

Rencontre avec les élèves de la nouvelle promotion de l'ENA

L'Etat régulateur

**Ecole nationale d'administration (Strasbourg)
Vendredi 25 janvier 2019**

Intervention de Bruno Lasserre¹, vice-président du Conseil d'Etat

Mesdames et Messieurs,

C'est un grand plaisir de vous rencontrer aujourd'hui, alors que vous commencez votre scolarité à l'ENA et que vous vous apprêtez à rejoindre vos premières affectations de stage. Je profite de cette occasion pour vous adresser mes plus sincères félicitations pour votre réussite au concours de l'ENA et mes meilleurs vœux pour cette année 2019, tant d'un point de vue professionnel que personnel.

En passant le concours d'entrée à l'ENA, vous avez fait le choix de servir l'intérêt général et de vous engager au service de l'Etat – ou, pour les lauréats du concours interne, de renouveler votre engagement. Ce choix vous honore et vous pouvez en être fier tant la fonction publique de notre pays a su montrer à travers le temps et même les régimes, et encore aujourd'hui, sa détermination et sa capacité à œuvrer efficacement pour la République et les citoyens de notre pays.

Mais l'Etat au service duquel vous vous êtes placés a bien changé au cours des dernières décennies. Il a subi de profondes transformations tant du point de vue de son organisation que d'un point de vue juridique : sous l'effet de la mondialisation, la souveraineté étatique s'est érodée au profit d'une gouvernance polycentrique faite d'acteurs nouveaux et concurrents, alors qu'en parallèle plusieurs phénomènes sociaux – l'hyper-individualisme et la fragmentation du corps social – questionnent la légitimité et l'efficacité de l'Etat à intervenir au nom de l'intérêt général. Rien de tout cela n'est vraiment nouveau, beaucoup de ces transformations ayant été initiées il y a déjà plusieurs décennies. Mais ce n'est que récemment que la magnitude de ces changements et de leur impact sur le fonctionnement des services publics a été réellement perçue. L'Etat ne se vit plus et ne fonctionne plus aujourd'hui comme hier.

Dans ce contexte a été consacrée une nouvelle notion, celle de régulation, qui constituera le cœur de mon intervention aujourd'hui. Avant d'entrer dans le vif du sujet, je crois important de s'attarder quelques instants sur ce terme et ce qu'il désigne précisément, en particulier en matière d'action publique. Il n'y a pas aujourd'hui un discours relatif à l'Etat et

¹ Texte écrit en collaboration avec Sarah Houllier, magistrat administratif, chargée de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat.

ses modalités d'intervention qui n'ait recours au terme de régulation ou au concept d'Etat régulateur. Un terme qui n'existait pas en droit public et en matière institutionnelle au début des années 1990 est ainsi devenu l'un des mots les plus employés dans ces matières sans que l'on sache toujours bien à quoi cela fait référence. A l'origine, le terme de régulation vient des sciences naturelles et, notamment, de la physique et la cybernétique. Le *Petit Robert* la définit comme « le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct [d'un système complexe] ». Ce n'est par conséquent pas, à première vue, une notion juridique ou politique permettant de qualifier l'action publique. Qu'entend-on donc par la notion d'Etat régulateur ?

En creux, l'Etat régulateur peut d'abord se définir par ce qu'il n'est pas. L'Etat régulateur n'est pas et ne peut être assimilé à l'Etat régalien, celui qui protège et interdit, celui qui garantit l'ordre public et assure la sécurité. L'Etat régulateur ce n'est pas non plus l'Etat prescripteur, celui qui définit et impose les normes applicables dans tous les domaines de la vie sociale. A cet égard, la référence à l'anglais s'avère particulièrement trompeuse dès lors que le mot anglais de « *regulation* » se traduit dans notre langue par « réglementation ». L'Etat régulateur ce n'est pas, enfin, l'Etat opérateur, celui qui fournit des services et intervient directement dans la vie économique et la production des biens.

