

Les autorités de régulation, contrôle et démocratie⁽¹⁾

Abdessaïem FATNASSI

**Maître de conférences agrégé
à la Faculté de droit et sciences politiques de Sousse.
Université de Sousse.**

Les autorités de régulation représentent de nouveaux outils administratifs et institutionnels qui s'inscrivent dans le mouvement de l'évolution qu'a connu l'administration moderne. Cette évolution se manifeste à travers le renouvellement des modalités de contrôle que l'État, par le biais de l'administration, exerce sur les différents secteurs privés et publics et à travers la recherche de nouvelles finalités et de nouvelles raisons pour l'activité étatique d'une manière générale et pour l'activité administrative d'une manière particulière : repenser la dimension démocratique de l'activité administrative⁽²⁾ et rationaliser l'action publique⁽³⁾.

7

S'agissant des autorités de régulation, il convient de les définir étymologiquement. Il s'agit d'abord d'« autorité » dotée des moyens d'action juridiques pour remplir les missions qui lui sont confiées. Leur fonction de « régulation » consiste à encadrer le développement des secteurs de la vie sociale, en veillant à l'établissement de certaines règles de jeu et au maintien de certains équilibres.

- (1) La présente étude a fait l'objet d'une communication qui a été présentée à l'occasion d'un Colloque portant sur le thème « Contrôle et démocratie » organisé par la Faculté de droit et des sciences politiques de Sousse les 30 novembre et 1^{er} décembre 2012.
- (2) **Elisenda MALARET**, Droit, Administrations publiques et nouvelles technologies d'informations et de communications : Vers la restructuration de l'espace public, in Mélanges **Gérard TIMSIT**, Bruxelles, Buylant, 2004, pp. 413-431.
- (3) **Jean-Bernard AUBY**, Régulations et droit administratif, in Mélanges **Gérard TIMSIT**, op. cit, pp.209-233.

Cette définition suppose que les autorités de régulation possèdent un pouvoir d'édicter des normes de portée générale ou de contribuer à leur élaboration. Elles échappent par conséquent à tout lien de dépendance hiérarchique ou de tutelle⁽⁴⁾.

Ces différents critères d'identification des autorités de régulation ne présentent qu'une description générale de cette catégorie institutionnelle spécifique. Les autorités de régulation incarnent une catégorie de institutions administratives plutôt qu'une institution administrative bien déterminée⁽⁵⁾. Elles englobent une diversité institutionnelle qui se caractérise par un certain nombre de spécificités par rapport à l'administration traditionnelle : la spécificité de la mission, la spécificité de l'insertion institutionnelle et la spécificité des moyens⁽⁶⁾. De ce fait, les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes sont considérées, dans le cadre de cette étude, comme faisant partie des autorités de régulation.

8

A ce propos, le Professeur Gérard TIMSIT préconise la nécessité de distinguer entre le niveau phénoménal qui révèle une grande diversité empirique des autorités de régulation, et le niveau conceptuel qui suppose la détermination des caractéristiques communes à tous ces phénomènes considérés dans leur diversité⁽⁷⁾.

Pour ce qui concerne le deuxième terme de notre sujet à savoir « le contrôle », il représente un mécanisme qui permet de superviser ou d'observer un comportement social ou institutionnel. Le « Contrôle »

(4) Jacques CHEVALLIER, *Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ?*, R.F.D.A., n° 5, Septembre - Octobre, 2010, p. 896.

(5) Lotfi TARCHOUNA, *Les autorités de régulation en Tunisie*, in « les mutations de l'action publique au Maghreb », actes de Colloque organisé par la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Unité de recherche droit et gouvernance, 2007, p.225.

(6) Lotfi TARCHOUNA, *Les autorités de régulation en Tunisie*, op. cit., p. 207.

(7) *La notion de régulation, la notion et le phénomène*, RFAP, n° 109, 2004, p. 6.

a une dimension juridique qui exprime l'idée de la vérification de la compatibilité et la conformité des actes administratifs aux référentiels fondamentaux du système juridique. La notion du « Contrôle » possède d'un autre côté une dimension sociologique qui perçoit toute la société comme un ensemble de mécanismes de contrôle, à la fois incitatifs et limitatifs, qui mettent en jeu les initiatives et les ressources des individus, les contraintes collectives et les obligations morales⁽⁸⁾.

