas plus d'influence sur l'existence ou la destruction de la civilisation qu'elle n'en a sur la pousse des arbres ou la composition de l'atmosphère. » FLAUBERT¹

1. - Moral(e) ou d'influence, le magistère ou la magistrature dont sont inévitablement pourvues les autorités administratives indépendantes (AAI) reste autant chose acquise qu'impénétrable. La nature comme les fonctions de ce pouvoir si particulier demeurant fuyantes, leur interrogation ne perd pas de son actualité ; le débat sur la qualification de « la magistrature d'influence [comme] institution ou simple méthode du droit public interne »² ne paraît pas s'essouffler. Pour autant, les termes mêmes utilisés régulièrement comme synonymes du pouvoir d'influence des AAI, loin d'être parfaitement interchangeables ou neutres, révèlent une dichotomie dont la prise en compte n'est pas sans intérêt quant à la saisine du phénomène.

2. - Un simple rapprochement lexical entre l'entité *autorité administrative indépendante* et l'instrument *pouvoir d'influence* tendrait, sinon à postuler leur consubstantialité, à tout le moins à mettre en lumière l'intérêt de les interroger ensemble. En effet, selon une acception courante, l'influence recouvre le « pouvoir social (...) qui amène les autres à se ranger à son avis » (*Petit Robert*). Quant à l'autorité, appellation et attribut de

¹ G. FLAUBERT, *Correspondance*, Lettre à Louise Colet du 9 décembre 1852, Bibl. de la Pléiade, Tome III, Gallimard, 1991.

² Ch. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *Rev. Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1993 n°30, p. 143.

l'AAI, elle recouvre aisément la définition matérielle de l'autorité développée par Georges BURDEAU, comme « pouvoir d'obtenir, sans recours à la contrainte physique, un certain comportement de la part de ceux qui lui sont soumis »³. Tout l'intérêt de postuler cette liaison réside dans la possibilité offerte d'extraire l'analyse d'un angle purement organique, nœud d'une difficulté doctrinale éternelle pour les autorités indépendantes. Toute la dichotomie, de la magistrature au magistère d'influence, repose sur cette difficulté institutionnelle.

3. - Le pouvoir d'influence des AAI est l'une de leurs caractéristiques les plus discutées et les moins univoques. De première importance, d'abord, parce que limiter le fruit de l'action de ces autorités aux seules situations dans lesquelles elles exercent un véritable pouvoir de décision juridique revient à « gravement sous-estimer l'impact de l'action des AAI »⁴. Ensuite, parce que c'est justement à l'aune de ce pouvoir d'influence que certaines entités ont pu être qualifiées d'AAI⁵. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs en ce sens noté que « peu importe (...) que les autorités administratives indépendantes n'édicte pas toutes et exclusivement des décisions exécutoires dès lors que leur pouvoir d'influence et de persuasion, voire 'd'imprécation', aboutit au même résultat »⁶. L'appréciation de leur efficacité doit s'opérer à l'aune de la globalité de leur action sur le secteur ou la matière dont il leur appartient de connaître. En d'autres termes, « c'est la conjonction de leur organisation particulière et de leurs pouvoirs propres qui en fait de véritables autorités »⁷.

4. – Pour importantes qu'elles soient, les fonctions de *catégorisation* et d'*analyse de la performance* des AAI n'épuisent pas l'intérêt de leur pouvoir d'influence ; ne serait-ce qu'en raison de la permanence, trois décennies après leur apparition, d'un débat sur leur situation institutionnelle dans l'appareil administratif. Sans prétendre en être la clef ultime, l'étude de leur pouvoir d'influence peut contribuer à une approche théorique de cet « objet juridique non

³ G. BURDEAU, « L'autorité » in *Encyclopaedia Universalis*, 1990.

⁴ J.-L. AUTIN, « Autorités administratives indépendantes » in *JCl Administratif*, Fasc. 75, § 56, 2009.

⁵ V. P. GELARD, *Les autorités administratives indépendantes. Evaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, Tome I, AN n°3166, S n°404, juin 2006, p. 33-34.

⁶ CONSEIL D'ETAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, Considérations générales, EDCE n°52, p. 290.

