

## RÉGULATION

Sous la responsabilité de Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur des Universités à Sciences-Po et Stéphane BRACONNIER, Professeur à l'Université de Poitiers



Par Marie-Anne  
FRISON-ROCHE

# Régulateurs indépendants versus LOLF

L'indépendance du régulateur est la plus essentielle et la plus fragile de ses qualités. Au-delà de l'esprit d'indépendance que le droit ne peut façonner, celui-ci doit tout de même permettre au premier de s'épanouir. Or, la nouvelle architecture budgétaire de l'État, à travers la LOLF, semble menacer cette indépendance, puisque les régulateurs s'insèrent dans des programmes budgétaires dirigés par des personnes appartenant à l'administration hiérarchisée. Les apparences peuvent en être froissées, ce qui suffit à justifier de nouvelles règles en la matière.

RLC 530

L. org. n° 2001-692, 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), JO 2 août ; L. fin. n° 2005-1719, 30 déc. 2005 JO 31 déc.

**7** Il peut arriver que deux corps de règles se développent et atteignent chacun une maturité et une cohérence satisfaisantes, sans qu'on se soucie vraiment d'un télescopage des deux dans le système juridique. Pour arriver à cette situation difficile sans l'avoir anticipée, c'est-à-dire sans avoir mis en place avant la maturation des deux corpus le dispositif résolvant l'antinomie, il faut que, d'une part, chaque corpus soit tiré par des techniques et par une finalité sans rapport les uns avec les autres, de sorte que la contradiction n'apparaît pas précocement et que, d'autre part, les spécialistes qui s'occupent de l'un et de l'autre corpus soient peu en contact les uns avec les autres, de sorte que la discussion n'ait pas eu l'occasion de se cristalliser à ce propos. Le système juridique en devient de ce fait lacunaire, puisque l'absence d'une règle de résolution des antinomies peut être ramenée à une hypothèse de lacune.

Les deux conditions se sont réalisées dans la confrontation entre le principe de l'indépendance des régulateurs d'un côté et l'organisation des finances publiques telle qu'elle résulte de la loi d'orientation sur les lois de Finances (LOLF) de l'autre côté. Le premier budget mettant en œuvre la LOLF a été adopté en décembre, budget déclaré conforme à la Constitution par la décision n° 2005-530 du 29 décembre 2005. Lors de l'adoption de cette loi de finances, la question de l'aménagement de la LOLF pour tenir compte de la spécificité des régulateurs indépendants a émergé, donnant lieu à un amendement sénatorial (cf. ci-dessous). La réflexion est, en la matière, d'autant plus urgente que l'opposition paraît comme un effet de nature (I). C'est pourquoi les solutions ne peuvent que tendre vers la moins mauvaise organisation possible, c'est-à-dire non pas vers une réconciliation mais vers un équilibre dans lequel chaque corpus mis en balance avec l'autre ne perd que ce qui est strictement nécessaire à l'absence de dénaturaison de l'autre (II).

## I. – L'ANTINOMIE DE NATURE ENTRE RÉGULATEURS INDÉPENDANTS ET LOLF

Il convient d'exposer la logique des régulateurs indépendants et la logique de la LOLF, ce qui suffit à montrer l'affrontement entre les deux.

### A. – Le régulateur nécessairement indépendant

Les secteurs régulés sont gouvernés en partie, ou pour reprendre le vocabulaire de la loi « *en ce qui les concerne* » (L. n° 2000-108, 10 févr. 2000, art. 3 de la loi relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité), par des régulateurs indépendants, institués en France sous la forme d'autorités administratives indépendantes. Un régulateur est tautologiquement indépendant. Il est important de souligner que cette indépendance est un effet de nécessité et non pas seulement une commodité ou une décision de meilleure gestion publique. En effet, s'il ne s'agissait que d'un choix opéré par l'État d'une meilleure organisation possible, alors la contradiction de l'indépendance des régulateurs avec la LOLF, en tant que celle-ci porte mécaniquement atteinte à l'indépendance des organismes administratifs (cf. ci-après) pourrait être résolue politiquement, l'État, et plus précisément le législateur, ayant le pouvoir de faire céder l'un par rapport à l'autre.

