

AAI

1166

Autorités administratives incomprises (AAI)

POINTS-CLÉS → Le rapport parlementaire du 29 octobre 2010 sur les AAI n'appréhende celles-ci qu'à travers les libertés publiques ou la libéralisation des secteurs → Cette erreur de perspective entraîne des failles dans l'analyse et les recommandations → Ce rapport exprime principalement une nostalgie d'un État unifié



Marie-Anne Frison-Roche, professeur à Science Po, directeur de *The Journal of Regulation*

Deux députés, René Dosière et Christian Vanneste, ont déposé, au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, un rapport d'information sur les AAI le 29 octobre 2010. Il est toujours tentant de pointer des défaillances en relevant de-ci de-là des erreurs de fond et de droit pour en tirer comme conséquence la méconnaissance du sujet par les auteurs. Ainsi, sur la forme, ces AAI sont sans cesse qualifiées d'« instances », ce qui est une faute dans l'usage de la langue juridique, car l'instance désigne une procédure juridictionnelle et jamais un organisme. Sur le fond, le rapport affirme que la première AAI est historiquement la CNIL, créée en 1978, alors que la Commission des opérations de bourse (COB) fut établie en 1967. Mais allons au plus sérieux, donc au plus grave. Ce rapport, qui a pour volonté de rationaliser les AAI, de consolider leur indépendance tout en veillant au contrôle de l'exercice des pouvoirs qui leur sont conférés, peut être analysé à travers la perception générale qu'il donne des AAI (1), à travers certaines préconisations, notamment pour les supprimer ou les regrouper (2).

1. La perception générale des AAI

• **Le caractère lacunaire du rapport.** - Il est incompréhensible que ce rapport sur

les AAI, qui vise certes l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes), le CSA, l'Autorité de la concurrence, la CRE (Commission de régulation de l'énergie) ou l'ARAF (Autorité de régulation des activités ferroviaires), ne fasse quasiment pas place dans ses développements à l'Autorité majeure qu'est l'Autorité des marchés financiers (AMF). Certes, le président de celle-ci et le président de sa Commission des sanctions ont été auditionnés, mais il n'en reste quasiment pas trace dans les raisonnements et le fil rouge du rapport.

À quoi cela peut-il tenir ? Sans doute au simple fait que ce qui relève du marché financier est encore traditionnellement appréhendé comme une sorte d'excroissance du droit des sociétés, puisque ce sont principalement les sociétés émettrices des instruments financiers qui se financent sur les marchés. Cela rejette la conception de ces autorités dans le droit privé, tandis que les autorités qui correspondent davantage aux enjeux de libertés publiques et d'industries de réseau, s'insèrent dans une branche de droit public économique, à laquelle le rapport accorde toute son attention.

Cette perception est lacunaire puisque les autorités en matière d'assurance, de banque et de finance, ne sont pas intégrées dans le raisonnement, notamment pas dans les enjeux de rapprochement et de fusion. La perspective est dépassée car pour ne prendre que la CNIL, il est difficile de dire si on peut la scinder entre les libertés publiques, dont elle relève en raison de la protection des données personnelles, et la régulation économique car dans une économie de la connaissance, les données ont

une grande valeur. Dès lors, la *summa divisio* entre libertés publiques et régulation économique ne tient pas, alors même que le rapport va en tirer de grandes conséquences, comme par exemple la pérennité des autorités en charge des libertés publiques face au caractère instable voire transitoire des autorités économiques. En effet, à lire le rapport, sans doute à cause de la sous-estimation précitée de la matière financière, la nécessité de permanence ne s'imposerait qu'en cas de libertés publiques, la perspective implicite de la concurrence amenant vers la méthode d'une régulation périodiquement révisable. C'est bien sûr oublier l'autre hypothèse, d'une nécessité d'une autorité permanente et systémique, celle d'une autorité qui prévient les risques, notamment du secteur bancaire, assurantiel et financiers. Mais c'est déjà là évoquer, par l'examen des silences du rapport, les conséquences de ses erreurs de perspective.

Les conséquences de l'erreur de perspective. - La lecture nous ramène à ce que le conseiller d'État Thierry Tuot avait affirmé en 2000 dans l'ouvrage collectif *Notre État* (Robert Laffont, 2000), dans sa contribution « *la Planète des Sages* », selon laquelle il existe deux sortes d'autorités, celles qui protègent les libertés publiques, de dimension politique, et celles qui veillent sur les industries de réseau. Cet héritage du droit public traditionnel ne correspond pas à la vie économique actuelle, qui est construite sur d'autres critères, notamment l'asymétrie d'information, contre laquelle les autorités de régulation luttent en matière de banque, d'assurance et de finance.

L'erreur d'analyse au départ entraîne les approximations dans les suggestions. Ainsi, le

rapport pose qu'il faut « assurer un recours juridictionnel efficace contre les décisions des AAI ». Le rapport pose que les actes réglementaires des AAI relèvent par nature du juge administratif. Puis, il constate que, concernant les actes individuels, les recours contre ceux-ci sont éclatés entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, ce qui est exact. Il en conclut que le justiciable est handicapé par cette complexité, qui n'a d'autre justificatif qu'historique : il faut unifier les compétences des juridictions contre les recours des actes individuels des AAI.

Mais, tout d'abord, le rapport ne vise que l'acte individuel de sanction, dont le manquement peut s'apparenter à ce que le professeur Pierre Delvolvé a désigné comme de la police administrative. On comprend donc que le juge « naturel » en serait plutôt le juge administratif. On soulignera que le vice-président du Conseil d'État fût auditionné par la commission, tandis que le premier président de la cour d'appel de Paris ne le fût pas. Plus encore, le rapport ne cite pas le pouvoir de règlement des différends, fonction qui relève davantage d'un office de juge civil.