En revanche, de manière positive, l'Etat régulateur peut être regardé comme une forme intermédiaire entre ces trois différentes acceptions de l'Etat. Si l'on revient à la définition initiale de la régulation, il est ainsi possible d'affirmer que l'Etat régulateur est un Etat transformé dans ses fonctions et modalités d'action, un Etat qui n'est plus un opérateur direct du jeu économique, mais qui tend, par des méthodes normatives plus souples que la prescription et la contrainte, à inciter et à canaliser les comportements individuels et privés² afin d'atteindre un équilibre et de garantir le fonctionnement du système complexe qu'est la société. Il s'agit de concilier des objectifs parfois contradictoires, par des méthodes plus souples et incitatives et sans se substituer aux opérateurs privés. En matière économique, la régulation désigne le phénomène par lequel l'Etat opérateur s'est progressivement désengagé de la production économique à mesure que les marchés s'ouvraient à la concurrence. Elle se rattacherait à l'idée que la libéralisation des secteurs auparavant monopolistiques nécessite l'intervention d'un régulateur indépendant, extérieur à l'Etat régalien, pour garantir la transition vers un secteur concurrentiel tout en assurant le respect de certains objectifs d'intérêt général comme l'accès aux réseaux. L'Etat interventionniste a ainsi laissé la place à un Etat régulateur qui ne participe plus directement à la production des biens et services. Mais cette fonction de régulation n'est pas l'apanage du secteur économique. Lorsque les autorités régionales de santé ou les agences compétentes dans ce secteur – la Haute autorité de santé ou l'Agence du médicament – signent des contrats d'objectifs avec les opérateurs de santé³ ou adoptent des recommandations de bonnes pratiques, elles visent à garantir la réalisation d'un équilibre, considéré comme souhaitable, entre les divers intérêts en présence, pour la plupart divergents, sans toutefois contraindre ou imposer directement.

La régulation a ainsi transformé l'une des fonctions traditionnelles de la puissance publique⁴ – faire advenir un équilibre entre des intérêts divergents, voire contradictoires, qui ne pourrait être réalisé naturellement – en renouvelant ses modalités d'intervention (I). Il est néanmoins clair que sous l'influence de nouvelles réalités économiques, sociales,

² E. Brousseau, *L'évolution de la régulation sectorielle : quels déterminants ? quelles modalités ?*, GovReg Notes, Fondation Paris-Dauphine, p. 29.

³ Par exemple, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens conclus entre les autorités régionales de santé et les établissements de santé qui contiennent des objectifs de performance.

⁴ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2017.

technologiques et politiques, la fonction de régulation initialement cantonnée au secteur économique s'est étendue, ce qui, en retour, interroge sur sa légitimité et son efficacité (II).

*
* *

I. Dans le champ de l'action publique, la régulation se traduit par une profonde transformation du rôle de l'Etat et de ses modalités d'intervention.

A. En premier lieu, cette fonction prend le plus souvent la forme d'une délégation de compétences à des acteurs indépendants du pouvoir politique – dans notre pays les autorités administratives indépendantes, aussi appelées autorités de régulation – qui ont gagné en autonomie à mesure que l'Etat traditionnel a perdu en légitimité.