⁷ G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, Tome II, PUF, p. 448 ; cité par CONSEIL D'ETAT, Rapport public 2001 préc. et M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, coll. Clefs-Politique, Montchrestien, 1991, p. 48.

identifié »⁸ qu'est l'autorité administrative indépendante. Il serait toutefois présomptueux de prétendre déterminer autant le contenu de ce pouvoir d'influence que d'en épuiser l'interrogation. Telle n'est d'ailleurs pas la problématique ici envisagée.

5. - En effet, la question de la nature et des fonctions du pouvoir d'influence des AAI ne peut se résoudre dans une énumération d'instruments plus ou moins communs à différentes entités dont la diversité semble l'unique caractère inaliénable. De nombreux auteurs évoquent les diverses manifestations d'un tel pouvoir sans s'accorder sur aucune typologie définitive. Aussi, l'étude de ce pouvoir a tout intérêt à s'inscrire dans la problématique plus large de la légitimité de ces autorités dont dépend leur efficacité. Pour ce faire, à l'observation d'une **magistrature d'influence verticale**, c'est-à-dire reposant sur un certain nombre d'instruments spécifiquement confiés par le législateur à une entité pour l'exercice d'une mission particulière, il peut être pertinent de substituer celle d'un **magistère d'influence horizontal**.

6. - Si la distinction lexicale revêt une force particulière, le changement de focal en est tout autant paré. Evoquer une *magistrature d'influence* pour qualifier ce pouvoir spécifique des AAI renvoie à l'idée d'exercice d'une fonction dont pourrait être investie n'importe quelle entité. L'influence s'attache plus à la charge qu'à l'organe qui l'assume. Figurer un *magistère d'influence* restitue à l'organisme sa spécificité. L'autorité administrative indépendante exerce un magistère d'influence sur un secteur – ou relativement à un objet – déterminé parce que son autorité est admise par ses destinataires. Le pouvoir d'influence n'est ainsi plus un outil parmi d'autres, une compétence dévolue ou un minimum par défaut, mais renvoie à la raison d'être même de leur titulaire, qui « se heurte à une autorité souveraine ou doit donner l'impression de ne pas s'intégrer à une organisation usant de cette souveraineté »⁹. Mme Chantal CARPENTIER notait dans le même sens, à propos de la magistrature d'influence en droit public français, que « c'est la puissance de celui qui subit l'influence qui [en] détermine l'existence », en l'opposant, toujours sur une échelle d'effectivité juridique verticale, à « un contre pouvoir plus contraignant, un pouvoir de contrôle sanctionné juridiquement »¹⁰. Son analyse peut être reportée sur une lecture

⁸ « Evaluation d'un objet juridique non identifié », sous-titre du Rapport P. GELARD, 2006, préc.

⁹ Ch. CARPENTIER, *op.cit.*

¹⁰ Ch. CARPENTIER, *op. cit.*

horizontale d'un pouvoir qualifié de magistrère d'influence des autorités administratives indépendantes, dépendant plus de sa réception par ses destinataires et bénéficiaires que prenant source dans un système institutionnel dans lequel il est impossible de les situer avec certitude.

Ainsi, la magistrature d'influence semble insuffisante théoriquement en ce qu'elle s'analyse comme un *donné* institutionnel (I), alors que le magistrère d'influence gagne en pertinence à pouvoir être le produit d'un *acquis* personnel de l'autorité qui en est parée (II).

I. - L'APPROCHE INSTITUTIONNELLE INSUFFISANTE DE LA MAGISTRATURE D'INFLUENCE

7. - Selon MONTESQUIEU, « dans toute magistrature, il faut compenser la grandeur de la puissance par la brièveté de sa durée »¹¹. La magistrature renvoie à une charge, celle du magistrat, dont la puissance ne dépend pas de l'homme qui l'exerce mais des pouvoirs qu'elle confère en droit. Ainsi, la « puissance », ou plus simplement l'efficacité, l'effectivité, d'une magistrature s'analyse verticalement, à l'aune des prérogatives dont se voit doter celui qui l'exerce. Or, ce terme a vocation à recouvrir la face non coercitive des pouvoirs des AAI, loin de toute « grandeur et puissance » juridique mais dont l'efficacité dépend de leur manière d'en user et, en somme, de la personnalité qui l'exerce.

En ce sens, analyser le pouvoir d'influence des AAI comme une magistrature *verticale*, c'est-à-dire comme une fonction qui tire son efficacité d'une capacité d'action concrètement quantifiable, prédéterminée, légalement encadrée et, finalement, positionnée dans un appareil administratif traditionnel, est trop réducteur car peu spécifiant. Cette verticalité est tout à la fois fragmentée (A), eu égard à l'absence d'unité des instruments qui la composent, et fragmentaire (B), en ce qu'elle ne peut prétendre attacher une portée systématique auxdits outils.