Mais l'État ne peut pas disposer du principe d'indépendance des régulateurs lorsque c'est par ordre, si ce n'est de la loi à tout le moins du système juridique, que les régulateurs administratifs sont indépendants (cf., en ce sens, Dewost J.-L., Les autorités indépendantes de régulation, le droit de la concurrence et le contrôle du juge, in Droit et Économie de la Régulation, vol. 2, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Dalloz / Presses de Sciences Po, 2004, p. 42-43). Lorsque le secteur concerné voit s'affronter des opérateurs privés avec au moins un opérateur public, lequel est le plus souvent l'opérateur historique auquel il s'agit de faire perdre des parts de marché pour concurrence, la régulation du système doit être confiée à un organisme qui ne dépende pas de l'exécutif, >

même s'il peut encore appartenir à la sphère de l'État. Le droit communautaire interdit expressément alors le cumul de la qualité de régulateur et d'opérateur. Dès lors que l'État français a choisi de conserver des intérêts patrimoniaux dans un des opérateurs, ne serait-ce que pour servir ainsi plus directement des objectifs d'intérêt général (cf. dans ce sens Cartier-Bresson A., L'État actionnaire, thèse Paris II, 2005), il ne peut prétendre encore réguler.

On peut encore l'expliquer à travers la théorie des conflits d'intérêts, naguère plutôt réservée à l'analyse de la situation des personnes privées et appliquée de plus en plus à l'État, que l'on veut désormais impartial (sur le lien entre l'impartialité de l'État et l'indépendance des régulateurs, cf., par ex., Chérot J.-Y., Droit public économique, *Economica*, 2002, n° 170 et n° 172, p. 262 et s.). Or, le Gouvernement est structurellement en conflit d'intérêts car l'ouverture à la concurrence conduit à vouloir nuire objectivement à l'opérateur historique, et s'il se trouve que celui-ci est public, le Gouvernement a le souci de préserver la rentabilité, voire les rentes, de celui-ci. Le droit communautaire considère alors, soit à travers des directives sectorielles, soit à travers la menace d'une action pour abus de position dominante à l'encontre de l'opérateur public, que la régulation doit être nécessairement exercée par un organisme indépendant du Gouvernement.

À première vue, il faut donc distinguer les autorités de régulation dont la hiérarchie des normes impose l'indépendance, de sorte que l'organisation française ne peut pas en faire l'économie, des autorités de régulation qui ne sont indépendantes que par la volonté libre du législateur national. En ce second cas, puisque la volonté qui a construit le système national est unifiée en ce sens qu'elle n'a pas à obéir à une volonté juridique supérieure à laquelle elle ne pourrait déroger, l'on pourrait soutenir que le législateur peut reprendre ce qu'il a librement concédé. Dans un tel cas, le législateur pourrait aussi bien choisir de faire reculer la LOLF pour ménager l'indépendance des régulateurs, que d'écarter l'indépendance des régulateurs pour les faire rentrer dans le fonctionnement général et ordinaire de la LOLF (sur celui-ci, cf. ci-après).

Mais cette distinction, tenable juridiquement, est en réalité friable, car la France a recouru systématiquement à la technique des autorités administratives indépendantes (cf. Rapp. CE, Les autorités administratives indépendantes, EDCE 2001, n° 52, p. 253 et s.), dont les régulateurs sont institutionnellement une déclinaison (Autin J.-L., Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation, RDP 1988, p. 1213 et s.; Chevallier J., Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés, *Justices*, n° 5, Dalloz, 1995, p. 81-90). Que ce soit par le jeu d'influences venues d'autres systèmes (cf. par ex., Bell J., L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes, in Rapp. CE préc., p. 401-410) ou pour avoir le bénéfice d'une régulation qui demeure d'une façon crédible constante sur le long terme, les auteurs estiment que ces autorités doivent pour cela être indépendantes (cf. par exemple Chevallier J., préc., p. 83). Dès lors, la logique de l'action efficace et crédible de l'État vient se substituer à l'ordre reçu de l'Europe pour poser que les régulateurs ne peuvent qu'être indépendants du Gouvernement.

