



HAL
open science

**Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et
autorités administratives indépendantes françaises (AAI).
L'exemple de la "Federal Communications Commission"
(FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications
(ART)**

Dominique Custos

► **To cite this version:**

Dominique Custos. Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la "Federal Communications Commission" (FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART). Politiques et Management public, 2002, Reconfigurer l'action publique : big bang ou réforme ? Actes du onzième colloque international - Nice, jeudi 4 et vendredi 5 octobre 2001, 20 (1), pp.67-84. <10.3406/pomap.2002.2706>. <halshs-04366607>

HAL Id: halshs-04366607

<https://shs.hal.science/halshs-04366607v1>

Submitted on 29 Dec 2023

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.



HAL Authorization

Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la "Federal Communications Commission" (FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART)

Dominique Custos

Résumé

Même si la filiation entre les AAI et les IRC est indéniable, chaque catégorie véhicule une conception distincte de la régulation. Le fait que le Conseil constitutionnel assure l'insertion constitutionnelle des AAI selon des termes plus sévères que ceux de la Cour suprême à l'égard des IRC reflète, en définitive, un conditionnement propre aux caractéristiques du milieu politico-administratif, lequel est susceptible de ravalier un big-bang au niveau d'une réforme.

Citer ce document / Cite this document :

Custos Dominique. Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la "Federal Communications Commission" (FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART). In: Politiques et management public, vol. 20, n° 1, 2002. Reconfigurer l'action publique : big bang ou réforme ? Actes du onzième colloque international - Nice, jeudi 4 et vendredi 5 octobre 2001 - Tome 1. pp. 67-84;

doi : <https://doi.org/10.3406/pomap.2002.2706>

https://www.persee.fr/doc/pomap_0758-1726_2002_num_20_1_2706

Fichier pdf généré le 22/04/2018

AGENCES INDEPENDANTES DE REGULATION AMERICAINES (*INDEPENDENT REGULATORY COMMISSIONS* OU IRC) ET AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES FRANÇAISES (AAI).

L'exemple de la *Federal Communications Commission* (FCC) et de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART)

Dominique CUSTOS*

creative
commons



Persée

Résumé

Même si la filiation entre les AAI et les IRC est indéniable, chaque catégorie véhicule une conception distincte de la régulation. Le fait que le Conseil constitutionnel assure l'insertion constitutionnelle des AAI selon des termes plus sévères que ceux de la Cour suprême à l'égard des IRC reflète, en définitive, un conditionnement propre aux caractéristiques du milieu politico-administratif, lequel est susceptible de ravalier un big-bang au niveau d'une réforme.

* Université de Caen.

En France, la création des AAI intervient dans un contexte de contestation de l'Etat et est par conséquent synonyme de renouvellement des formes d'intervention de celui-ci. Du point de vue théorique, l'insertion des AAI dans le paysage administratif français est proprement révolutionnaire dans la mesure où elle prend le contrepied des principes bien établis de la séparation des pouvoirs, de l'allocation constitutionnelle du pouvoir réglementaire général et de la subordination de l'administration. La catégorie nouvelle comporte une indéniable inspiration étrangère à travers les *independent regulatory commissions* ou *agencies*¹, expérimentées depuis la fin du XIX^{ème} siècle outre-atlantique sur le modèle de l'*Interstate Commerce Commission* ou ICC². Pareille référence qui évoque un milieu d'origine certes soumis à une séparation rigide, à l'interdiction de déléguer le pouvoir législatif, et à l'unité du pouvoir exécutif mais rompu au mécanisme des poids et contrepoids (*checks and balances*) est intrinsèquement renversante. Elle charrie, en effet, une inquiétante imagerie de quatrième pouvoir osant illégitimement concurrencer les trois seuls reconnus par la Loi fondamentale.

L'emprunt du modèle américain ne saurait par conséquent valoir reproduction exacte dans un milieu d'importation travaillé en profondeur par l'exigence d'unité d'un Etat centralisé. En d'autres termes, la logique de l'importation n'est pas totale. Elle doit composer avec celle de l'acclimatation, garante de la réussite de la greffe. Dès lors, la question demeure de savoir si, à force de raboter toutes les aspérités de la nouvelle pièce qui compromettent son intégration dans le système français, on ne réduit pas la révolution potentielle à une réforme et on n'écrit pas par là-même la chronique d'un big-bang soigneusement évité.

Le caractère limité de la présente étude ne semble pas, de prime abord, permettre d'y répondre. Dans la mesure où il s'agit de comparer dans un domaine déterminé, celui des télécommunications, un exemple américain de commission de régulation, la *Federal Communications Commission* ou FCC³ et ses équivalents français, l'ART (principalement) et le CSA (accessoirement), il paraît épistémologiquement inconséquent de vouloir extrapoler les résultats obtenus et tirer des conclusions sur l'impact général des AAI sur les structures françaises. Pour autant, l'exemplarité des termes de la comparaison ne saurait être occultée. La matière choisie, en tant que créneau privilégié de formation de la richesse nationale, en tant que technique dont la maîtrise est nécessaire à la socialisation minimale des individus, en tant que vecteur de risques accrus pour les droits fondamentaux est une de celles qui interpellent le plus l'Etat régulateur. Elle offre donc un poste d'observation d'intérêt des transformations de ses méthodes d'intervention quant à la promotion de la concurrence, à la garantie du service universel et du service public, et à la protection des libertés. En outre, les autorités régulatrices retenues méritent une attention particulière. La FCC est historiquement une des 7 grandes commissions

¹ On retient l'abréviation d'IRC.

² L'ICC créée en 1887 en tant qu'agence exécutive devient indépendante en 1889. Elle a été supprimée et remplacée par le *Surface Transportation Board*. Cf. *ICC Termination Law* du 29 décembre 1995, Pub. L. 104-88.

³ Custos (D.) : *La Commission Fédérale Américaine des Communications à l'heure de la régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, 1999, 411 p.

régulatrices¹ qui ont charpenté l'administration économique américaine et elle symbolise, depuis le *Telecommunications Act* du 8 février 1996, une volonté de réinventer² les modes de l'action publique outre-atlantique dans le cadre d'un mouvement de *deregulation* inauguré dans les années 1970. L'ART apparaît à la faveur de la loi du 26 juillet 1996³, à un moment où l'existence des AAI n'est résolument plus de l'ordre de la parenthèse historique mais, au bout d'une expérience de deux décennies, s'inscrit, à l'instar de la décentralisation, comme une donnée saillante et consolidée de l'organisation politico-administrative⁴. Le législateur crée alors en France le premier organe de régulation indépendante d'un secteur anciennement monopolistique et atteste de la migration en provenance des Etats-Unis, via le Royaume-Uni et la Communauté européenne, de techniques de régulation et de la notion de service universel. En définitive, à travers la FCC et l'ART, sont considérés deux exemples singulièrement instructifs de la régulation de part et d'autre de l'océan atlantique. Il devient dès lors plausible d'envisager un certain degré de généralisation des leçons tirées de leur étude comparative.