1. Sans que ce mouvement ne soit propre à la France, qui s'est d'ailleurs inspirée de nombreux exemples étrangers⁵, ce qui frappe d'abord dans la régulation c'est l'externalisation de cette fonction confiée à des autorités indépendantes du pouvoir politique et son autonomisation par rapport aux structures étatiques. L'une et l'autre procèdent assez naturellement de deux grandes tendances ayant accru le souhait d'une action publique plus transparente, plus efficace et capable d'arbitrer de manière impartiale entre plusieurs intérêts contradictoires⁶ : l'érosion de la souveraineté et de la puissance économique et politique des Etats et les critiques de partialité, d'illégitimité et d'inefficacité faites à l'administration traditionnelle. Il en résulte deux phénomènes auxquels l'Etat se devait d'apporter une réponse : d'une part, la société exprime un besoin accru d'efficacité, de transparence et d'impartialité et, d'autre part, les citoyens, pris individuellement, aspirent à être mieux entendus et à participer plus activement aux processus décisionnels. Les autorités administratives indépendantes apparaissent dans ce contexte comme le moyen de répondre à la demande d'adaptation à une réalité économique, sociale et politique nouvelle au travers d'un tiers de confiance chargé de garantir le respect des principes fondamentaux. Cette externalisation n'allait toutefois pas de soi si l'on s'en tient à la lecture de l'article 21 de la Constitution⁷. La conciliation de certains objectifs d'intérêt général au nom de l'Etat pouvait-elle être assurée par des autorités indépendantes du pouvoir politique ? La réponse n'était pas évidente, mais par plusieurs décisions des années 1980⁸, le Conseil constitutionnel a estimé que ces autorités ne méconnaissaient pas, par leur nature même, la Constitution. Il a cependant jugé nécessaire d'encadrer précisément le pouvoir réglementaire de ces autorités qui ne disposent par conséquent pas d'un pouvoir autonome.

2. Ces clarifications faites, l'étendue de la délégation de compétence à des autorités indépendantes et le degré de leur autonomie peuvent continuer à surprendre tant le champ des autorités administratives indépendantes est vaste et tant il s'est diversifié sous l'effet des

⁵ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, Considérations générales du rapport public 2001, EDCE n° 52, La documentation française, 2001, pp. 270-271.

⁶ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2017, p. 109.

⁷ « Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires. / Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. »

⁸ CC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC ; CC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC.

transformations que j'évoquais. Dans ses considérations générales de 2001, le Conseil d'Etat estimait d'ailleurs que leur création devait autant à la nécessité qu'au hasard. Il identifiait en retour les trois raisons qui selon lui pouvaient justifier la création d'une autorité distincte pour l'exercice de compétences traditionnellement dévolues à l'Etat régalien⁹. La première tient à la nécessité d'offrir des garanties renforcées en termes d'indépendance et d'impartialité dans des secteurs très sensibles, notamment parce qu'ils ont trait aux libertés fondamentales. Cette justification trouve sa source dans la perte de confiance, voire la défiance, des citoyens à l'égard de l'Etat et le soupçon de partialité qui pèse sur lui dès qu'il intervient dans ces domaines. Cela se traduit concrètement par la création d'autorités comme la Commission nationale de l'informatique et des libertés en matière de protection des données¹⁰ ou la Commission d'accès aux documents administratifs¹¹. Par les pouvoirs qui sont les leurs ces autorités ont aussi la capacité d'informer, d'enquêter et d'alerter l'opinion et les pouvoirs publics le cas échéant, dans une démarche considérée à la fois comme mieux renseignée et plus experte et surtout moins partielle¹². Le deuxième motif tient à la transformation des conditions économiques que j'évoquais précédemment. Dans un modèle fondé sur la libre concurrence et l'autonomie des acteurs économiques à l'égard de l'Etat, la présence d'un régulateur autonome et spécialisé permet d'assurer le respect de la libre concurrence et de certains équilibres fondamentaux, en même temps qu'une meilleure réactivité et une plus grande expertise dans la prise de décision. Cela correspond aux autorités comme la Commission de régulation de l'énergie (CRE) ou l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Enfin, le Conseil d'Etat estimait en 2001 que la création d'une autorité administrative indépendante pouvait être justifiée par la nécessité d'associer les acteurs économiques ou les professionnels à l'élaboration des décisions les concernant avec le souci que ces décisions soient plus efficaces au regard des contraintes propres au secteur, mieux acceptées et donc mieux exécutées. La régulation assurée par les autorités de régulation est ainsi une nouvelle approche, celle de plus «de souplesse, de réalisme, de compromis affiché»¹³.