Pour l'effectivité de cette indépendance, la dimension budgétaire de l'indépendance est essentielle. On se reportera à l'étude exhaustive et claire d'Olivier Storch sur « *Les conditions et modalités budgétaires de l'indépendance du régulateur* » (in *Droit et Économie de la Régulation*, vol. 1, Les régulations économiques : légitimité et efficacité, Dalloz, Presses de Sciences Po, 2004, p. 65-71). Certes, le droit délivre les régulateurs indépendants du contrôle budgétaire, mais il demeure que c'est l'État, et plus concrètement le Gouver-

nement, qui conçoit et attribue les budgets aux autorités administratives, ce qui peut présenter un risque pour les régulateurs, soit que l'État les rende mendians par l'attribution de budgets insuffisants, soit qu'il sanctionne indirectement une décision déplaisante du régulateur en diminuant son budget. L'examen de la réalité montre plutôt une situation contraire, à savoir des budgets ménagés et plus confortables pour les régulateurs que pour d'autres institutions publiques, mais cela ne suffit pas car l'indépendance des régulateurs, comme celle des juridictions, doit « *se donner à voir* » (cf. not. Seban A., Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation, in *Droit de la régulation : questions d'actualité*, LPA 3 juin 2002, n° 110, p. 63-69). Ainsi, l'organisation objective par laquelle les budgets sont attribués et gérés par les régulateurs donne à voir l'indépendance de ceux-ci, et si l'apparence y est contraire, le principe d'indépendance n'y trouve pas son compte. Or, la LOLF a compromis cette apparence, c'est-à-dire cette indépendance qui se donne objectivement à voir.

### B. – Les régulateurs nécessairement insérés dans des programmes gouvernés

La LOLF est un mode principal par lequel s'opère actuellement la réforme de l'État. Il est logique qu'un État qui s'est construit en France, dans sa puissance et sa légitimité, sur l'organisation financière, prenne encore cette voie pour concevoir sa propre réforme.

Le principe de la LOLF est le suivant : les masses financières dont l'addition constitue le budget de l'État doivent être tournées vers la réalisation des missions pour lesquelles les organismes administratifs sont budgétairement dotés. L'architecture est rénovée, le budget étant construit sur ces « *missions* », énormes masses au sein desquelles des programmes décomposent l'action de l'État. Les organismes sont logés dans les programmes, parce qu'ils participent à la réalisation d'un même objectif. Pour reprendre les termes précis de la loi, le programme est un regroupement de « *crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble d'actions relevant d'un même ministère et auxquels sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation* ». Les programmes sont dirigés par un gestionnaire. Les organismes qui participent à ces programmes doivent prendre davantage de comptes, l'action de chaque type d'entité étant assortie d'« *indicateurs de performance* » à l'aune desquels leur action sera mesurée, par le rapprochement entre l'usage fait des moyens et les résultats obtenus. Il s'agit donc d'une nouvelle culture de la performance (cf. par exemple Trosa S., La LOLF et la réforme du management public, in *La LOLF à un an des échéances : quel chemin reste-t-il à parcourir ?*, RF fin. Publ. 88/2004, p. 112-113).