Le mouvement migratoire n'empêche pas cependant que la notion de régulation soit entendue différemment selon que l'on se situe de tel ou tel côté de l'Atlantique (I), ni que l'insertion constitutionnelle des IRC et des AAI s'opère selon des exigences différentes (II). Il reste à déterminer combien cet état de choses reflète les caractéristiques du milieu politico-administratif (III).

Les conceptions différentes de la notion de régulation

Lorsque s'effectue la migration de la régulation vers l'Hexagone, la notion, pourtant conçue par les théoriciens néo-classiques comme l'emprise correctrice de l'Etat sur les déficiences du marché, fait l'objet d'un redéploiement qualifié de *deregulation*. Dans le même temps, la France et plus largement l'Europe cherchent à "*sortir de l'économie administrée*"⁵, autrement dit à déréglementer. L'instrument de la déréglementation française et européenne sera précisément et ironiquement la régulation que les Américains entendent réformer. Quiproquo typique du phénomène d'emprunt conceptuel, le symbole de l'intervention chez les uns se transforme en symbole du repli étatique chez les autres.

¹ Schwartz (B.) : « *The economic regulation of business and industry. A legislative history of US regulatory agencies* », Chelsea House Publishers, 1973, Vol. 1, p. 4-5.

² L'expression *Reinventing Government* est à la fois le titre d'un ouvrage et le nom du programme lancé par l'administration Clinton-Gore. Dans le texte du 8 février 1996, il se traduit par un titre 4 intitulé *Regulatory Reform*. Cf. Osborne (D.) et Gaebler (T.) : "*Reinventing Government : How entrepreneurial spirit is transforming the public sector*", 1992 ; Gore (A.) : "*From red tape to results : Creating a government that works better and costs less*", 1993 ; Bernier (L.) et Lemoine (L.) : '*Reinventing Government*'. Une réforme de l'Etat à la mode américaine », *Sciences de la société*, n°43, février 1998, p. 111-130.

³ Loi n°96-659 du 26 juillet 1996, JO Lois et décrets du 27 juillet 1996, p. 11384.

⁴ Conseil d'Etat, Rapport Public 2001, Etudes et Documents n°52, p. 253-462.

⁵ Cohen (E.) : "*L'ordre économique mondial. Essai sur les autorités de régulation*", Fayard, 2001, 305 p. Ici p. 224.

La conception américaine de la régulation

Aux Etats-Unis, la *regulation* revêt une double acception. Elle s'entend à la fois d'une fonction et d'un acte juridique. En tant que fonction, largement définie, elle est synonyme de toute intervention de la puissance publique dans le déroulement des activités économiques et sociales¹; elle est ainsi la marque d'un Etat interventionniste soucieux de compenser les déraillements du marché ; strictement définie, elle se démultiplie en trois sous-fonctions (législative, exécutive et juridictionnelle) susceptibles d'être dévolues à toute autorité régulatrice que celle-ci soit rattachée à l'exécutif ou indépendante². En tant qu'acte juridique, elle constitue une des formes d'accomplissement de la régulation-fonction strictement perçue. En ce sens, elle est le résultat de la production réglementaire de ladite autorité qui, en vertu d'une délégation octroyée par le Congrès et en raison de son ampleur au sein de l'administration indépendante, est assimilée à l'exercice de la fonction législative. Régulation-fonction ou régulation acte-juridique, elle évoque directement l'emprise de l'Etat sur la société civile. Régulation-acte juridique, elle concentre les accusations d'omniprésence de la main étatique et constitue la cible première des campagnes de *deregulation* ou de déréglementation³ qui visent les agences indépendantes aussi bien que les commissions exécutives.

Ces vagues déferlent sous forme de textes d'application générale portant rationalisation de l'activité normative. Ainsi le *Paperwork Reduction Act* de 1980 modifié en 1995 qui exige des agences une évaluation préalable des procédures administratives, le *Regulatory Flexibility Act* de 1980 renforcé en 1996 par le *Small Business Regulatory Enforcement and Fairness Act* qui les force à assouplir leur règles à destination des petites entreprises, le *Government Performance and Results Act* qui les contraint à planifier leurs activités et à procéder à une analyse comparative des objectifs et des réalisations. Ainsi le *Negotiated Rulemaking Act* qui en 1990 formalise l'option de la réglementation négociée que nombre d'entre elles pratiquaient déjà de façon informelle ; il doit être rapproché de l'*Alternative Dispute Resolution Act* de la même année qui les autorise à s'effacer devant un arbitre privé dans le règlement des litiges. La volonté de déréglementation peut également s'exprimer à travers des textes spécifiques réorientant la fonction régulatrice sectorielle⁴, telles les réformes de la régulation du transport aérien, routier ou ferroviaire, de la distribution du gaz ou de l'électricité, des télécommunications.

¹ L'*economic regulation* qui concerne l'économie tout entière ou un secteur déterminé est distinguée de la *social regulation* qui est assurée en matière d'environnement, de relations de travail, de droits civiques, de protection des consommateurs.

² Custos (D.) op. cit. p. 51.

³ Custos (D.) op. cit. p. 92-99 ; 105-111.

⁴ En dehors des initiatives présidentielles et juridictionnelles, le coup d'envoi proprement législatif a été lancé tout d'abord dans le transport ferroviaire avec le *Railroad Revitalization and Regulatory Reform Act* de 1976 complété par le *Staggers Rail Act* de 1980, s'est poursuivi dans le transport aérien avec l'*Airline Deregulation Act* de 1978 (le *Civil Aeronautics Board* ou CAB est supprimé par le *CAB Sunset Act* de 1984), dans le domaine de l'énergie gazière avec le *Natural Gas Policy Act* de 1978 complété par le *Natural Gas Decontrol Act* de 1989, dans le transport routier avec le *Motor Carrier Act* de 1980 complété par le *Negotiated Rates Act* de 1993 et le *Trucking Industry Regulatory Act* de 1994, dans le domaine de l'énergie électrique avec l'*Enegy Policy Act* de 1992 et dans le domaine des télécommunications avec le *Telecommunications Act* de 1996.

Cette dernière, concoctée par le Congrès en 1996, fidèle au schéma appliqué aux industries de réseau, clôt l'ère de la régulation-susstitut de la concurrence correspondant à l'ancien cadre monopolistique et ouvre l'ère de la régulation promotrice de la concurrence correspondant au nouveau cadre concurrentiel. D'abord, elle réduit les tâches de la FCC soit en autorisant la sous-traitance, soit en rendant facultatif l'exercice de certaines compétences, soit en allégeant la procédure d'adoption de certains actes. Ensuite et surtout elle impose deux nouvelles obligations à la FCC. D'une part, la Commission doit s'abstenir d'appliquer des dispositions législatives ou réglementaires à l'égard d'une entreprise ou d'une prestation ou d'une catégorie d'entreprises ou de prestations si trois conditions sont réunies, dont celle de la promotion ou du renforcement de la concurrence¹. D'autre part, elle doit réviser tous les deux ans ses propres règles et les modifier ou les supprimer si elle constate une concurrence significative entre fournisseurs de services. La méthode de déréglementation est, en l'occurrence, particulièrement originale. Elle consiste à organiser une plasticité de la règle de droit en imposant à l'autorité administrative qu'est la FCC la suspension qui devient d'autant plus significative qu'elle peut parfois concerner la disposition législative ou un devoir de modification ou de suppression de sa propre production juridique. On ne saurait mieux souligner la précarité de la règle de droit qui ne mérite d'être appliquée ou maintenue qu'au regard de son utilité quant à l'objectif de promotion du jeu du marché. On mesure la force de la FCC qui sous couvert d'obligation se trouve dotée de la capacité de provoquer des éclipses législatives ou réglementaires.