On peut donc penser qu'entre les lignes, s'il devait y avoir unification des compétences juridictionnelles, elle serait au profit de la juridiction administrative, parce que substantiellement les auteurs du rapport estiment que les règles que ces autorités manient ne concernent que les libertés publiques et la police administrative de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau.

Mais si l'on se réfère à l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 juin 1992, *Diamantaires d'Anvers*, celui-ci, dans le silence des textes, donne compétence pour connaître d'un recours d'une décision prise par la COB, au juge judiciaire. En effet, il y affirme que cette autorité administrative a pour fonction de surveiller une activité de marché, lequel est le lieu où s'ajustent l'offre et la demande par des contrats et où circulent des droits de propriété, ce qui relève naturellement du juge judiciaire.

On voit donc bien que ce rapport, qui semble ne traiter que d'affaires institutionnelles pré-suppose une conception économique : elle est celle de la main de l'État sur l'activité économique et non pas un fonctionnement libéral, régulé par des organismes *ad hoc*.

2. Les propositions concrètes sur les AAI

N'ayant pas la compétence requise, je ne porterai pas d'appréciation sur les propositions de regroupement des diverses AAI concernant la vie politique. Concernant la fusion du médiateur de la République, du défenseur des enfants et de la HALDE dans l'AAI que constitue le défenseur des droits, elle est logique, puisque ces trois premiers sont des défenseurs particuliers de droits particuliers, tandis que le dernier est un défenseur général de tous les droits, ce qui justifie l'inclusion de ceux-là dans celui-ci. En revanche, les plus expresses réserves doivent être faites sur d'autres propositions.

Le rapprochement entre l'Autorité de la concurrence, la CRE et l'ARAF. - En effet, le rapport englobe toutes les AAI dans le mouvement européen de libéralisation de secteurs naguères tenus par des monopoles publics. En cela, le texte analyse les AAI mises en place comme ayant pour fonction de favoriser les nouveaux entrants sur le marché, pour permettre à celui-ci d'atteindre la maturité concurrentielle requise.

Il en conclut, observant que les textes européens ne cessent d'accroître cette libéralisation, qu'il conviendra à terme que ces régulateurs fusionnent avec l'Autorité de la concurrence.

C'est postuler que les régulateurs de l'énergie et des activités ferroviaires n'ont en perspective que la concurrence à construire dans une régulation par nature temporaire, sur le modèle des industries de réseau, qui imprègne le rapport comme cela a été précédemment souligné. Mais, indépendamment même du fait que les régulateurs interviennent *ex ante* et surveillent les investissements très lourds et à très long terme aussi bien dans l'énergie que dans le ferroviaire, face à une Autorité de la concurrence qui intervient ponctuellement et *ex post*, il s'agit de deux secteurs à régulation permanente. En effet, l'énergie est un secteur à haut risque, comme le montre le nucléaire, et frappé de secret défense. Il jouxte des enjeux écologiques et de santé publique. De la même façon, l'activité ferroviaire recèle une dimension d'aménagement du territoire. Au passage, on notera que l'ARCEP échappe à cette perspective de rapprochement à terme de l'Autorité de la concurren-

rence alors que la Poste ressemble de ce point de vue là au transport ferroviaire, que les télécommunications constituent désormais un marché concurrentiel et que l'ARCEP n'est pas visée. De tels regroupements seraient donc des assemblages contre-nature ou incomplets.

Le rapprochement entre l'ARCEP, le CSA et l'HADOPI. - Le rapport affirme la nécessité de rapprocher ces trois Autorités au nom de la convergence numérique. En ce qui concerne le rapprochement du CSA et de l'ARCEP, les rédacteurs semblent oublier leur propre *summa divisio* entre libertés publiques et régulation économique, et ne voient plus dans le phénomène de convergence entre technologies qu'un mécanisme technique aux effets économiques. Mais le CSA a été fondé pour garantir les principes démocratiques et c'est pour cela qu'il désignait les présidents des médias publics. C'est lui encore qui veille à la protection de l'enfance, par exemple à propos des jeux en ligne. Certes, l'on peut dire que cette dimension de liberté publique peut être confiée à l'ARCEP mais alors devrait-elle, dans la logique du rapport, bénéficier de la pérennité tranquille des autorités de libertés publiques ou subir la révision périodique des régulateurs économiques dans la catégorie de laquelle elle demeure ?

Plus encore, l'HADOPI a été instituée pour d'une part défendre les droits de propriété intellectuelle mis en péril par Internet et d'autre part, veiller à l'encouragement de la diffusion de la culture. Cela est tout à la fois un enjeu économique et un enjeu de liberté publique, qui d'une part affirme son objectif culturel et d'autre part prend comme terrain d'intervention Internet dont elle est le régulateur potentiel.

En cela, l'on pourrait tout aussi bien dire que l'HADOPI est un défenseur particulier de droits particuliers. Pourquoi n'irait-on pas jusqu'à proposer de la fusionner dans le défenseur des droits ? Le caractère paradoxal de cette proposition montre bien que l'on peut toujours trouver un point de contact entre les AAI, qui pourrait justifier leur fusion. Plus encore, parce qu'elles participent toutes à la défense de l'intérêt général et du faible, le schéma idéal, à suivre les auteurs, serait de les fusionner toutes.

Cela s'appellerait : l'État.