D'une façon corrélée, le directeur du programme a le pouvoir de réguler en cours d'exercice budgétaire les masses affectées à telle ou telle activité (par exemple entre les budgets d'investissements et les budgets de fonctionnement) et à telle ou telle entité membre du programme. La loi offre à son pouvoir la fongibilité des moyens. L'idée de la LOLF est donc tout à la fois la liberté et la responsabilité (cf. par exemple, Suet P., Après la réforme de la LOLF, Un nouveau partage de responsabilité ?, RF fin. Publ. 82/2003, p. 53-58; Duhamel P.-M., Liberté et responsabilité des gestionnaires publics dans la nouvelle construction budgétaire, in *Finances publiques et responsabilité : l'autre réforme*, RF fin. Publ. 92/2005, LGDJ, p. 207-210).

Dès lors, l'insertion des organismes publics et indépendants de régulation dans un programme de la LOLF produit mécaniquement l'effet suivant : le directeur du programme a prise sur ceux-ci. En ce qui concerne la nécessité de produire des indices de performances, celle-ci n'est pas une atteinte à l'in-

dépendance des régulateurs, mais au contraire un mode de leur accountability, c'est-à-dire le fait pour eux de rendre d'autant plus des comptes sur l'usage qu'ils font de leurs pouvoirs par rapport au résultat de leurs actions, résultats eux-mêmes confrontés aux missions pour la réalisation desquelles l'État les a institués, qu'ils sont indépendants (sur cette notion d'origine anglo-nord-américaine, cf. Harlow C., *Accountability in the European Union*, Oxford University Press, 2003).

En revanche, le régulateur indépendant se trouve soumis au pouvoir de régulation du directeur de programme, lequel peut sur sa seule initiative et sans devoir solliciter ni l'accord des entités qui dépendent de lui ni l'accord d'un organisme autre, diminuer le budget des régulateurs et interférer directement dans la gestion de leur budget. De ce fait, l'indépendance budgétaire des régulateurs est remise en cause. Cela ne tient pas à une volonté politique de nuire aux régulateurs indépendants, mais à l'effet mécanique de cette gigantesque réforme qu'est la LOLF, broyant au passage un principe dont l'importance est protégée et accrue par ailleurs.

Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2001-448 du 25 juillet 2001, avait déjà censuré dans la LOLF soumise à sa censure un article qui avait porté atteinte à l'indépendance de la Cour des comptes (sur ce point, cf. par exemple Schoettl J.-E., *La nouvelle constitution financière de la France*, LPA 13 sept. 2001, p. 3). Le sujet est donc sensible et la lacune concernant les régulateurs indépendants ne peut être laissés en l'état. Comment limiter les effets de ce dysfonctionnement de système ?

## II. – LA MEILLEURE COMPATIBILITÉ POSSIBLE ENTRE RÉGULATEURS INDÉPENDANTS ET LOLF

Il faut donc établir la meilleure compatibilité possible entre les deux *ratio legis*, l'aménagement pouvant être structurel, ou simplement comportemental, à moins que l'insatisfaction ne conduise à sortir, au nom de l'indépendance, les régulateurs économiques indépendants de la LOLF.

### A. – La solution structurelle par la constitution d'un programme propre aux régulateurs indépendants

La première solution qui vient à l'esprit est de prendre acte que le directeur du programme est le maître et d'en tirer comme conséquence l'opportunité de transformer toute autorité administrative de régulation en programme, ce qui permet transitivement de transformer le président de l'autorité de régulation en chef de programme. Ce tour bien joué réconcilierait l'indépendance des régulateurs et la logique de la LOLF. Mais le faible montant des budgets des régulateurs économiques se retourne contre eux, car il est impossible d'instituer un organisme dont le budget ne dépasse pas une trentaine de millions d'euros en programme autonome. La LOLF a été aussi conçue pour simplifier l'architecture du budget et l'ordre financier d'un programme est environ de l'ordre de un milliard d'euros. En outre, s'il ne s'agissait que d'écorner la LOLF de cette façon que pour quelques organismes indépendants, cela serait en pratique admissible. Mais concernant le principe d'indépendance, ce qui est vrai pour les régulateurs l'est également pour la catégorie plus générale des Autorités administratives indépendantes à laquelle en France ils appartiennent.