La conception française de la régulation

En France, la régulation est initialement conçue comme une fonction réservée aux AAI. Pour l'exercer, celles-ci, à l'instar de leurs consœurs américaines, dans l'idéal-type, cumulent des compétences exécutives et juridictionnelles. Un tel cumul est, outre l'indépendance, un deuxième trait de distinction d'avec l'administration classique alors qu'aux Etats-Unis il peut être depuis longtemps² partagé avec elle. Ici, la notion de régulation-acte juridique n'existe pas, même si l'AAI est parfois dotée d'un pouvoir réglementaire. Tout au contraire, dans l'Hexagone, la séparation entre la régulation assurée par l'AAI et la réglementation adoptée par les pouvoirs publics est mise en exergue. Pour paraphraser l'actuel président de l'ART, la première n'est que l'application du cadre général défini par la seconde³. Il y a là une indication de l'inégale importance du pouvoir réglementaire de l'AAI et de l'IRC et de l'accent mis en France sur les dimensions autres qu'unilatérales de la régulation. Saisie à travers la capacité des AAI à se faire entendre en maniant savamment les ressorts du consensualisme sur fond de droit mou, la

¹ Outre celle de la promotion ou du renforcement de la concurrence, figure, d'une part, celle selon laquelle l'application de la disposition à suspendre ne doit pas être nécessaire à la préservation de prix, de pratiques, de classifications ou de règles justes, raisonnables et non discriminatoires, d'autre part, celle selon laquelle la mise en oeuvre de la disposition à suspendre n'est pas nécessaire à la protection des consommateurs.

² A l'origine le cumul était également réservé aux commissions indépendantes.

³ Discours de J-M. Hubert pour la présentation du Rapport d'activité 1998 de l'ART, juillet 1999.

régulation à la française s'énonce alors comme un recul de l'Etat tutélaire au profit d'autorités parées des vertus de l'impartialité. Il est ainsi symptomatique que pour la régulation transversale du marché, la COB soit consolidée en 1986, le Conseil de la Concurrence soit créé en 1987 au moment même où le principe de la libre concurrence est réactivé¹. Dans un tel contexte et à l'opposé du modèle américain, l'AAI est assimilée à une sorte de déréglementation, une déréglementation à la française² quand elle n'est en réalité qu'une ruse de l'Etat soucieux de parer les contestations qui l'accablent. L'assimilation entre régulation et concurrence est typiquement française, voire européenne et témoigne judicieusement des déformations accompagnant les importations conceptuelles.

Selon une évolution récente qui a pris corps avec la libéralisation des services publics de réseau, à la notion de régulation-fonction strictement entendue, est venue s'adjoindre une notion de régulation-fonction largement entendue. Cette nouvelle acception est en relation directe avec les directives communautaires qui insufflent la logique de la concurrence dans des secteurs économiques que la théorie du monopole naturel avait permis d'épargner. La formule de l'AAI jusque-là utilisée pour la régulation des domaines sensibles des libertés (CNIL, CSA) et de questions transversales du marché (COB, Conseil de la concurrence) pénètre la régulation sectorielle. Une exigence communautaire fondée sur la finalité d'ouverture à la concurrence y incite tout particulièrement sans y conduire forcément : la séparation de la gestion et de la régulation ou de la réglementation - les deux termes traduisant l'expression de *regulation* employée dans la version anglaise des textes européens³ -. Dans le secteur des télécommunications, elle est mise en oeuvre, d'abord en 1990⁴, à travers l'institution d'un exploitant public, France Télécom, distinct de la Direction du Ministère des télécommunications⁵, ensuite en 1996, à travers la transformation du gestionnaire en société anonyme et le partage de la régulation entre la direction ministérielle et l'ART. Bref, la régulation, du moins au sens large d'intervention de l'Etat dans un secteur, n'est plus l'apanage de l'AAI. Elle est aussi une fonction de l'administration classique. La présence de l'Etat au coeur de la régulation lato sensu est reconnue mais elle est confinée à l'orientation des politiques publiques et à la dimension réglementaire de celle-ci tandis que l'AAI se spécialise dans la régulation proprement dite qui est censée faire un usage modéré de la réglementation et privilégier les autres formes d'action⁶.

¹ Cohen-Tanugi (L.) : "L'émergence de la notion de régulation", *LPA*, 10 juillet 1998, n°82, p. 4-6. Ici p. 4.

² Faculté de droit de Poitiers : "*La déréglementation*", PUF, 1986 ; Chevallier (J.) : "Les enjeux de la déréglementation", *RDP*, 1987, p. 281-319.

³ Directive du 28 juin 1990.

⁴ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, sur l'organisation du service public de la Poste et des Télécommunications, JO Lois et décrets du 8 juillet 1990 p. 8069. Loi n°90-1170 du 29 décembre 1990, sur la réglementation des télécommunications, JO Lois et décrets du 30 décembre 1990, p. 16439.

⁵ Direction de la Réglementation Générale créée en 1989, rebaptisée Direction Générale des Postes et Télécommunications, après la fusion avec la Direction du Service Public en 1993.

⁶ Franck Moderne semble retenir cette nouvelle acception : "*La notion de régulation implique en premier lieu la définition des règles qui s'imposent aux activités concernées. Elle suppose aussi que l'application de la réglementation ainsi définie soit contrôlée, voire sanctionnée*". Moderne (F.) : "*Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*", Documentation française, 1995, 197 p. Ici p. 44.

Ce deuxième temps de l'évolution en France marque le rapprochement des notions française et américaine. L'intégration récente en France de l'administration classique dans l'oeuvre régulatrice est en effet synonyme de démythification. Puisqu'elle participe comme l'AAI à la même entreprise globale il n'est plus possible d'assimiler cette dernière à une forme de déréglementation comme on avait été tenté de le faire dans les années 1970 et 1980. Divers travaux français sont précisément venus souligner le poids de la réglementation en période de dérégulation¹. Maintenant l'AAI est plus clairement une nouvelle forme d'intervention de l'Etat dont la ruse est désormais démasquée tandis que l'IRC symbolise depuis la fin du XIX^{ème} siècle le contrôle de la vie économique par l'Etat. Une certaine ambiguïté persiste néanmoins à la faveur de la coïncidence entre création d'une AAI en tant qu'autorité de régulation sectorielle et promotion de la discipline du marché.

