

II-6.27 : Les dispositions de la loi française limitant le pouvoir des régulateurs d'accroître leurs effectifs et prévoyant un rapport financier annuel du Gouvernement les concernant sont annulées, de tels contrôles ne pouvant être établis que par une loi organique

INFORMATION PRINCIPALE

En France, la *Loi de finance rectificative pour 2011* a été soumise à la censure du Conseil constitutionnel, après son adoption par le Parlement mais avant sa promulgation au Journal Officiel.

CONTEXTE ET RESUME

Par sa décision n°2011-638 DC, du 28 juillet 2011, *Loi de finance rectificative pour 2011*, le Conseil constitutionnel, exerçant son pouvoir de contrôle *a priori*, censure d'office deux articles.

Il s'agit tout d'abord de l'article 71 qui prévoyait que le projet de loi de finances, présenté au Parlement par le Gouvernement, devait comprendre en annexe un rapport sur les autorités publiques indépendantes ou sur les administratives indépendantes, dont les effectifs ne sont pas inclus dans un plafond d'autorisation, ce rapport visant le dernier exercice connu, l'exercice budgétaire en cours et l'exercice suivant.

Il s'agit ensuite de l'article 72 qui prévoyait un plafond des autorisations d'emplois sur ces types d'autorités.

Le Conseil constitutionnel rappelle que « seule une loi organique peut fixer le contenu des lois de finances ». C'est à ce titre qu'il déclare d'office ces deux dispositions contraires à la Constitution.

Mais, après avoir fortement posé que seule une loi organique peut donc toucher à ce que l'on peut considérer comme relevant de l'architecture des lois de finances, le Conseil tempère l'effet de la censure, en affirmant que : « pour autant, indépendant de l'obligation découlant de la loi organique qui lui impose de fixer les plafonds d'autorisation des emplois rémunérés par l'Etat, il est loisible au législateur de prévoir, dans chaque loi de finances, des dispositifs permettant de contenir l'évolution des dépenses des organismes relevant de l'Etat. ».

BREF COMMENTAIRE

L'indépendance du régulateur n'est pas citée dans la décision du Conseil constitutionnel mais on peut penser que le principe lui est sous-jacent¹. En effet, l'indépendance est un élément majeur des systèmes de régulation. Or, l'indépendance est certes une question d'état d'esprit, comme l'impartialité, mais c'est aussi affaire d'intendance. Ainsi, le budget, la maîtrise des effectifs et des rémunérations est un élément premier de l'indépendance².

Cependant, l'Etat français, dans une recherche de rationalisation de ses moyens et de ses dépenses par la Loi organique des lois de finances (LOLF), se soumet lui-même à des contraintes, par rapport auxquelles converge une nécessité de diminution structurelle des finances publiques. C'est pourquoi la LOLF et le principe essentiel de l'indépendance du régulateur sont difficiles à articuler³.

Cela explique qu'un rapport émanant de parlementaires français ait exigé que l'on soumette les autorités administratives indépendantes, forme juridique que les régulateurs empruntent le plus souvent, aux règles générales de l'Etat⁴, ce qui constitue pourtant une incompréhension profonde de ce qu'est un régulateur⁵.

La loi de finance rectificative fût probablement plus influencée par le rapport parlementaire que par les régulateurs ou la doctrine, mais la tension ci-dessus décrite ne pouvait qu'être mise en balance devant le juge constitutionnel. Celui-ci le fait avec une grande habileté, même si de ce fait la portée de la décision en devient incertaine.

En effet, dans un premier mouvement, le Conseil constitutionnel donne la primauté au principe de l'indépendance, puisqu'il censure, et le fait d'office, les dispositions votées par le Parlement, qui limitait les effectifs des Autorités administratives indépendantes et permettait au Gouvernement de juger des Autorités administratives, par le biais financiers, alors que celles-ci doivent lui rester indépendantes.

La censure est d'autant plus légitime que non seulement le régulateur n'est indépendant que s'il maîtrise ses moyens, notamment humains, mais encore parce qu'il n'a d'efficacité que s'il peut recruter du personnel nombreux et qualifié, lorsque le secteur qu'il contrôle et régule est lui-même occupé par des opérateurs mobilisant des moyens importants pour les conseiller dans leurs rapports avec le régulateur. Or, l'on sait que l'asymétrie d'information entre le contrôleur et les contrôlés est une défaillance grave des systèmes de régulations et que les régulateurs doivent avoir les moyens humains d'y pallier sans avoir à mendier auprès d'une administration centrale, alors que le gouvernement peut être lui-même en conflit d'intérêts en raison des opérateurs publics dans le secteur considéré.