¹¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre II, Chap. III, 1758.

A. - UNE VERTICALITE FRAGMENTEE

8. - Traditionnellement, le pouvoir d'influence est présenté comme recouvrant divers rôles de conseil, avis, investigation, proposition, recommandation ou contrôle, pouvoir « propre à conférer une fonction juridique et sociale importante à divers organismes qui n'ont pas celui de décider et qui sont aisément considérés comme des AAI »¹². Malgré l'absence de tout consensus doctrinal, ces différents outils peuvent être regroupés autour de deux fonctions. D'un côté, un « pouvoir de savoir » permettant à l'autorité d'accéder à l'information. D'un autre côté, un « pouvoir de faire savoir »¹³ lui conférant la possibilité de la répercuter. Ainsi l'entité exercera son influence soit en accédant à l'information lui permettant de répondre à une question qui lui a été posée, soit en alertant – un secteur, les pouvoirs publics ou l'opinion publique – sur une situation dont ses facultés de « savoir » lui auront donné connaissance¹⁴.

9. - Ainsi en est-il du pouvoir d'émettre des avis, souvent présenté comme « le pouvoir minimum confié aux autorités administratives indépendantes »¹⁵. L'avis rend directement compte des résultats de leur faculté de savoir sur une question donnée. Cette faculté est d'autant renforcée qu'existent nombre de procédures nécessitant un avis obligatoire d'une AAI. Par exemple, un administré se voyant opposer un refus de communication d'un document par l'Administration doit obligatoirement saisir la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) avant d'exercer tout recours juridictionnel¹⁶. De même, le rapport public annuel bénéficie d'un retentissement important, et répond à une sorte de dualité fonctionnelle des AAI à qui il appartient également de « s'adresser directement à l'opinion,

¹² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, 15^e Ed., § 296, coll. Domat droit public, Montchrestien, 2001.

¹³ Expressions empruntées à M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in P. GELARD, *Les autorités administratives indépendantes...*, Rapport préc., Tome II, Section 8, § 8.1.2. et s.

¹⁴ Pour un exemple récent, v. les articles de la presse généraliste sur l'alerte donnée par le président de la CNIL, Alex TÜRK, sur les fichiers de la société Acadomia, régulièrement à injurieux à l'endroit de leurs employés et clients. Par ex. : F. JOHANNES, « La CNIL adresse un sévère avertissement à l'entreprise de soutien scolaire Acadomia », *Le Monde* du 29 mai 2010.

¹⁵ CONSEIL D'ETAT, Rapport public 2001 préc., p. 308.

¹⁶ Loi n°78-753 du 17 juill. 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, art. 20 modif. par Ordo. n°2009-483 du 29 avril 2009, Art. 9.

celle du secteur dans lequel elles interviennent ou, plus largement, à celle du pays tout entier pour l'informer ou la faire réagir »¹⁷.

De manière encore plus topique identifie-t-on l'exercice de ce pouvoir d'influence au travers des recommandations que rendent de nombreuses AAI. Consistant en « une invitation pressante (...) d'adopter un comportement, de procéder à une réforme, de modifier une réglementation ou de proposer au Parlement une modification législative », cet outil serait « l'arme de choix »¹⁸ des autorités indépendantes. Leur portée est telle que le Conseil d'Etat a pu leur reconnaître parfois le caractère d'actes faisant grief et permettre ainsi qu'elles soient déférées au contrôle du juge de l'excès de pouvoir¹⁹. Et même lorsque tel n'a pas été le cas, un commentateur a considéré que « si la recommandation n'est pas en principe une norme en droit, elle est cependant perçue au minimum par ses détracteurs comme une norme de fait (...) et devient parfois une 'quasi norme' si on considère sa fonction et son effectivité »²⁰.