Si l'avènement de la concurrence dans le secteur des télécommunications assigne une mission identique à la FCC et à l'ART, l'assignation s'effectue cependant dans le cadre d'une sédimentation différente dans chacun des cas. Il oblige la FCC à une reconversion. Celle-ci doit passer de la régulation-substitut de la concurrence dans un secteur monopolisé par une entreprise privée (ATT) à la régulation-promotion de la concurrence dans un secteur ouvert à de nouveaux opérateurs. Comparativement, l'ART, absente de la période du monopole public, naît avec et pour l'accomplissement de la libéralisation et doit trouver sa place auprès d'une administration classique qui a dû se résoudre à scinder la fonction de contrôle de l'activité de celle de la gestion et à partager la première.

Le constat de différenciation nationale concernant la notion de régulation s'étend aux modalités d'insertion constitutionnelle des IRC et des AAI (II).

**L'insertion
constitutionnelle
des IRC et des
AAI**

Quoiqu'au regard du schéma classique, l'intégration constitutionnelle des IRC, à l'instar de celle des AAI, fût une gageure, elle s'est réalisée d'une manière relativement aisée dans le premier cas (A), d'une façon plus draconienne dans le second (B).

Les conditions aisées octroyées aux IRC

Les trois pierres d'achoppement qui menaçaient l'insertion des IRC ont été surmontées par la Cour Suprême.

En premier lieu, tout en dégageant un principe² de non délégation du pouvoir législatif de l'article premier de la Constitution³, elle permet de déjouer

¹ Clam (J.) et Martin (G.) (Dir.) : "Les transformations de la régulation juridique" Coll. Droit et Société, LGDJ, 1998, 454 p.

² *Field v. Clark*, 143 US 649 (1892).

³ "Tout le pouvoir législatif est dévolu au Congrès".

l'interdiction par le jeu d'une exception selon laquelle si le Congrès fournit un critère intelligible¹ d'exercice dudit pouvoir par l'IRC, la délégation reçoit son onction. Confrontée d'abord à des délégations plutôt détaillées comme celle dévolue à l'ancienne ICC, la Cour suprême les entérine sans trop d'états d'âme, mais lorsqu'arrivent celles, vagues, du New Deal, elle est tentée par une stratégie de blocage et d'affrontement avec le président Roosevelt. Elle rend alors en 1935 les deux seules décisions d'invalidation fondées sur le principe de non délégation de sa jurisprudence². Néanmoins, sa résistance s'épuise assez rapidement et elle a depuis arboré un ton plus conciliant face aux larges délégations de pouvoir octroyées par le Congrès parmi lesquelles se rangent celles de la FCC. Le critère de l'intérêt public assigné à celle-ci par le *Communications Act* de 1934 est ainsi validé en 1943³. Cette permissivité dans laquelle baigne le pouvoir normatif des IRC en général, de la FCC en particulier, a semblé menacée en 1999 lorsque la Cour d'appel du circuit de Washington DC⁴, véritable maîtresse d'oeuvre du droit administratif américain, a estimé inconstitutionnel celui de l'*Environment Protection Agency* ou EPA quant à l'adoption de standards de qualité de l'air requis pour protéger la santé publique. Le risque de résurrection de la doctrine de la non délégation ne s'est cependant pas concrétisé. Dans une décision du 27 février 2001 la Cour suprême⁵ s'est gardé de tirer celle-ci de la longue léthargie dans laquelle l'a plongée la combinaison d'une mise en oeuvre fort compréhensive du critère intelligible de délégation et de l'absence de décision négative depuis 1935.

Non seulement la délégation législative dont jouit la FCC en tant qu'IRC est plutôt bien assurée mais encore le cumul de pouvoir législatif, exécutif et juridictionnel dont elle bénéficie a fini par s'inscrire dans un cadre constitutionnel lui aussi théoriquement défavorable puisque fondé sur la séparation des pouvoirs. En effet, la Cour Suprême se montre, dans les années 1980, plutôt protectrice de la polyvalence de la catégorie puisqu'en se penchant sur des contestations fondées sur la séparation des pouvoirs, elle refuse de prononcer l'inconstitutionnalité des IRC⁶.

Précisément, les *administrative law judges* ou ALJ qui, au sein des IRC ou de l'administration exécutive, assurent la fonction juridictionnelle, bénéficient de solides garanties statutaires dans le cadre de l'*Administrative Procedure Act*⁷

¹ Le critère intelligible ou *intelligible principle test* adopté dans l'affaire *Mahler v. Eby*, 264 US 32 (1924), succède à celui de la nature secondaire du pouvoir délégué ou *filling up the details test*, *United States v. Grimaud*, 220 US 506 (1911) lequel remplace celui du critère d'orientation d'exercice du pouvoir délégué ou *standard test*, *Buttfield v. Stranahan*, 192 US 470 (1904).

² *Refining co v. Ryan*, 293 US 388 (1935) et *ALA Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 US 495 (1935).

³ *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 US 190 (1943).

⁴ *American Trucking Associations, Inc. v. EPA*, 175 F. 3d 1027 (1999), 195 F. 3d 4. L'EPA créée en 1962 est une catégorie intermédiaire d'agence : ni agence exécutive, ni agence indépendante, mais agence exécutive indépendante. Custos (D.) op. Cit. p. 50-51.

⁵ *Whitman, administrator of EPA et al. v. American Trucking Associations, Inc.* 27 février 2001. L'expression "requis pour protéger la santé publique" a été jugée critère intelligible.

⁶ *Bowsher v. Synar*, 106 S. Ct 3181 et 478 US 714 (1986) ; *Morrison v. Olson*, 487 US 654 (1988) ; *Mistretta v. United States*, 488 US 361 (1989).

⁷ L'APA adopté en 1946 retient le terme de "*hearing examiners*". Celui d'ALJ est introduit en 1972 par la *Civil Service Commission*. Les garanties de l'indépendance se trouvent à la section 11 de l'APA.

ou APA au nom de leur indépendance. Leur nomination présuppose une mise en concurrence par les commissions de trois candidats préalablement sélectionnés par l'*Office of Personnel Management* et vaut titularisation. Leur révocation ne peut être fondée que sur un motif légitime et au terme d'une *formal adjudication*¹, c'est-à-dire d'une audition, devant un organisme distinct des commissions, le *Merit System Protection Board*. C'est celui-ci qui tranche les litiges d'ordre financier ou disciplinaire qui peuvent naître avec les commissions. Leur rémunération repose sur un système d'avancement à l'ancienneté organisé par la loi. Ils ne sauraient recevoir de directives de l'un quelconque des agents de l'IRC quelque soit la position hiérarchique de ce dernier et encore moins de la part de ceux qui déclenchent les poursuites. Les échanges afférents à une affaire en cours de traitement qu'ils sont susceptibles d'avoir avec eux doivent être consignés dans le dossier correspondant. En d'autres termes, les ALJ font l'objet d'une protection statutaire spécifique, inspirée de celle des juges proprement dits, par rapport au reste du personnel des commissions, de sorte que se trouve établie une séparation organique entre personnel chargé de la fonction juridictionnelle et personnel responsable des autres fonctions. La division organique reflète la division fonctionnelle puisque si l'organisation de l'audition et la recommandation du règlement de l'affaire incombent aux ALJ, la poursuite et l'instruction reviennent au personnel ordinaire des commissions². Bref, l'APA taille un costume de juge aux membres du personnel chargés de la fonction juridictionnelle de façon à garantir leur impartialité. Cet isolement structurel se trouve cependant affadi par le fait que les commissaires peuvent réformer la décision recommandée par les ALJ.