Comme on compte environ une cinquantaine de ce type d'organisme, la LOLF en serait proprement pulvérisée.

Si l'on recherche tout de même une solution structurelle, alors la solution pourrait être la constitution d'un programme propre aux régulateurs économiques. Cela permet de les protéger, dès l'instant que cette solution conduit à n'affecter à ce programme un directeur que pour ordre (sur une solution se contentant de ce dernier effet, cf. ci-après). Lors de la discussion parlementaire de la loi de finances pour 2006, un amendement sénatorial a été déposé dans ce sens, mais il n'a pas reçu le soutien du Gouvernement et a été rejeté. Pourquoi ne pas y avoir accédé ? Sans doute parce que l'amendement visait toutes les autorités administratives, solution peut-être excessive dans la mesure où les finalités poursuivies par celles-ci sont sans grand rapport les unes avec les autres, ce qui détruit l'idée même

de programme, lequel doit regrouper des entités certes diverses mais rassemblées par une finalité commune.

Dès lors, une solution, en retrait par rapport à l'amendement sénatorial proposé, pourrait consister à établir un programme regroupant les régulateurs économiques, distingués ainsi de toutes les autres autorités administratives indépendantes qui, de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques en passant par la Commission

nationale de déontologie de la sécurité, n'ont précisément de commun que l'organisation institutionnelle de leur indépendance. Un programme budgétaire limité aux régulateurs économiques indépendants retrouverait une cohérence tirée d'une finalité commune. Le but poursuivi par les régulateurs économiques indépendants est d'ailleurs commun parce que la définition téléologique de la régulation passe par la finalité poursuivie, à savoir l'équilibre entre le principe de concurrence et d'autres principes, finalité précisément servie par les régulateurs (cf. plus explicitement Frison-Roche M.-A., *Définition du droit de la régulation économique*, D. 2004, p. 126-129). Ainsi, la téléologie commune à l'architecture de la LOLF et à la définition de la régulation permet de retrouver une nouvelle cohérence.

Certes, dans la même temps que le rétrécissement de l'idée sénatoriale d'une constitution d'un programme *ad hoc* pour toutes les autorités administratives indépendantes sur l'idée d'un programme commun aux seuls régulateurs économiques sauve le dispositif d'un reproche de regroupement d'un nombre excessif d'autorités trop hétérogènes, il ne reporte la nécessité et la difficulté de définir les critères de l'autorité administrative indépendante, qui aurait été le dénominateur commun de cet hypothétique programme, que pour mieux se heurter à la nécessité et la difficulté de définir les critères du régulateur économique, nécessaire à établir pour bâtir le programme qui serait propre à ceux-ci. Or, cela n'est pas aisé. En effet, tout d'abord, on distingue souvent les régulateurs sectoriels et l'autorité générale de concurrence (Perrot A., *Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence*, *Revue Française d'Économie*, 2000, n° 4, p. 81-110 ; Choné Ph., *Droit de la concurrence et régulation sectorielle : entre ex ante et ex post*, in *Droit et Économie de la Régulation*, vol. 4, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Dalloz/Presses de Sciences Po, sous presse), ce qui conduirait à écarter le Conseil de la concurrence, alors même que pour l'instant, il figure dans le même programme budgétaire que l'ARCEP et la CRE. Mais certains y voient le « *régulateur général de la concurrence* » (cf. par exemple, Gallot J., *Qu'est-ce que la régulation ? Contri-*

La définition téléologique de la régulation passe par la finalité poursuivie, à savoir l'équilibre entre le principe de concurrence et d'autres principes, finalité précisément servie par les régulateurs.