10. - Pour incontestable que soit l'efficacité de ces outils, au point de pouvoir être parfois soumis au contrôle du juge administratif, leur simple existence ne peut attester de la réalité d'un pouvoir d'influence aux mains de leur titulaire. D'autant que la variété des attributions des AAI dilue la spécificité de leurs outils, à l'instar de l'hétérogénéité de leurs statuts. Entre actes normatifs et non normatifs²¹, avertissements et observations publiques le disputent aux mises en demeure et mises au point. L'absence d'unité non seulement des outils mais encore de leur traitement législatif et jurisprudentiel ne semble pas permettre une systématisation du pouvoir d'influence des autorités indépendantes, encore moins de constituer le motif de son succès particulier. Certes, les AAI exercent une influence lorsqu'elles rendent un avis ou interpellent directement les médias sur une question donnée. Mais il ne peut être conclu que cela découle du seul fait qu'elles disposent d'un pouvoir d'avis ou, plus généralement, d'un « pouvoir de faire savoir », sans se livrer à un saut qualitatif qui ne va pas de soi. Le caractère empiriquement fragmenté de la distribution des

¹⁷ F. GAZIER, Y. CANNAC, *Etude sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE 1983-1984 n°35, p. 13 et s.

¹⁸ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, préc.

¹⁹ CE Ass., 20 mai 1985 *Labbé et Gaudin*, à propos d'une recommandation de la Haute autorité de la communication audiovisuelle. V. ccl. ROUX, *RFD adm.* 1985 p. 556.

²⁰ J. FRAYSSINET, note ss CE 27 sept. 1989 *SA Chopin*, *JCP G* 1990.21525.

²¹ J.-L. AUTIN, « Entre l'acte normatif et l'acte non normatif. L'exemple de l'action des autorités administratives indépendantes », in J.-M. PONTIER (ss dir.), *Les états intermédiaires en droit administratif*, Journée d'étude du 15 juin 2007, coll. CRA, PUAM, 2008, p. 75.

instruments aux mains des AAI fait perdre à la magistrature d'influence une première part de son intérêt théorique.

B. - UNE VERTICALITE FRAGMENTAIRE

11. - Le caractère fragmenté d'une magistrature d'influence qui fonderait sa puissance sur une lecture institutionnelle de ce pouvoir, en tirant sa légitimité de la détention de prérogatives conférées par le législateur, *par le haut*, n'explique ni ne spécifie le pouvoir d'influence des AAI. Une telle approche reste tentante en ce qu'à terme elle peut permettre, *mutatis mutandis*, d'inscrire les diverses autorités dans la traditionnelle pyramide administrative, en fonction de leurs prérogatives. Ainsi, le Professeur J.-L. AUTIN²² identifie ce pouvoir autour de prérogatives « classiques et modestes » relevant d'une « fonction incantatoire » et d'autres « plus substantielles » révélant une véritable « autorité morale », dans des situations conduisant les AAI à collaborer avec les juridictions ou procéder au règlement de différends. Un tel traitement, s'il permet de saisir au mieux les différents instruments techniques aux mains des AAI afin de comprendre leurs rapports complexes avec les autres actes et autorités juridiques, n'interdit pas d'être dépassé pour appréhender la globalité d'un phénomène que la verticalité morcèle, fragmente. Deux autres séries de motifs abondent en ce sens.

12. - En premier lieu, si la puissance d'influence d'une AAI lui provient *d'en haut*, essentiellement de la loi – de la Constitution pour le Défenseur des droits de demain ? – existe-t-il de véritables magistratures d'influence ? Autrement dit, une autorité administrative indépendante peut-elle réellement mener à bien sa mission en usant exclusivement de moyens non coercitifs ? La réponse n'est pas si simple.

Le Médiateur de la République semble de prime abord revêtir les atours d'une magistrature d'influence « pure ». L'essence de sa mission est d'orienter, infléchir et corriger²³ au moyen d'investigations, d'avis et de recommandations, dans la position d'un « homme lige de l'équité et d'elle seule » qui se doit de rester « indépendant de tous »²⁴. Son

²² In J.-L. AUTIN, *JCI Administratif*, Fasc. 75 préc.

²³ V. F. GAZIER, Y. CANNAC, étude préc.