Corroborant la reconnaissance législative, la Cour suprême consacre timidement l'indépendance des ALJ dès 1953³, puis, elle n'hésite pas en 1978⁴ à les déclarer « *fonctionnellement comparables* » aux juges de l'art 3 de la Constitution et à leur étendre l'immunité juridictionnelle préservant des actions en réparation.

L'indépendance déclarée des IRC à l'égard du Président qui écorne sérieusement la qualité de chef de l'exécutif de ce dernier a également été consolidée. Il est admis depuis 1935 que les commissaires d'une IRC ne peuvent être révoqués que pour motif légitime⁵, à l'instar des ALJ. Bref, la FCC, à l'instar des autres commissions régulatrices indépendantes, en dépit de son inconfort au regard de la théorie classique bénéficie d'une situation consolidée.

¹ Custos (D.), op. cit. p. 82-87 et 115.

² En application de l'*Administrative Procedure Act* : 5 USC 554 d (2) (2001).

³ *Ramseck v. Trial Examiners Conference*, 345 US 128 (1953).

⁴ *Butz v. Economou*, 478 US 478 (1978).

⁵ *Humphrey's Executor*, 295 US 602 (1935) ; *Wiener v. United States*, 357 US 349 (1958).

Les conditions draconiennes imposées aux AAI

Comparativement, s'il est possible de constater que les AAI en général et l'ART en particulier ont, elles aussi, surmonté les obstacles constitutionnels, c'est au prix de conditions draconiennes. La combinaison de cette sévérité de la reconnaissance octroyée par le Conseil constitutionnel et de son caractère récent débouche sur une consolidation de moindre envergure.

Certes, formellement, le Conseil constitutionnel dépasse la lettre de l'article 21 de la Constitution quand il admet le partage du pouvoir réglementaire national au profit des AAI¹. Mais il en conditionne étroitement l'exercice selon une jurisprudence aux exigences croissantes. Dès 1986, il précise qu'il s'agit d'un pouvoir réglementaire d'application des lois dans un domaine déterminé, mis en oeuvre dans le cadre défini par les lois et règlements, et auquel ne sauraient par conséquent être subordonnées les normes édictées par le Gouvernement. En 1989², il en circonscrit l'amplitude en en faisant une habilitation qui « *ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* ». Il devient clair que non seulement le nouveau titulaire du pouvoir réglementaire d'Etat qu'est l'AAI dans le secteur d'intervention donné n'élimine pas le titulaire général qu'est le Premier ministre mais encore que celui-ci demeure l'intervenant éminent et que celle-là n'acquiert qu'un statut secondaire dans ledit secteur. En 1996³, il fait du contrôle effectué par le ministre chargé des télécommunications sur l'exercice de son pouvoir réglementaire par l'ART un critère d'appréciation de la portée limitée de celui-ci ; et on est tenté d'en déduire l'importance juridique du mécanisme de l'homologation quand bien même la pratique en constaterait l'automatisme, surtout lors de l'adoption de normes techniques.

Pouvoir de réglementation de dimension nationale mais spécialisé dans un domaine, pouvoir encadré par celui du Premier ministre, pouvoir contrôlé par le ministre, le pouvoir réglementaire de l'ART, tout en ayant le mérite d'exister, ne saurait accéder à la flamboyance de celui de la FCC. Assurément, la FCC n'est pas contrainte de partager le pouvoir réglementaire. Elle est l'unique bénéficiaire de la délégation législative. Tout au plus, la *National Telecommunications and Information Administration* ou NTIA, service présidentiel de coordination situé au sein du ministère du commerce, peut-elle l'inspirer en la matière. Assurément, la FCC doit réglementer dans l'intérêt public mais elle en définit elle-même les contours et ne doit nullement subir la diminution d'autorité associée au principe de la portée limitée de la réglementation indépendante assénée par le Conseil constitutionnel français. On a bien affaire à un pouvoir normatif éminent (du moins en dehors de celui exprimé dans la Constitution ou dans la loi) qui, de façon significative, dans la littérature juridique américaine n'est pas tant qualifié de pouvoir réglementaire que de pouvoir législatif ou quasi-législatif. L'on prend exactement la mesure de la dévolution quand l'on note qu'on confronte outre-atlantique la délégation du pouvoir législatif par le Congrès au texte constitutionnel tandis qu'en France

¹ DC n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

² DC n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.

³ DC n° 96-378 DC du 23 juillet 1996.

on s'interroge sur la constitutionnalité de l'institution d'un titulaire du pouvoir réglementaire national par le législateur.

Ainsi l'ART adopte des règles relatives aux droits et obligations afférents à l'exploitation des différentes catégories de réseaux et de services de télécommunications, les prescriptions applicables aux conditions techniques et financières d'interconnexion, les normes portant sur les réseaux et les terminaux mais c'est une réglementation qui est homologuée et se situe en aval de celle figurant dans des décrets et arrêtant les clauses-types à inscrire dans les cahiers des charges imposés aux opérateurs ou les principes de tarification auxquels les conventions d'interconnexion doivent satisfaire. La FCC quant à elle, est la seule autorité réglementaire habilitée à régir la situation des entreprises de télécommunications. Globalement, l'ART n'est susceptible d'écrire qu'une certaine quantité de la partie réglementaire du Code des télécommunications tandis que la FCC est l'autrice du titre (titre 47) du *Code of Federal Regulations* ou CFR consacré aux *telecommunications*¹.

De la délégation de pouvoir législatif à la FCC à la dévolution du pouvoir réglementaire à l'ART, l'on observe une acclimatation de l'administration indépendante en France qui préserve l'autorité réglementaire expressément désignée par le texte constitutionnel, le Premier ministre et par suite sauvegarde l'essentiel du schéma théorique traditionnel. Alors que la FCC se dresse comme délégué du Congrès, laissant dans l'ombre le Président, l'ART en tant que titulaire de seconde zone du pouvoir réglementaire national qui allège la tâche du Gouvernement plus qu'il concurrence ce dernier, fait pâle figure.

La résolution de la contradiction entre le pouvoir de sanction de certaines AAI, parmi lesquelles l'ART, et la séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel révèle une égale jurisprudence constructive. Le principe d'un tel pouvoir est admis mais à des conditions précises. La première série d'entre elles a trait à l'objet dudit pouvoir. Il doit être reconnu « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission [par l'AAI]*² ». Ainsi les sanctions susceptibles d'être prononcées par l'ART se circonscrivent à son domaine d'activité dans la mesure où elles répondent à des infractions commises par les opérateurs de télécommunications au regard du code correspondant et des autorisations dont elles bénéficient. La deuxième série est relative aux mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis accompagnant l'exercice dudit pouvoir. A ce titre, les principes de la légalité des sanctions, de non-rétroactivité³, de non cumul des sanctions pécuniaires et pénales, des droits de la défense, de l'indépendance de l'organe sanctionnateur inspirés de ceux applicables aux sanctions pénales sont dégagés. Bref, le pouvoir de sanction des AAI est déclaré constitutionnel au prix d'un alignement de ses modalités d'exercice sur celles auxquelles le juge se trouve soumis. L'absence de code français de procédure administrative contraint le Conseil constitutionnel à un effort de construction qui fait écho aux exigences de l'APA à l'égard de l'*adjudication*.