B. Cette transformation des fonctions de l'Etat se traduit en outre par une évolution assez nette des techniques mises en œuvre.

1. La régulation, nous l'avons dit, ce n'est pas la réglementation ou la législation. Réguler ce n'est donc pas préparer des textes de loi ou des décrets. Ce n'est pas non plus faire soi-même. En revanche, cela n'exclut pas une certaine activité normative allant de l'allocation des ressources rares à l'arbitrage entre les différends, voire à la sanction, en passant par le droit souple. La régulation recouvre ainsi une nouvelle forme de normativité¹⁴ qui découle de la nécessité de s'adapter à des situations évolutives pour lesquelles les formes habituelles de la loi et du règlement sont inefficaces ou insuffisantes. Sous ce « nouveau pavillon de la normativité »¹⁵ décrit par le professeur Yves Gaudemet, la régulation s'appuie en particulier sur des instruments de droit plus ou moins souple allant des recommandations aux codes de

⁹ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, Considérations générales du rapport public 2001, EDCE n° 52, La documentation française, 2001, pp. 275 et s.

¹⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹¹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

¹² M. Lombard, « Introduction générale », in M. Lombard (dir), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006, pp. 4-5.

¹³ Y. Gaudemet, « Introduction », *Revue française d'administration publique*, 2004/1, n° 109, p. 13.

¹⁴ G. Timsit, « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, 2004/1, n° 109, p. 6.

¹⁵ Y. Gaudemet, « Introduction », *Revue française d'administration publique*, 2004/1, n° 109, p. 13.

conformité, en passant par les lignes directrices, les contrats de performance et les chartes de déontologie. Et cette échelle de normativité graduée¹⁶ permet aux autorités administratives indépendantes de mieux appréhender les situations concrètes pour s’y adapter plus efficacement. En parallèle, la régulation s’appuie sur de nouvelles procédures plus participatives, qui répondent aux critiques faites à la démocratie représentative et au refus d’une logique descendante par laquelle l’Etat imposerait ses décisions sans aucune forme de concertation. En cela, les autorités de régulation répondent aux aspirations des citoyens et des secteurs professionnels dès lors qu’elles produisent un droit plus négocié. Les codes de conformité ou de bonne conduite contribuent en effet à l’émergence de normes fondées sur l’influence et la persuasion plutôt que sur la contrainte. Les consultations publiques organisées par de nombreuses autorités de régulation permettent quant à elles une participation plus active des acteurs concernés au profit d’une meilleure acceptation et donc d’une plus grande efficacité des normes. Lorsque je présidais l’Autorité de la concurrence, nous avons par exemple lancé des consultations sur des sujets aussi divers que le droit souple, la procédure de clémence ou les pénalités auxquelles ont participé de nombreux acteurs et praticiens du droit de la concurrence. Encore récemment, l’Autorité de la concurrence a initié plusieurs consultations en matière de concentrations. Cette manière de procéder permet d’entendre toutes les personnes concernées, les praticiens comme les avocats ou les administrations, de recueillir leur point de vue sur ce qui marche et ce qui ne marche pas et donc de proposer des évolutions qui ont le mérite de reposer sur une expertise et une appréciation fine des enjeux et des problématiques d’un secteur. Le résultat ne plaira sûrement pas à tous, mais au moins il ne pourra être contesté comme émanant d’un régulateur désincarné, insensible aux contraintes et à la réalité du secteur.

Ce ne sont ainsi pas tellement les finalités qui ont changé – l’Etat assure toujours, par délégation, l’arbitrage entre les divers intérêts en présence pour garantir la réalisation d’un certain équilibre assurant un optimum, une satisfaction maximale de tous – mais les moyens mis en œuvre.

II. Mais aussi nécessaire et légitime soit-elle, l’autonomisation de la régulation soulève des interrogations quant à la légitimité et l’efficacité de cette organisation.