bution pour une définition, Revue Conc. cons. 2001, p. 5-6), expression que la jurisprudence elle-même a utilisée (CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. H., 8 sept. 1998, Coca-Cola Entreprise c/ Orangina. LPA 21 juin 1999, p. 11). Il conviendrait donc d'inclure le Conseil de la concurrence dans la même perspective budgétaire que celle applicable aux régulateurs sectoriels. Il est ensuite usuel de définir le régulateur économique comme celui qui est en charge de construire et de maintenir un secteur économique, par rapport au régulateur des libertés publiques qui veille à protéger celles-ci (cf., par exemple, Tuot Th., La planète des singes, in Notre État, Robert Laffont, 2000, p. 688-712). Mais la distinction est moins nette qu'il n'y paraît. Ainsi, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, protecteur indéniable des libertés publiques, est bien également en charge d'un secteur économique, dont il était par exemple naguère seul apte à contrôler les concentrations, jusqu'à ce que la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, modifiant l'article 41-4 de la loi de 1986, y superpose une procédure ordinaire de contrôle des concentrations exercé par le ministre de l'Économie. De la même façon, l'action de la CNIL a des impacts considérables sur les secteurs économiques, par exemple celui du marketing, sans parler de la CADA que l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 a transformée en « *organe de régulation du droit de réutilisation* » des données exploitées par les tiers (dans ce sens, Pichoustre D., La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005, LPA 11-14 nov. 2005, p. 3-12), secteur économique à part entière. Dès lors, s'il est avéré que l'ARCEP ou la CRE sont bien des régulateurs économiques, il faudrait, pour constituer le programme LOLF propres aux régulateurs économiques, trancher sur l'appartenance ou non de ces autres régulateurs dans la catégorie conceptuelle des régulateurs économiques.

Techniquement, la constitution d'un programme dans la LOLF regroupant les régulateurs économiques nécessite simplement de retrancher dans l'actuel programme « *Régulation et sécurisation des échanges de biens et services* », lui-même partie de la mission « *Développement et régulation économiques* », les entités administratives qui ne sont pas indépendantes de l'exécutif, telles la DGCCRF et la Direction de la douane, et d'y ajouter aux régulateurs qui y sont déjà insérés, à savoir la CRE et l'ARCEP, les régulateurs économiques qui ont vocation à les rejoindre, comme la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance ou le Haut Conseil du Commissariat aux comptes, ainsi que le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel si l'on devait faire prévaloir sa mission économique. Puisque nous sommes en matière économique, ce programme pourrait demeurer rattaché au ministère de l'Économie et des Finances, son directeur étant le Secrétaire général de ce ministère.

Tout cela paraît accessible, mais l'essentiel est que la nature substantiellement indépendante de ces régulateurs soit prise en considération par le directeur du programme, titulaire pour ordre mais entraîné dans son pouvoir de régulation, les budgets des régulateurs cessant d'être fongibles avec des budgets d'autres organismes pendant la mise en œuvre des budgets en cours d'année. Mais si c'est cela l'essentiel, alors autant passer directement à la solution comportementale sans passer par le remède structurel ici exposé, modification structurelle qu'il est toujours délicat de mener.

**Il conviendrait de geler entièrement le pouvoir de régulation du directeur de programme, la modification de cette règle comportementale rendant moins utile la modification de l'architecture des programmes.**

## **B. – La solution comportementale par le gel du pouvoir de régulation du directeur de programme sur les régulateurs**

Il « *suffit* », en effet, de paralyser le pouvoir de régulation budgétaire dont le directeur de programme est d'ordinaire doté pour que les régulateurs indépendants n'en souffrent pas, non pas tant au nom d'un principe substantiel ou sous prétexte qu'ils n'auraient pas à contribuer à l'effort général de rigueur budgétaire, requis pour eux comme pour toute entité administrative, mais parce que ce pouvoir d'intervention contraire l'apparence d'indépendance des régulateurs. Un nouveau principe serait adopté selon lequel « *régulation sur régulateur ne vaut* ».