¹ Le terme recouvre en l'occurrence aussi bien les télécommunications que la diffusion audiovisuelle.

² DC n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 ; DC n° 96-378 DC du 23 juillet 1996.

³ Ainsi que son corrolaire : l'interdiction des sanctions automatiques.

Au niveau du contentieux des sanctions infligées par les AAI, cette tendance est suivie par la Cour de Cassation¹ sur le terrain particulier de l'impartialité tandis que le Conseil d'Etat² semble vouloir avancer avec plus de circonspection. La troisième série a trait aux types de sanctions administratives autorisées : elles peuvent être pécuniaires ou non mais elles ne sauraient consister en une privation de liberté.

Ayant entériné le pouvoir de sanction des AAI, le Conseil constitutionnel n'émet d'ailleurs la moindre des réserves à propos du pouvoir de régler les litiges que le législateur de 1996 autorise l'ART à exercer parallèlement au juge judiciaire³. La concurrence entre l'ART et le juge est dès lors consacrée.

L'indépendance déclarée des AAI qui, en suggérant des entités dépourvues de rattachement avec l'un des trois pouvoirs publics consacrés par la Loi fondamentale, semblait porteuse d'une charge désintégrative puissante à l'égard de la structuration traditionnelle de l'Etat, a elle aussi, subi un rabotage minutieux de la part du juge constitutionnel. Certes, l'existence des AAI est soutenue au regard de l'art. 21 de la Constitution, mais elles demeurent des « administrations de l'Etat »⁴ placées sous le « contrôle »⁵ interne du Gouvernement « responsable devant le Parlement de [leur] activité »⁶ et externe du juge administratif en principe, judiciaire parfois⁷. Une fois la charge désintégrative pulvérisée, il devient possible d'apprécier la relative indépendance des AAI comme symbole d'une « disjonction de l'Etat, personne morale et l'Etat, pouvoir politique »⁸.

Au total, les jurisprudences constitutionnelles américaine et française ont grandement contribué à la normalisation, voire à la banalisation, des IRC et des AAI. L'oeuvre de légitimation constitutionnelle respective de celles qui étaient à l'origine perçues comme des monstruosité s'effectue néanmoins avec une rigueur inégale, de part et d'autre de l'Atlantique. La précision constructive du Conseil constitutionnel discipline assez étroitement les velléités créatrices du Parlement. La bienveillance neutralisante de la Cour Suprême laisse plus de liberté à la créativité du Congrès.

En réalité, le travail du juge constitutionnel est influencé par le milieu politico-administratif (III). La place respective des IRC et des AAI dans le panorama institutionnel (A) révèle des degrés divers de perméabilité du milieu à leur anormalité (B).

¹ Cr. Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, *COB c. Oury* ; Cr. Cass. Com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard SGE*. La décision de la Cr. Cass. Civ., du 23 mai 2000, relative aux pouvoirs de sanction de l'ordre des avocats semble cependant indiquer un alignement de position du juge judiciaire sur celle du juge administratif.

² CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*.

³ Chevallier (J.) : "La nouvelle réforme des télécommunications ; ruptures et continuités" *RFDA* 1996, n° 5, p. 909-947. Ici p. 934.

⁴ DC n°86-217 du 18 septembre 1986.

⁵ Idem et DC n°86-224 du 23 janvier 1987.

⁶ Ibidem.

⁷ DC n°86-224 du 23 janvier 1987.

⁸ Chevallier (J.) : "Réflexions sur l'institution des AAI" *S. J.*, 1986, G. I. Doctrine n° 3254.

L'impact du milieu politico-administratif

La place respective des IRC et des AAI

En ce qui concerne l'articulation entre autorités générales de régulation et autorités spécialisées de régulation en matière d'examen des pratiques anticoncurrentielles et singulièrement des fusions, le contraste des deux situations nationales est évident.

Du côté français, alors qu'initialement¹, le législateur avait entendu faire du CSA un régulateur spécialiste de l'audiovisuel, en 1996², le Conseil de la concurrence est reconnu comme le seul responsable de la question sur le terrain des télécommunications, l'ART étant ravalée au rang de conseillère et de déclencheuse du contentieux, tandis qu'en 2000³, le CSA connaît le même sort que celui de l'ART. Le droit commun français de la concurrence est donc désormais appliqué à l'ensemble des communications par le Conseil de la Concurrence. L'AAI gardienne de la libre concurrence concentre, sur ce point, les pouvoirs de décision au niveau national mais les régulateurs sectoriels que sont l'ART et le CSA peuvent indirectement participer à l'oeuvre de régulation soit en prodiguant des conseils soit en signalant des affaires à l'attention du Conseil de la concurrence. A ce stade de son évolution, le schéma français se révèle donc relativement simple et efficace, sur ce point.

En comparaison, la situation américaine frappe par sa complexité. Deux commissions régulatrices, la FCC et la *Federal Trade Commission* ou FTC ainsi que la division antitrust du *Department of Justice* ou DOJ interviennent. La FCC peut examiner sur le fondement du *Communications Act* la cession de licences de communications⁴, sur celui du *Clayton Act* les fusions des entreprises du secteur. La FTC⁵ et le DOJ⁶ sont des régulateurs de la concurrence qui puisent une compétence générale dans le *Federal Trade Act*, le *Clayton Act* et le *Sherman Act*. Si la FTC et le DOJ ont réduit la complexité et l'inefficacité du dispositif en coordonnant leurs interventions⁷, en revanche, aucun accord de ce type n'existe entre la FCC et le DOJ ni entre la FCC et la FTC ; en sorte que le chevauchement de compétences s'analyse en un

¹ Art. 17 de la loi n°86-107 du 30 septembre 1986 modifiée. Le Conseil de la concurrence pouvait seulement se prononcer sur les marchés connexes à celui de la télévision réservé au CSA et saisir ce dernier.

² Art L. 33-1, 36-8, 36-9, 36-10 du Code des télécommunications issus de la loi 659-96 du 26 juillet 1996. Le président de l'ART peut également saisir pour avis le Conseil de la concurrence.

³ Loi 2000-719 du 1er août 2000.

⁴ Il s'agit principalement des art. 214 pour les télécommunications, et 308, 309 et 310 pour l'audiovisuel. Dans la mesure où une telle cession est synonyme de transfert de pouvoir de contrôle (*corporate control*), la FCC est amenée à considérer les fusions. Concrètement la FCC laisse inexploité son chef de compétence tiré du *Clayton Act* qui lui est moins avantageux du point de vue de la charge de la preuve et du critère d'appréciation.

⁵ Section 1 et 6 du FTC Act, codifié 15 USC 41, 46 (2000) et 15 USC &12. Le *Clayton Act* désigne tout spécialement la FCC (15 USC &21 (a) (2000)) pour les fusions et acquisitions concernant les télécommunications ; en conséquence, la FTC est surtout compétente en matière audiovisuelle.