²⁴ P. MESSMER, Déclaration de politique générale, à propos de la création du Médiateur, Sénat, séance du 12 déc. 1972.

indépendance et son expertise en matière de relations des citoyens avec l'Administration l'a conduit à proposer 712 réformes durant ses trente premières années d'existence. Le Médiateur n'hésite pas à affirmer qu'il « ne détient aucun pouvoir de décision mais s'appuie sur l'autorité morale qui lui est reconnue et utilise, avant tout, un 'pouvoir de persuasion', bien distinct d'un pouvoir de réglementation »²⁵. Mais ce *pouvoir de persuasion* n'est-il pas sensiblement différent d'une magistrature d'influence ? Si le Médiateur use très rarement de ses prérogatives contraignantes, il n'en dispose pas moins : injonction, saisine de la juridiction répressive, substitution à l'autorité hiérarchique dans l'engagement d'une procédure disciplinaire²⁶... Il ne peut être affirmé que l'efficacité des outils utilisés par le Médiateur de la République dépend plus de leur caractère non coercitif que de l'existence, telle une épée de Damoclès, d'autres instruments juridiquement contraignant, fussent-ils rarement mis en œuvre. Le pouvoir de persuasion, vertical, institutionnalisé, semble s'inscrire à mi-chemin de l'influence et du comminatoire.

La Commission nationale du débat public (CNDP) pourrait prétendre au titre de magistrature d'influence en ce qu'elle ne dispose pas de pouvoir de contrainte. Chargée, en certains domaines, d'organiser le débat public, elle se contente de rendre compte du débat dont elle a assuré la tenue. Mais peut-on considérer qu'elle exerce une quelconque influence ? Sans la moindre possibilité d'émettre un avis, l'entité n'est que le *medium* entre savoir et faire savoir, sans pouvoir imprimer la moindre empreinte sur le contenu de l'information. Insuffisance de la verticalité, en ne disposant d'aucun pouvoir juridiquement contraignant – ne serait-ce qu'un faible pouvoir d'avis qui lui serait reconnu par la loi – cette Commission perd jusqu'à son pouvoir d'influence, son unique fonction consultative étant « même en quelque sorte neutralisée »²⁷. La verticalité pêche par tous les sommets de son échelle. L'entité dotée de pouvoirs juridiquement contraignants est aisément suspectée de n'être efficace que par la production d'un discours comminatoire, elle contraint par l'intériorisation d'une menace juridique ; celle en étant dépourvue est à ce point inoffensive qu'elle n'est même plus considérée comme une autorité consultative.

²⁵ Réponse du Médiateur de la République au questionnaire adressé pour la rédaction de l'étude de M.-A. FRISON-ROCHE, préc., citée § 8.1.2.

²⁶ Loi n°73-6 du 3 jan. 1973 instituant un Médiateur de la République modifiée.

²⁷ J.-L. AUTIN, « Entre l'acte normatif et l'acte non normatif... » préc.

13. - En second lieu, et rapidement, cette verticalité est fragmentaire en ce qu'elle n'a rien de spécifiant. En effet, comment distinguer l'autorité indépendante qui convainc en refusant d'utiliser un moyen plus contraignant, du Préfet qui préférera le dialogue avec une collectivité territoriale, le conseil, à l'exercice de son déferé à l'encontre d'un acte dont il a connaissance et doute de la régularité ? De même, comment les différencier du Médiateur du crédit²⁸, nommé dans le cadre du plan de relance auprès du Ministre en charge de l'Economie, initialement instauré pour contrôler le respect par les banques des engagements faits au Président de la République ? Ce Médiateur *ad hoc* évoquait peu après sa création²⁹ la nature de son pouvoir d'influence : présenter un rapport à la presse et surtout à l'Elysée qui n'écarterait « aucune solution » à l'encontre des banques défaillantes. Dans ces deux exemples, l'influence des autorités citées ne sera extraite que de la palette des pouvoirs à leur disposition ou, à tout le moins, à leur rattachement organique. Au-delà du renvoi perpétuel au débat sur l'appellation même d'autorité administrative indépendante, une telle analyse tend à nier le succès particulier de leur méthodologie singulière.

Aussi la réflexion peut-elle gagner, si ce n'est à changer radicalement de focal, au moins à s'enrichir d'un autre point de vue. De la magistrature au magistère, le pouvoir d'influence des AAI n'a pas de source et d'exercice que verticaux mais se réalise horizontalement en restituant une approche personnelle de ces autorités, autant attachée aux motifs de leur création qu'au succès de leur action.