A. Compte tenu des pouvoirs qu’elles détiennent et de leur indépendance à l’égard du pouvoir politique, les autorités de régulation doivent rester soumises à une certaine forme de contrôle qui échoit principalement aux juges.

1. Dans un premier temps, la difficulté n’était pas tant l’excès d’indépendance – réel ou supposé – des autorités de régulation, ni l’étendue de leurs pouvoirs, mais plutôt la crainte de voir le politique empiéter sur leur champ de compétence et remettre en cause leur impartialité. Les juges se sont donc attachés à préciser et entériner les caractéristiques essentielles du statut des autorités de régulation, en particulier leur indépendance à l’égard du pouvoir politique. Par sa décision *Retail* de 1981¹⁷, le Conseil d’Etat a pris acte de la naissance d’une nouvelle catégorie d’autorités administratives dotées pour certaines de pouvoirs étendus, voire quasi-normatifs¹⁸ ou quasi-juridictionnels¹⁹. Il en a d’abord rappelé le caractère administratif²⁰ et le

¹⁶ Etude annuelle 2013 du Conseil d’Etat, *Le droit souple*, La documentation française, 2013, pp. 70-71.

¹⁷ CE Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, n° 5130.

¹⁸ CC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC.

fait que leurs décisions sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat²¹. Il a ensuite largement contribué à préciser l'étendue de leurs pouvoirs, notamment réglementaire. Le Conseil d'Etat a, par exemple, confirmé la compétence de l'Autorité des marchés financiers pour publier des communiqués de « mise en garde », alors même que les textes ne le prévoyaient pas expressément, dès lors que cela correspond à l'exercice de sa mission de protection de l'épargne et d'information des investisseurs²². Le juge de l'excès de pouvoir sanctionne également, le cas échéant, l'incompétence négative manifestée par une insuffisante action des autorités de régulation au regard des objectifs qui leur sont assignés²³. Tout en formalisant un corpus de règles procédurales exigeant et protecteur, le juge administratif s'est montré sensible à la raison d'être de ces autorités, c'est-à-dire la nécessité de disposer de structures plus légères, plus adaptables et plus souples. Il a ainsi développé une conception pragmatique des droits de la défense, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui module l'application de l'article 6 de la Convention lorsque des impératifs d'efficacité et d'économie le justifient²⁴. D'autre part, le Conseil d'Etat a veillé à préserver l'impartialité et l'indépendance des autorités de régulation²⁵. La confirmation de ces règles par les lois du 20 janvier 2017 – qui consacrent les garanties d'indépendance et d'impartialité et précisent les règles en matière de conflits d'intérêts – ne fait ainsi qu'entériner une position déjà clarifiée par la jurisprudence et que le Conseil d'Etat a depuis confirmée²⁶.

2. Mais tout en étant sensibles à l'utilité et la pertinence de ces autorités, les juges administratifs et constitutionnels se sont, dans un second temps, attachés à assurer leur soumission au principe de légalité²⁷. Le Conseil d'Etat veille en particulier à garantir la qualité de la procédure suivie par ces autorités, comme dans l'exercice de leurs fonctions répressives. A cet égard, il a assuré la transposition en droit de la régulation de certains principes essentiels du droit pénal : le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères²⁸ et de rétroactivité *in mitius*²⁹, le principe de personnalité des peines³⁰ ou le principe *non bis in idem*³¹. En outre, et conformément au mouvement également observé dans le contentieux administratif général, le Conseil d'Etat a approfondi son contrôle sur les décisions et les sanctions édictées par les autorités de régulation. Cette évolution est notamment visible s'agissant de l'exercice de leurs fonctions répressives. Les piliers du procès équitable – le

¹⁹ L'octroi par le législateur de pouvoirs de sanction à une autorité administrative indépendante ne porte pas atteinte au principe de séparation des pouvoirs (CC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC).

²⁰ CE Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, n° 5130.

²¹ CE Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, n° 96004.

²² CE Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082.