⁶ & 1 et 2 du Sherman Act, codifié 15 USC &&1,2 ; 15 USC &18.

⁷ Selon le "*Justice department/FTC Hart-Scott-Rodino Premerger Program*" ou "*Clearance Process*", les deux administrations décident au cours des 10 premiers jours de l'affaire laquelle d'entre elles va en traiter. Weiss (J.) et Stern (M.) : "*Serving two masters : the dual jurisdiction of the FCC and the Justice department over telecommunications transactions*" 6 *Commlaw Conspectus*, 1998, p.195-212. Ici p. 209.

surcoût des procédures et une nette incertitude de leur issue pour les entreprises régulées¹ et conduit à douter de l'efficacité de l'ensemble au point que le Congrès ait pu envisager de dépouiller la FCC de ses prérogatives antitrust². En se fondant sur le *Communications Act*, la FCC regarde plus loin que le DOJ, c'est-à-dire plus loin que l'atteinte substantielle à la concurrence ou les privilèges monopolistiques sur lesquels déboucherait la fusion projetée. Fidèle à son large critère de l'intérêt public, elle évalue la transaction également au regard de ses effets potentiels sur le service universel, la sécurité nationale, l'exploitation du spectre hertzien, l'innovation technologique, le pluralisme. Pour imposer ses vues, elle dispose d'un moyen plus efficace que le DOJ puisqu'elle peut refuser le transfert de licences tandis que son concurrent, agissant en vertu du *Clayton Act*, doit obtenir l'aval d'un tribunal pour bloquer une fusion.

Tandis que le DOJ et la FTC appliquent le droit commun américain de la concurrence aux communications, la FCC les soumet à une approche bien personnelle de celui-ci. L'apport indirect de l'ART ou du CSA au processus d'examen des fusions tranche par conséquent avec l'égalité de la FCC par rapport à la FTC et au DOJ. Pareil arrangement qui relègue l'ART dans l'ombre du Conseil de la concurrence et propulse en pleine lumière la FCC, révèle un souci français de délimitation du champ d'intervention matérielle et temporelle de l'autorité spécialisée. A ce titre, il reflète assez fidèlement la volonté de contenir l'AAI, lequel se retrouve également dans les oppositions suscitées par la perspective d'une fusion entre ART et CSA, à l'image de la FCC régulatrice de l'ensemble de la communication.

S'agissant de confronter les IRC ou les AAI au reste du panorama administratif américain ou français, il est significatif que les IRC ne présentent qu'une originalité partielle avec l'administration dite exécutive, tandis que les AAI se distinguent de l'administration classique à la fois du point de vue matériel et du point de vue organique.

A la vérité quand les IRC apparaissent au niveau fédéral à la fin du XIX^{ème} siècle, elles tranchent tant par leur cumul des fonctions associées aux trois pouvoirs publics que par leur indépendance à l'égard du Président. Mais le Congrès créera plus tard des structures au sein de l'administration rattachée auxquelles il étendra ledit cumul³, singulièrement à travers la reconnaissance de fonctions juridictionnelles, en sorte que, une fois celui-ci banalisé⁴, il est maintenant erroné de soutenir qu'il constituerait « une de leurs

¹ Barkow (R.) et Huber (P.) : "A tale of two agencies : A comparative analysis of FCC and DOJ review of telecommunications mergers", *University of Chicago Legal F.*, 2000, p. 29-83. Ici p. 72 et s.

² La proposition de loi, "The telecommunications merger review act of 2000", 106^{ème} Congrès, 106 Bill Track H. R. 4019.

³ Phillips (C.) : "The regulation of public utilities. Theories and practice", *Public utility reports*, 1993, 999 p. Ici p. 127.

⁴ Miller (G.) : "Independent agencies", *Supreme Court Review*, 1986, p. 41 et s. ; Strauss (P.), Schotland (R.), Farina (C.) : "Administrative law, cases and comments", *University Casebook Series*, The Foundation Press, 1995, 1463 p. Ici p. 36 et 144 ; Verkuil (P.) : "The purposes and limit of independent agencies", *Duke law Journal*, 1988, p. 257-279. Ici p. 264.

particularités »¹. En conséquence, le rapport organique est finalement le seul critère de distinction des IRC². La banalisation de la confusion de compétences ne saurait être sous-estimée dans la mesure où elle semble indiquer une capacité du modèle administratif outre-atlantique à assimiler des traits contredisant le précepte constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Elle ne saurait être davantage sur-estimée dans la mesure où la combinaison du cumul et de l'indépendance produit une indéniable unicité des IRC.

En comparaison, quoique certains secteurs de l'administration traditionnelle exercassent déjà des fonctions juridictionnelles³ à la date de naissance des AAI, la polyvalence matérielle n'a pas (encore ?) été assimilée à grande échelle par le modèle administratif français. Elle demeure une caractéristique des AAI. L'on est tenté d'en déduire une résistance ou une incapacité du modèle administratif français à généraliser des traits en négation de la séparation des pouvoirs. La combinaison de la polyvalence et de la non-subordination donne une couche d'épaisseur supplémentaire à l'originalité des AAI dans le paysage administratif.

Si le phénomène d'extension de caractères propres à l'administration indépendante vers l'administration exécutive ou traditionnelle ne s'observe - du moins pour l'heure - qu'aux Etats-Unis, un mécanisme d'assimilation opère en sens inverse de chaque côté de l'Atlantique. En d'autres termes, IRC et AAI puisent une part de leur régime juridique à des sources communes à l'ensemble de l'administration. Le contrôle de juridicité effectué par le juge sur les décisions des IRC et des AAI, la relativisation de leur indépendance sont des exemples saillants d'un rappel à l'ordre administratif minimal, de même que l'alignement des conditions d'exercice du pouvoir de sanction des autorités indépendantes sur celles du pouvoir du juge constitue une extension de l'ordre de la procédure juridictionnelle.

On notera cependant que cet ordre administratif minimal ne recouvre pas exactement les mêmes contours dans chacun des cas. Singulièrement, la différence d'envergure du pouvoir normatif général octroyé respectivement aux IRC et aux AAI retient l'attention et force à s'interroger sur les degrés de perméabilité à la présence de structures manquant à la normalité politico-juridique.

Les degrés de perméabilité du milieu politico-administratif

A cet égard, la décentralisation et l'hétérogénéité dérivées du fédéralisme, le jeu habituel des freins et contrepoids ou *checks and balances* lié au système présidentiel sont certainement des facteurs favorables à la réception d'instances telles que les IRC. Il est plus facile d'accueillir des commissions

¹ Braibant (G.) : *"Institutions administratives comparées. Les contrôles"*, FSNP (service de photocopie), 1985-1986, 450 p. Ici p. 157.

² On peut y associer la forme collégiale par opposition à la direction individuelle par un administrateur préférée pour les agences exécutives.