Puisque là aussi, il s'agit d'une règle téléologique, et parce que cela revient à bloquer un élément essentiel de la LOLF, il convient de n'enrayer le pouvoir que s'il nuit à cette apparence. Il est donc tentant de ne bloquer que le risque de rétorsion que peut constituer un retrait dans le budget d'un régulateur en cours d'exercice budgétaire, en tout cas en ce qu'un tel retrait donne l'apparence d'une rétorsion ce qui suffit à le rendre critique, et de laisser intact le pouvoir de régulation du directeur de programme lorsqu'il vient abonder en cours d'exercice le budget d'un régulateur. Certes, une telle action serait exclue dans l'hypothèse d'un programme composé uniquement de régulateurs indépendants

(solution structurelle ci-dessus décrite), mais cela demeure accessible si la réforme se limite à la règle comportementale, puisque les régulateurs économiques continueraient alors d'avoir pour voisins de programme des entités administratives soumises à la hiérarchie de l'exécutif.

Mais à la réflexion, cette solution qui coupe la règle en deux, ne privant le directeur du programme que du pouvoir de retrancher, n'est pas si heureuse qu'il n'y paraît, et ce pour deux raisons. La première, toute sociologique, tient au fait que les autorités de régulation, que l'on perçoit parfois comme jalousees par les autorités administratives traditionnelles, notamment parce que mieux dotées en pouvoirs et en moyens, ne se signalent par trop à l'égard des administrations classiques, lesquelles en symétrie devraient subir d'être privées de fond au profit de régulateurs sans jamais pouvoir espérer l'inverse.

En second lieu, puisque la seule considération doit être celle de l'indépendance du régulateur, il ne faut pas seulement penser à l'apparence du régulateur persécuté mais encore à celle d'un régulateur récompensé pour avoir adopté une décision plaisant au Gouvernement ou servant ses intérêts financiers, ce qui ne vaut pas mieux. Il conviendrait donc de geler entièrement le pouvoir de régulation du directeur de programme, la modification de cette règle comportementale rendant moins utile la modification de l'architecture des programmes. La solution paraît bonne, elle est néanmoins très lourde à mettre en œuvre. En effet, soit il faudrait modifier la LOLF, ce qui suppose l'adoption d'une loi organique, chose techniquement et politiquement difficile. Une autre solution, au coût politique plus fort encore, consisterait à classer dans l'architecture du budget dans les « *pouvoirs publics* », parce que ceux-ci sont délivrés de toute emprise d'un directeur de programme. Cela reviendrait à faire entrer les régulateurs dans une catégorie jusqu'ici occupée uniquement le Président de la République,

le Parlement et le Conseil de la République. Club fermé s'il en est, puisque la Cour des comptes qui y prétendit n'y entra pas, et qui supportera sans doute le contrôle du Conseil constitutionnel qui s'exercerait. Dès lors une sortie des régulateurs de la LOLF apparaît comme une solution moins inatteignable.

### C. – La solution radicale de la sortie de la LOLF et l'interférence de la personnalité morale

Mais l'indépendance du régulateur ne requiert pas seulement l'autonomie d'exécution budgétaire et l'autonomie de gestion, c'est-à-dire la libre disposition des fonds affectés. Elle trouve une plus forte protection dans la véritable « *indépendance budgétaire* », par le biais d'un budget sur laquelle le Gouvernement ne puisse avoir prise dans son attribution même (pour ces degrés d'indépendance, cf. Storch O., préc., p. 65).

L'idée est alors tout d'abord d'éviter aux régulateurs indépendants de solliciter le ministère de l'Économie et des Finances, dans la préparation que celui-ci fait de la loi de la finance de l'année suivante. En effet, on ne cesse d'insister sur le fait que les agents rationnels sont anticipateurs, marque de l'*homo economicus*. Si cela rend compte d'une certaine facette de la réalité et des actions, alors la grille d'analyse vaut aussi pour les régulateurs, que nous présumerons rationnels et anticipateurs. Dès lors, la perspective de devoir négocier plus tard un budget qui, chaque année, doit être rediscuté, peut constituer une apparence de pression tout aussi efficace sur le régulateur que l'est la régulation en cours d'exercice budgétaire sur des moyens fongibles. La différence est donc faible et si l'on estime qu'il faut soustraire les régulateurs indépendants de la régulation budgétaire, alors il est illogique de ne pas vouloir les soustraire à la discussion budgétaire par laquelle les budgets s'attribuent dans le plan de loi de finance. Il ne s'agit pas ici d'affirmer qu'il faut d'attribuer une telle indépendance budgétaire à tout prix, car cette autonomie a des inconvénients (cf. Storch O., préc., p. 68), mais de souligner simplement que vouloir l'un, c'est logiquement vouloir l'autre.