II. - L'APPROCHE PERSONNELLE INNOVANTE DU MAGISTERE D'INFLUENCE

14. - Du latin *magisterium*, le « magistère » est, en alchimie, un élixir auquel étaient attribuées des vertus souveraines ; il se réfère surtout à « une autorité doctrinale, morale ou intellectuelle s'imposant de façon absolue » (*Petit Robert*). En tant qu'autorité doctrinale, la HALDE a pu être présentée comme un magistère d'influence, catalyseur d'un droit complexe et multipolaire en matière de lutte contre les discriminations³⁰. Morale ou intellectuelle,

²⁸ V. nota. F.-J. CREDOT, T. SAMIN, « Médiateur du crédit », *Rev. de droit bancaire et financier*, jan. 2009, comm. 6 ; N. JACQUET, « Médiation du crédit aux entreprises, quel bilan après un an d'existence ? », *Gestion & Fin. Pub.*, jan. 2010, p. 24.

²⁹ V. interview de R. RICOL, Médiateur du crédit, par J.-J. BOURDIN, BFM TV, 17 nov. 2008.

³⁰ V. K. GRABARCZYK, « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, un magistère d'influence ? », *RTDH* n°81, jan. 2010, p. 67.

l'autorité attachée au pouvoir d'influence des AAI tend à être lue comme une autorité personnelle – ou *l'authoritas* des romains – par rapport à l'autorité fonctionnelle – ou *potestas* – dans la classification proposée par Georges BURDEAU. En effet, si la seconde est issue des pouvoirs attachés à une fonction dans un cadre institutionnel – figure de la magistrature d'influence – la première est plus spontanée et se révèle dans l'existence d'une influence prééminente de celui qui l'exerce. Le magistère d'influence des AAI répond à l'acception de cette *authoritas* parce qu'il s'inscrit dans une sphère d'attentes horizontale (A) à l'intérêt théorique non négligeable pour l'appréhension du phénomène des AAI (B).

A. - UNE HORIZONTALITE D'ATTENTES

15. - Le pouvoir d'influence des AAI peut être analysé autrement que dans une perspective verticale, c'est-à-dire institutionnelle ou organique, trop ponctuelle et ne faisant que peu de cas de la spécificité de ces entités. En effet, les liens étroits existant entre l'histoire de la société française et la création d'autorités indépendantes sont indéniables, au moins à deux points de vue.

En premier lieu, l'actualité peut constituer un élément prégnant de la création d'une AAI. Il est ainsi parfaitement connu que l'instauration de la CNIL en 1978 s'est faite en réaction à l'émotion dans l'opinion publique et la classe politique provoquée par la création d'un fichier nominatif, baptisé SAFARI. Et si le projet de loi initialement proposé par le gouvernement était muet sur la nature juridique de l'entité qu'il entendait créer, c'est bien parce qu'elle avait vocation à répondre aux attentes d'une société qui avait été heurtée par un vide de protection que le droit positif ne semblait pouvoir combler au moyen de ses outils connus. Ainsi, l'imagination du législateur est-elle venue façonner un organisme capable d'apporter une réponse globale à une défaillance profonde en matière de garantie des libertés individuelles, pourtant mise au jour par une crise ponctuelle. Il s'agissait de combler une attente spécifique au moyen d'un outil qui ne le serait pas moins.

En second lieu, et traditionnellement, le Médiateur en 1973 et la CNIL en 1978 avant leurs nombreux homologues, interviennent dans une période de doute face aux modèles

politiques étatiques traditionnels, de renouveau du pluralisme démocratique, et constituent l'organisation « d'une réaction à l'emprise de l'Etat »³¹.

16. - Ce double type de réactions n'entraînait pas de soi la création d'un nouvel objet institutionnel et, pour que celui-ci s'inscrive durablement dans le paysage administratif, une double exigence lui était imposée, selon le Président F. MITTERRAND : une indépendance véritable, et non seulement un « camouflage » de l'Etat, ainsi qu'une inscription durable dans notre système institutionnel, et non une simple « habileté de circonstance », parce que « leur autorité morale en dépend »³². Autrement dit, il appartenait aux toutes nouvelles autorités administratives indépendantes de conquérir leur assise en usant d'une méthodologie répondant durablement à une attente particulière de la société à laquelle l'Etat moderne ne parvenait pas à répondre.