¹ V., par ex. SUTTER, Gérard, Plafonnement en loi de finances des emplois des autorités administratives indépendantes et compétences du législateur organique (Cons. Const., 28 juill. 2011), *Les Petites Affiches*, 18 nov. 2011, pp.8-21.

² STORCH, Olivier, Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur, in FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. « Droit et économie de la régulation », vol.1, Presses de Sciences-Po / Dalloz, 2004, pp.65-71. , coll.

³ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Régulateur indépendant versus LOLF, *Revue Lamy Concurrence*, 2006, pp.69-73.

⁴ DOSIERE, René et VANNESTE, Christian, *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Ass. Nat., n°2925, 28 oct. 2010.

⁵FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Autorités Administratives Incomprises (AAI), *JCP G* 2010, act. 1166.

En outre, s'il est vrai qu'il est usuel d'affirmer que la technique d'un rapport annuel est la meilleure façon se prêter à un contrôle par le Parlement du bon usage par le régulateur de ses pouvoirs et de ses moyens (technique de l'*accountability* comme mode de légitimation), l'affirmation ne vise que les rapports élaborés par les Autorités elles-mêmes et non pas par le Gouvernement.

Cependant, le Conseil constitutionnel n'adopte pas une décision radicale, ce qui aurait certes équivalut à transformer de fait les Autorités administratives indépendantes en autorités constitutionnelles. En effet, la décision *Loi de finances rectificatives pour 2011* se contente d'affirmer qu'une loi simple, fût-elle de finances, ne peut limiter les effectifs et maîtriser l'évolution de ceux-ci au sein des Autorités administratives, ni prévoir un rapport gouvernemental sur les autorités, fût-ce un rapport budgétaire.

Le Parlement doit simplement adopter une règle plus précise au sujet des limites aux pouvoirs trop discrétionnaires du régulateur. En fait, l'article 72 de la Loi de finances française du 28 Décembre 2011⁶ fixe des limites pour l'embauche de personnes payées par l'Etat, c'est-à-dire 2277 personnes pour l'ensemble des Autorités Administratives Indépendantes, en précisant le nombre autorité par autorité (469 par exemple concernant l'AMF, l'Autorité des Marchés Financiers française) (6). Ceci est décevant et il est difficile de savoir si une «question prioritaire de constitutionnalité» (question prioritaire de constitutionnalité) serait suffisante pour protéger les régulateurs, parce que leur indépendance n'est pas encore suffisamment cristallisé au niveau constitutionnel, à partir du moment où ils n'agissent pas comme des tribunaux.

Le Conseil constitutionnel a donc émis une décision, certains diront équilibrée, d'autres diront ambiguë, à la fois prenant en considération que les Autorités administratives indépendantes font partie de l'Etat et doivent à ce titre être soumises aux mêmes contraintes que les autres administrations, en matière financière ou d'évolution d'effectif, surtout en période de restriction budgétaire, mais, parce que le régulateur est intrinsèquement indépendant, seule une loi organique peut opérer ces limites⁷, si celles-ci doivent s'exprimer d'une façon abstraite et radicale. D'une façon concrète et casuistique, loi annuelle de finances après loi annuelle de finances, le législateur est légitime à prendre des dispositions pour contenir les dépenses publiques qui s'appliquent aux régulateurs, comme à tous les organes de l'Etat.

Ce qu'il faut sans doute comprendre de la décision du Conseil constitutionnel, c'est que la nature des autorités de régulation est d'être indépendantes, ce n'est pas d'être des sanctuaires.

⁶ Cliquez [ici](#) pour lire l'article 72 de la Loi de finance.

⁷ En France, la loi organique se situe en dessous de la Constitution mais au-dessus des lois ordinaires. En cas de désaccord entre l'Assemblée Nationale et le Sénat, une loi organique ne peut être adoptée, en dernière lecture, par l'Assemblée Nationale qu'à la majorité absolue de ses membres. En outre, le contrôle de la conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel est obligatoire pour les lois organiques.