²³ CE, 9 octobre 2015, *Société Bouygues Télécom*, n° 379579 s'agissant du refus de principe de l'ARCEP de réexaminer les conditions d'accès à l'itinérance d'un opérateur de téléphonie mobile au regard de l'évolution de la concurrence entre les opérateurs ; CE Sect., 30 novembre 2007, *M. Tinez et autres*, n° 293952 s'agissant du refus de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) d'engager une procédure de sanction.

²⁴ CEDH gr.ch., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, n° 73053/01, pts. 42 et 43.

²⁵ CE Sect., 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision (M6)*, n° 338273, pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; CE, 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, n° 334396, pour la Haute autorité de santé.

²⁶ CE, 18 juillet 2018, *Fédération des médecins de France*, n° 411345.

²⁷ CC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC pt. 23 et CC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, pt. 8.

²⁸ CE Sect., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276926.

²⁹ CE Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, n° 274000.

³⁰ CE Sect., 22 novembre 2000, *Société Crédit agricole Indosuez Chevreux*, n° 207697.

³¹ CE, 30 mai 2007, *M. Dubus et Société Dubus*, n° 283888.

respect du débat contradictoire et du principe d'impartialité – sont ainsi garantis³². Le juge administratif se montre aussi attentif aux conditions dans lesquelles les autorités de régulation cumulent des fonctions d'instruction, de poursuite et de sanction³³ ou peuvent s'auto-saisir³⁴. Dans un Etat de droit et un cadre démocratique, il était en effet impensable que des autorités auxquelles sont conférés des pouvoirs aussi importants, quasi-juridictionnels pour certaines, puissent n'être soumises à aucun contrôle, pas même celui des citoyens ou des juges. L'idée que les autorités de régulation doivent faire état de la manière dont elles ont accompli leurs missions ne pouvait non plus être ignorée³⁵ et la loi du 20 janvier 2017 prévoit d'ailleurs des dispositions tendant au renforcement de leur obligation de rendre des comptes de leur activité au Parlement³⁶.

B. Malgré tout, des interrogations subsistent sur le positionnement des autorités de régulation dans le paysage institutionnel³⁷.

1. L'un des premiers risques identifiés est que la multiplication des autorités administratives indépendantes aboutisse à un démantèlement et un éparpillement de l'Etat, ce qui n'est bien sûr pas souhaitable. Leur nombre crée aussi des difficultés dès lors qu'il comporte le risque d'accroître la complexité du paysage institutionnel et d'être facteur d'insécurité juridique là où les autorités indépendantes étaient précisément envisagées comme un vecteur de simplification et d'efficacité. Dans son rapport de 2001, le Conseil d'Etat en dénombrait entre 25 et 35³⁸ tandis que le rapport « Mézard » de 2015 en comptait 50³⁹. Une certaine rationalisation s'imposait donc. Une première évolution a eu lieu avec la loi organique⁴⁰ et la loi ordinaire du 20 janvier 2017⁴¹ qui créent un statut général des autorités administratives et autorités publiques indépendantes. Sans obérer la diversité des règles et des organisations, qui répond à la diversité des missions confiées aux autorités de régulation, ces textes fixent une liste limitative des autorités administratives ou publiques indépendantes et prévoient un socle commun de règles fondamentales, notamment en matière d'indépendance et de prévention des conflits d'intérêts. Cette clarification est salutaire sans pour autant conduire à une harmonisation généralisée qui ferait perdre beaucoup de son intérêt à la formule dès lors que les autorités ne pourraient plus s'adapter avec la même souplesse à la diversité des secteurs qu'elles régulent. Au-delà de cet effort, une rationalisation du paysage existant pourrait être envisagée en concentrant les autorités administratives indépendantes qui

³² CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434.

³³ Voir l'arrêt CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434 par lequel le Conseil d'Etat estime, implicitement, que le cumul des fonctions d'accusation et de décision est contraire au principe d'impartialité.