17. - Cette réponse à différentes sphères d'attentes, sociales, politiques ou économiques, constitue le point de départ d'un magistère d'influence capable de spécifier les AAI. En effet, partant d'une réflexion relative à une crise de l'Etat, le Professeur E. PISIER articule une réflexion autour des AAI basée sur un modèle, la figure du Sage, et évoque le *recours au Sages*³³ comme catalyseur d'une crise de l'art même de gouverner. Face à un désengagement de l'Etat qui réglemente et intervient, le Sage est celui qui régule et convainc, recommande et arbitre au moyen de son magistère d'influence. C'est en ce sens que « la sagesse, qui se réfère à l'indépendance prêtée à toutes les AAI, ne désigne pas la qualité des individus mais un rôle social »³⁴. Et parce que l'idée d'un rôle social ne semble pas, *a priori*, compatible avec celle d'un véritable pouvoir conféré à ces entités, leur spécificité tend à se retrouver dans leur magistère d'influence. En effet, procédant d'une autorité plus personnelle qu'institutionnelle, le siège de leur influence peut résider dans la personnalité même de l'entité – en l'occurrence dans celle des membres qui la composent – ce qui renvoie au débat traditionnel relatif à l'indépendance des AAI comme attachée à l'indépendance organique et fonctionnelle de leurs membres. Mais il peut également prendre sa source, en termes

³¹ E. PISIER, « Du recours aux Sages », *Etudes* 368/6, juin 1988, p. 773.

³² F. MITTERRAND, Entretien donné à la revue *Pouvoirs* n°45, mars 1998, cité par E. PISIER, « Du recours aux Sages » préc.

³³ E. PISIER, « Du recours aux Sages », *op. cit.*

³⁴ D. SCHNAPPER, « Journal. Défense et illustration des 'Sages' », *Pouvoirs* n°52, 1990, p. 101.

sociologiques, dans « une disposition du groupe à l'égard de celui qui commande ». Dans une telle acception, « c'est la collectivité des assujettis qui créerait l'autorité »³⁵.

18. – Ainsi, le pouvoir particulier dont jouissent les AAI, que la sémantique conduit à rattacher à un magistère plus qu'à une magistrature, ne dépend pas tant de leur positionnement institutionnel que de l'autorité que la société leur confère parce que leur action s'inscrit dans le cadre de ses attentes. Finalement, les AAI sont-elles l'avatar postmoderne de la souveraineté selon HOBBS, qui « est plus certaine si elle repose sur le consentement des assujettis que si elle ne passe que par la force »³⁶ ? Il convient de ne pas oublier que les AAI sont avant tout des entités créées par l'Etat qui exercent sur lui, comme sur de nombreux secteurs économiques, un nouveau type de contrôle dans le cadre d'un modèle d'administration qualifié par la doctrine de « polycentrique ». Et c'est dans ce cadre que le Professeur J. CHEVALLIER a pu noter, à propos du « magister moral » des AAI, que leur « légitimité découle directement de la solidité de leur ancrage social et du soutien qu'elles trouvent dans l'opinion »³⁷. Le polycentrisme recouvre nécessairement l'horizontalité du magistère d'influence des AAI et permet de les considérer comme participant de l'appareil étatique tout en ne fondant pas en lui la source de leur pouvoir d'influence, de leur efficacité, de leur légitimité. Cette horizontalité rencontre donc une assise théorique des plus tentantes.

B. - UNE HORIZONTALITE TENTANTE

19. - Les AAI, par l'exercice de leur magistère d'influence horizontal, participent autant au polycentrisme contemporain qu'elles sont un élément prégnant de sa révélation. Les motifs en sont connus, la légitimité légale-rationnelle de l'Etat moderne qui fonde la conception unitaire de l'Administration et fait de celle-ci le seul moyen de l'action publique, de l'action de l'Etat, s'étiolé et son centralisme est remis en question, accablé de tous les maux. Ainsi l'Etat qui se réforme se voit contraint d'assouplir voire de remettre en cause ses tutelles et ses hiérarchies – déconcentration, décentralisation, intercommunalité, AAI. A l'Etat postmoderne polycentrique, inscrit dans un paradigme correspondant à un affaiblissement de

³⁵ G. BURDEAU, « L'autorité » préc.

³⁶ G. MAIRET, « Hobbes, matérialisme et finitude », introduction au *Léviathan*, Gallimard, 2000.

³⁷ J. CHEVALLIER, « COB, CNCL et cie : la 'philosophie' des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, n°146, déc. 1988, p. 15.

l'Etat corrélatif à un retour de la société civile³⁸, est ainsi adjoint un droit en réseau, au centre duquel le juge revêt la figure d'Hermès³⁹, messager des dieux de l'Olympe. Au cœur de ce réseau, constitué de multiples pôles d'influence, résident les AAI dont la particularité est de disposer d'un pouvoir répondant à une multitude de sphères d'attentes, leur conférant un magistère d'influence fondé sur la *réception* de leur action par la société.