³ Par exemple, l'administration des douanes.

indépendantes quand le modèle politico-administratif opère déjà dans le cadre de la souveraineté partagée ou *dual sovereignty* et autorise une diversité d'organisations et de statuts juridiques. Il y a là une forte logique centrifuge qui offre un lit confortable aux IRC. L'intégration de pareilles structures est d'autant plus possible que le credo officiel, tout en établissant l'indépendance respective du Président, du Congrès et de la Cour Suprême n'en organise pas moins l'exercice des fonctions correspondantes d'une manière telle que chacun possède des moyens de freiner les tentations d'abus de pouvoir de l'autre. On trouve là la garantie que l'indépendance de principe des IRC n'empêche pas que diverses formes de contrôle puissent leur être destinées. Au surplus, la multipolarité introduite au sein de l'administration fédérale par la présence IRC, en brisant l'unité de l'exécutif épouse l'idée de la nécessité de contrebalancer les risques de l'omnipotence. Autant dire que l'évaluation des IRC au regard de la Constitution débouche sur des constats contradictoires. D'un côté, si elles sont regardées de l'intérieur, elles achoppent sur la non-délégation du pouvoir législatif, la séparation des pouvoirs, l'unité de l'exécutif ; de l'autre, si elles sont examinées de l'extérieur, elles permettent d'accomplir le dessein central du constituant : multiplier les intervenants dans la réalisation d'une mission afin d'éviter l'accaparement liberticide. On notera qu'à ce deuxième titre, l'expression de quatrième pouvoir ou de *fourth branch*, est fort malheureuse puisque précisément les structures en question ne sont nullement coordonnées : elles forment une polyarchie.

Encore que l'on puisse s'interroger sur l'applicabilité de la séparation des pouvoirs au monde administratif en général et aux IRC en particulier. Une voix aussi autorisée que celle de Peter Strauss¹ estime que la séparation des pouvoirs concerne exclusivement les trois pouvoirs publics établis par la Constitution. Elle exclut par conséquent la sphère administrative de son champ d'application. Sauf, la mention de la qualité de chef de l'exécutif du Président, le texte de la loi fondamentale laisse donc une très large discrétion au Congrès s'agissant d'organiser l'administration. Une telle interprétation qui libère les IRC du respect de la séparation des pouvoirs souligne corrélativement que la confusion matérielle est compensée par la soumission aux exigences du *due process* qui encadre tous les aspects de l'action administrative. La procédure administrative non contentieuse serait, à ce niveau, une sorte d'équivalent fonctionnel de la séparation des pouvoirs. L'on peut simultanément s'interroger sur le degré d'indépendance des IRC. Sa qualité de responsable de l'exécutif autorise le Président à exercer un contrôle sur toute instance administrative à cette réserve près qu'il faille observer une certaine retenue quand il s'agit de contrôler les décisions quasi-judictionnelles ou *adjudications*. Les deux autres pouvoirs constitutionnels ne sont d'ailleurs pas démunis puisque le Congrès possède des moyens efficaces d'assurer la responsabilité ou *accountability* des IRC et que les juridictions restent vigilantes dans le rappel du droit. Cette capacité d'action sur les IRC propre à chacun des trois organes constitutionnels travaille à l'équilibre des uns par rapport aux autres et, en celà, présentent une fidélité à l'esprit des freins et contrepoids.

Dans une telle optique, le polycentrisme symbolisé par les IRC est bienvenu. Il reverbère, en effet, un des credo des pères fondateurs. Bien éloigné de ce

¹ Strauss (P.) : "The place of agencies in Government : Separation of powers and the fourth branch", 84 *Columbia Law Review*, 1984, p. 573 et s.

modèle est le système français. Arc-bouté sur le centralisme et l'uniformité, il attend 1982 pour libérer les collectivités locales de la tutelle du représentant de l'Etat dont l'examen préalable de la juridicité des actes locaux est pourtant dûment préservée par le Conseil Constitutionnel¹. La même année, tout en autorisant la Corse à se constituer en collectivité sui-generis², le juge constitutionnel martèle jusqu'à la caricature la règle de l'assimilation départementale aux DOM en rendant obligatoire, au mépris de toute efficience, la superposition de deux assemblées locales sur la même étendue territoriale³. Au regard d'un tel attachement à l'unicentrisme, on comprend que l'avènement des AAI soit plutôt de l'ordre du traumatisme et que la facilitation de leur insertion par le Conseil constitutionnel soit perçue comme une divine surprise, une sorte de révolution tranquille. En l'occurrence, il n'y a pas, a priori, de discours philosophique latent des freins et contrepoids qui soutienne l'irruption des AAI dans le panorama institutionnel, même si, objectivement celles-ci soulagent l'Etat de tâches où il est impératif qu'il fasse le départ entre sa figure politique et sa figure non-partisane. Il y a, à l'opposé, une perturbation du pouvoir gouvernemental par des entités spécialisées lui disputant la représentation de l'autorité étatique. Il y a une invasion du désordre et de l'émiettement dans ce qui se veut modèle d'ordre et de coordination.

Alors que la possibilité de rattacher les IRC au jeu des *checks and balances* compense leur contestabilité première à l'égard de certains principes constitutionnels, l'appréhension de l'extérieur des AAI à l'instar de celle de l'intérieur débouche a priori sur une condamnation. On comprend dès lors que l'admission au concert des institutions françaises soit intervenue au prix d'une sévère adaptation garante de la compatibilité avec l'existant. Pour que la révolution fût possible il fallait qu'elle s'intégrât dans l'ensemble. Le big-bang potentiel désamorcé, ne demeure plus qu'une réforme. Les efforts de contention du pouvoir réglementaire des AAI manifestés par le juge constitutionnel, la subordination à l'égard du pouvoir réglementaire éminent opèrent en fidélité avec l'idée de centralisation. Les nouveaux titulaires ne sont admis qu'à la condition d'une hiérarchisation, tranchant avec le schéma américain qui admet des titulaires concurrents, rivaux du Président. Tandis que les IRC se coulent dans un moule polyarchique préexistant, les AAI partent à l'assaut du centralisme multiséculaire en recourant précisément au polycentrisme⁴.

Il est vraisemblable qu'une chaîne puisse être établie entre les lois de décentralisation, le développement des AAI, l'affermissement de la déconcentration, la souveraineté partagée en Nouvelle Calédonie, la différenciation des DOM au sein de la République, la perspective de pouvoir réglementaire et/ou législatif local en Corse et dans l'ensemble de la République. Le lien qui parcourt ces différentes étapes est celui d'un affaiblissement progressif de la crispation centralisatrice. La forme de l'Etat,

1 DC n°82-137 du 25 février 1982.

2 DC n°82-138 du 25 février 1982.

3 DC n°82-147 du 2 décembre 1982.

4 Chevallier (J.) : "Régulation et polycentrisme dans l'administration française", *Revue Adm.* 1998, n°301, p. 43-53.

composée ou unitaire, influe donc sur la capacité de génération spontanée des IRC ainsi que sur les modalités d'absorption des AAI du système politico-administratif. L'appréciation de la progressivité devient, dès lors, fort délicate. Si dans un sens la différenciation des AAI par rapport aux IRC distille autant un langage de capacité d'adaptation qu'une philosophie de résistance de l'architecture institutionnelle traditionnelle, dans un autre sens, la vision d'un glissement vers un polycentrisme à la française est littéralement bouleversante.