³⁴ Le Conseil d'Etat a jugé que la faculté pour une autorité de régulation de s'auto-saisir n'était pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, à condition de respecter le principe d'indépendance de l'autorité de sanction ainsi que les droits de la défense (CE Sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122 ; CE Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et Société Vivendi Universal*, n° 353856).

³⁵ M. Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 530.

³⁶ Articles 21 à 23 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

³⁷ Voir l'ouvrage de M. Lombard (dir), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006.

³⁸ Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, Considérations générales du rapport public 2001, EDCE n° 52, La documentation française, 2001, p. 257.

³⁹ Rapport de la commission d'enquête du Sénat sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes (dit « Rapport Mézard »), 29 octobre 2015, p. 13.

⁴⁰ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes.

⁴¹ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

exercent des compétences proches ou se chevauchant. Il pourrait à tout le moins être envisagé une meilleure coordination de ces autorités lorsqu'elles exercent leurs compétences dans des secteurs voisins. Je note ainsi que le Défenseur des droits et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ont conclu une convention pour croiser les informations sur les sujets qu'ils peuvent avoir en commun⁴². Il est également fréquent que les autorités de régulation sectorielle collaborent avec l'Autorité de la concurrence sur des sujets communs. C'est le cas dans le contrôle des concentrations : lorsqu'elle examine un cas, l'Autorité de la concurrence sollicite systématiquement l'avis des autorités de régulation du secteur concerné, notamment la CRE, l'ARCEP ou le CSA⁴³. En ma qualité d'ancien président de l'Autorité de la concurrence, j'attire toutefois l'attention sur la nécessité que ces collaborations et les clarifications nécessaires se fassent dans le respect des champs de compétence des uns et des autres. Il est régulièrement envisagé de confier à l'Autorité de la concurrence des compétences nouvelles car elle a su démontrer, au fil des années, sa capacité à agir avec efficacité, indépendance et impartialité. Mais l'Autorité de la concurrence ne peut pas être un redresseur de torts universel. La circonstance qu'elle opère dans un champ qui est transversal par nature – celui de la libre concurrence – ne doit pas l'amener sur un terrain qui n'est pas le sien, à savoir celui de la régulation sectorielle.

2. En parallèle, l'essor d'une régulation autonome, menée par des autorités indépendantes ou d'autres acteurs non-étatiques, interroge sur l'efficacité et la légitimité de cette intervention. D'une part, l'essor des autorités de régulation ne doit pas faire croire à l'obsolescence définitive de l'Etat et de l'administration « traditionnelle ». Les autorités administratives indépendantes n'ont en effet pas vocation à devenir le mode d'administration de droit commun, la régulation n'étant qu'une facette de l'Etat contemporain qui, avec les lois et les règlements et l'utilisation des moyens de contrainte qui sont les siens, continue de détenir le « monopole de la violence physique légitime »⁴⁴ et reste le garant de l'ordre et de la sécurité publics autant que de l'organisation des relations politiques. Les insuffisances de la démocratie représentative n'impliquent pas sa remise en cause définitive, l'élection demeurant la base du principe démocratique, même complétée par de nouvelles formes de consultation et de participation. L'Etat reste, y compris en matière économique, le garant des grands équilibres et le protecteur des principes fondamentaux⁴⁵. C'est lui qui définit le cadre juridique sans lequel les marchés ne peuvent pas fonctionner et qui assure la médiation entre les différents intérêts publics et privés en présence. C'est la réalité positive des choses, mais c'est aussi une réalité qu'il faut préserver tant il est difficilement concevable, d'un point de vue démocratique, que des normes soient définies ou mises en œuvre par des acteurs échappant à toute forme de contrôle⁴⁶ sauf à ce que la défiance accumulée à l'égard des institutions traditionnelles ne finisse par se reporter sur les autorités indépendantes, comme cela peut déjà arriver occasionnellement. D'autre part, la légitimité, la crédibilité et l'efficacité des autorités de régulation découlent de leur capacité à rester pertinentes face aux évolutions économiques, sociales et technologiques. Cela implique que ces autorités aussi sachent faire évoluer leurs méthodes et leur organisation pour répondre aux changements. Cela suppose également que leur périmètre d'intervention fasse l'objet d'une évaluation

⁴² Audition d'Adeline Hazan, contrôleur général des lieux de privation de liberté dans le rapport de la commission d'enquête du Sénat sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes (dit « Rapport Mézard »), 29 octobre 2015, p. 29.