20. - En effet, des éléments d'une justification du magistère d'influence des AAI et de son succès, de son efficacité, se découvrent dans *l'esthétique de la réception* développée par l'Ecole de Constance et la critique littéraire allemande, illustrée par Hans Robert JAUSS⁴⁰. Il a développé l'idée, aujourd'hui relativement admise en matière artistique, qu'une œuvre n'existe pas simplement en soi ou uniquement par le prisme de son auteur mais qu'elle est le fruit d'un triptyque composé de l'auteur, son œuvre et son public. Une œuvre se forme aussi, peut-être surtout, par sa réception. Selon cette Ecole, ce qui fait le plus grand succès d'une œuvre par rapport à l'autre va être qu'elle s'inscrit de façon plus pertinente dans *l'horizon d'attente* du public.

21. - Or, l'AAI est cet organisme qui, par son magistère d'influence, permet une intervention plus souple de l'Etat dans des secteurs complexes ou sensibles, voire constitue un rempart pour les citoyens face à l'Administration, inscrit l'action publique et le processus normatif de manière plus efficace dans l'horizon d'attente des citoyens du fait de sa médiation face à l'Etat, dans l'horizon d'attente des opérateurs par sa souplesse et son efficacité d'encadrement du marché, dans l'horizon d'attente de l'Etat comme moyen d'intervention discrète, excentrée, non directement autoritaire... Et les propositions peuvent être largement étendues ! Ces horizons sont connus par elle du fait de son expertise, de son « pouvoir de savoir », de la légitimité qu'elle tire de son autonomie fonctionnelle et de la qualité de ses membres. L'AAI ne doit pas seulement être considérée comme spécifique parce qu'elle ne s'intègre pas parfaitement à l'appareil institutionnel traditionnel, mais gagne aussi à être lue comme un outil méthodologique répondant aux exigences de son temps. Métaphoriquement, le pouvoir d'influence des AAI institué en réseau combat la critique humoristique que le

³⁸ A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, 1998, p.148 et s.

³⁹ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (ss. dir), *La force du droit*, Ed. Esprit, 1991, p. 241.

⁴⁰ H.R. JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, coll. Tel n°169, Gallimard, 1978.

dramaturge anglais Samuel BECKETT aimait à adresser à ses contemporains : « Voilà l'homme tout entier, s'en prenant à sa chaussure alors que c'est son pied le coupable »⁴¹.

22. – En conclusion, l'on peut souligner que l'opposition entre une magistrature d'influence verticale et un magistrère d'influence horizontal n'est pas plus contradictoire qu'exclusive. Chaque conception a son intérêt – qu'il concerne une méthode d'identification d'une catégorie fuyante ou l'interrogation de l'action des entités qui la composent – et mérite d'être gardée à l'esprit aux côtés de son pendant. Dans le même sens, Mme le Professeur M.-A. FRISON-ROCHE questionne l'adéquation des pouvoirs aux missions des AAI en mettant en lumière que, traditionnellement, « si la légitimité des pouvoirs peut se fonder sur la légitimité de la source qui les constitue », dans une conception « pragmatique et *ex post* des pouvoirs, c'est le bon usage que l'on en fait qui les fonde »⁴². Peut-on, en dernier lieu, se demander si, à défaut de considérer comme suffisante la magistrature d'influence rangée au nombre des institutions du droit public, le réseau des magistrères d'influence des AAI n'en constitue pas une à prendre en haute considération ? La question semblerait d'autant plus légitime qu'un avenir proche tend à voir le Défenseur des droits absorber nombre d'autorités indépendantes existantes. Un organisme certes indépendant, mais unique et constitutionnel, répondra-t-il aux sphères d'attentes des secteurs et matières sur lesquels il est appelé à intervenir de sorte qu'il lui soit reconnu le bénéfice d'un magistrère d'influence ?

Montpellier, Juillet 2010.

⁴¹ S. BECKETT, *En attendant Godot*, Les Ed. de Minuit, 1995.

⁴² M.-A. FRISON-ROCHE, « Etude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in P. GELARD, *Les autorités administratives indépendantes...*, Rapport préc., Tome II, § 8.1.1.