Si l'on part dans cette direction, la seule solution réside dans la fixation, par la loi, d'une taxe abondant automatiquement le budget du régulateur, ou d'un prélèvement ou redevance à son profit lorsqu'il adopte telle ou telle type de décision, résurgence du système médiéval des épices, nouveau signe sans doute de la féodalisation du droit français, et dont l'Autorité des Marchés Financiers donne aujourd'hui l'exemple. Son budget est, en effet, directement organisé par la loi qui prévoit que les entreprises qui sollicitent le régulateur lui versent une redevance.

Certes, pour construire un budget sur une telle base, encore faut-il soit que cela concerne un régulateur indépendant dé-

livrant de nombreux actes sur lesquels accrocher cette redevance, soit disposer d'opérateurs suffisamment identifiés, suffisamment riches et suffisamment peu nombreux, pour qu'une taxe soit efficacement prélevée. Or, si la première hypothèse de la redevance convient moins bien aux autres régulateurs économiques qu'à l'AMF, aussi bien le secteur des communications électroniques que celui de l'énergie se prêtent bien à la seconde méthode.

Il en découle alors une véritable autonomie budgétaire, épargnant aux régulateurs indépendants la négociation budgétaire et l'assurant aussi d'une sorte de bonne fortune, si l'on compare le budget de l'Autorité des Marchés Financiers, de l'ordre de 50 millions d'euros à ceux des autres régulateurs économiques, de l'ordre de 20 millions pour la CRE ou pour l'ARCEP, voire à celui du Conseil de la concurrence, de l'ordre de 10 millions. Mais, comme il a été montré que le raisonnement doit être le même concernant l'attribution budgétaire et concernant la régulation des moyens, la solution la plus radicale mais aussi la plus logique consiste à marier indépendance dans l'attribution du budget et soustraction à la régulation budgétaire, par la sortie pure et simple du régulateur indépendant de la LOLF.

Le modèle est là encore celui de l'Autorité des Marchés Financiers. En effet, du fait qu'elle dispose de ressources propres et qu'elle est dotée d'une personnalité morale, elle bénéficie d'une pleine autonomie. La personnalité morale, que le législateur lia à l'indépendance de ce régulateur, et dont bénéficia pendant quelques mois la Commission de Régulation de l'Énergie (cf. RLC 2005/2, n° 166, obs. Frison-Roche M.-A.), permet au régulateur d'être financièrement pleinement indépendant.

En conclusion, il convient tout à la fois d'être ferme sur la nécessité de résoudre le conflit entre le principe d'indépendance des régulateurs et l'organisation générale des finances publiques, et être prudent sur les modes de sa résolution. D'autant plus prudent qu'aucune solution n'est pleinement satisfaisante. La solution structurelle oblige concrètement à se plonger dans les affaires de la qualification même des régulateurs économiques. La solution comportementale revient à geler le principe de fongibilité des moyens en cours d'exercice budgétaire alors que cela est présenté comme une innovation majeure de la LOLF. La solution consistant à se débarrasser du problème en offrant aux régulateurs économiques et la personnalité morale et des ressources propres est une solution au prix fort, au prix fort pour l'État, ainsi privé de la maîtrise des ressources publiques, peut-être aussi au prix fort pour les régulateurs indépendants, qui devront supporter seuls le poids financier de leur possible responsabilité. Recherchons donc une solution d'une plume tremblante. ♦