⁴³ E. Brousseau, *L'évolution de la régulation sectorielle : quels déterminants ? quelles modalités ?*, GovReg Notes, Fondation Paris-Dauphine, p. 27.

⁴⁴ M. Weber, *Le savant et le politique*, Plon, 1963, p. 125.

⁴⁵ J-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2010, p. 141.

⁴⁶ J-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2010, p. 161.

régulière afin d'éviter les doublons éventuels entre autorités, mais surtout une dispersion des moyens et de l'expertise au détriment de la qualité décisionnelle.

*
* *

Mesdames et Messieurs, l'exemple de la régulation enseigne plusieurs choses. La première est que l'Etat, confronté à des défis inédits et des problématiques nouvelles, doit savoir s'adapter. C'est la condition de sa survie et de celle de nos institutions et la régulation souligne que l'Etat a su le faire pour répondre à l'évolution des conditions économiques, politiques et sociales et aux aspirations des citoyens. L'exemple de la régulation montre également que cette adaptation peut se faire dans le respect des valeurs et des principes fondamentaux qui guident notre République et notre démocratie. Il témoigne enfin de la nécessité pour l'Etat, dans toutes ses fonctions, de savoir se remettre en cause. Car si la régulation est apparue un jour essentiel pour répondre à de nouvelles demandes et relever certains défis, elle subit aujourd'hui des critiques qui interrogent sa pertinence autant que sa légitimité. Il faut à nouveau que l'Etat sache y répondre en acceptant de regarder en face ces questions, d'évaluer ce qui a été fait, de recenser ce qui fonctionne aussi bien que les échecs et d'en tirer les conséquences. Ce n'est qu'à ce prix que l'Etat pourra continuer à progresser au service de nos concitoyens.

Et à l'heure où vous entamez votre scolarité à l'ENA, il est important que vous mesuriez cette adaptabilité et que vous sachiez la faire vivre vous qui entrez dans la haute fonction publique à un moment si particulier. En effet, comme vous le sentez, 2019 sera une année charnière pour notre pays : nous devons trouver les réponses appropriées pour répondre à la crise que nous connaissons depuis plusieurs semaines ; l'Union européenne et certains de nos voisins européens subissent également des remises en cause qui nous fragilisent tous à l'heure où le Royaume-Uni s'enlise dans le Brexit ; certains de nos partenaires historiques se détournent de leurs engagements internationaux alors même que nous gagnerions à unir nos forces pour provoquer les inflexions nécessaires. Les sources d'inquiétudes sont donc nombreuses et la tâche est grande. Mais je ne terminerai pas mon intervention sur cet augure pessimiste car si les sommets à atteindre sont élevés je crois sincèrement que les solutions existent. Il nous revient de les trouver ensemble, en joignant nos forces et en nous regroupant autour des valeurs et des principes qui sont au fondement de notre pacte social : l'Etat de droit, la protection des libertés individuelles et la sauvegarde de l'intérêt général. Votre regard neuf est attendu sur toutes ces questions. Vous devrez, dans les prochaines années et décennies à venir, faire preuve de créativité et d'audace pour proposer des solutions aux problèmes de notre pays, pour réformer ce qui doit l'être et pour protéger ce qui doit être préservé. Il nous revient d'être à la hauteur des attentes placées en nous et des principes fondamentaux du service public dont l'adaptabilité est loin d'être le moins important.