C'est dans la perspective de cette double dimension de contrôle que l'action des autorités de régulation est supposée inscrite⁽⁹⁾.

Le domaine d'action des autorités de régulation est très varié. Les autorités de régulation agissent dans le domaine économique⁽¹⁰⁾, financier⁽¹¹⁾, environnemental⁽¹²⁾ et sanitaire⁽¹³⁾ etc. Elles interviennent également dans des domaines ayant une relation directe avec la démocratie⁽¹⁴⁾. La relation des autorités de régulation avec la démocratie réside dans le fait que celle-ci se définit, dans ce contexte, comme une nouvelle rationalité de l'action publique qui repose sur l'idée de l'impartialité des régulateurs et l'avantage de la « réflexivité » de leurs compétences dans les domaines régulés. Ainsi perçue, la démocratie ne signifie plus uniquement la légitimité électorale du décideur. Elle vise également de nouvelles formes

9

(8) **Raymond BOUDON** et **François BOURRICAUD**, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, P.U.F, 1982, p. 112.

(9) - **Jean-Louis AUTIN**, *Le devenir des autorités administratives indépendantes*, R.F.D.A, n°5, septembre-octobre, 2010, p. 881.

(10) - **Yosr HAFHOUF**, *Ordre public économique et régulation*, in « La régulation », Actes du Colloque organisé le 5 et 6 mars 2010, 2011, p. 55.

(11) - **Walid BEN SALAH**, *La régulation des marchés financiers*, in « La régulation », op. cit., p. 215.

(12) - **Laurent NEYRET**, *La régulation environnementale*, in « la régulation », op. cit., p.201.

(13) - **Amel AOUIJ-MRAD**, *La régulation du secteur de santé dans un contexte de transaction*, in « La régulation », op. cit., p. 79.

(14) Comme les élections, la presse, les données personnelles, les pratiques religieuses et les cultes etc.

de démocratie qui tentent de dépasser les limites de la démocratie représentative classique. La démocratie participative, la démocratie réflexive, la démocratie administrative sont toutes des nouvelles modalités compatibles avec la logique de la régulation qui constitue le fondement essentiel de l'invention des autorités de régulation.

L'action des autorités de régulation s'inscrit dans la nouvelle conception de l'État régulateur⁽¹⁵⁾, et s'intègre dans le nouveau paradigme de la « gouvernance »⁽¹⁶⁾ qui se veut être « un nouvel ordre politique », où la politique s'exerce autrement et le pouvoir se déploie différemment. L'apparition des autorités de régulation est fondée sur la recherche de mécanismes destinés à remédier à un manque ou une crise : « un manque ou une crise de la normativité régissant le fonctionnement de nos sociétés : un manque ou une crise de la normativité sociale »⁽¹⁷⁾. Dans un cadre plus spécifique, le contexte transitionnel actuel de la Tunisie suppose, selon les recommandations institutionnelles de la transmission, le recours aux autorités de régulation qui sont a priori capables de contribuer à la réussite de la transition démocratique. La mise en place de certaines instances appropriées dans des secteurs significatifs en matière de démocratie et de libertés fondamentales peut faciliter, sur le plan institutionnel, la gestion et la gouvernance de la période transitionnelle en Tunisie dans la perspective de la démocratisation de la vie politique et la rationalisation de l'action publique à cet égard. La présente étude se propose donc le décryptage de la dimension relationnelle et dialectique qui lie les autorités de régulation, le contrôle et la démocratie.

(15) Yves POIRMEUR, *L'État régulateur en France*, in « la régulation », op. cit., p. 7 et s. ; Sophie DABBOU BEN AYED, *L'État régulateur : les spécificités du cas tunisien*, in la « régulation », op. cit., pp. 31-53.

(16) Hatem MRAD, *La gouvernance ou la quête d'un nouvel ordre politique*, in Mélanges Dali JAZI, Tunis, C.P.U, 2010, p. 599 et s.

(17) Gérard TIMSIT, *La régulation : la notion et le phénomène*, op. cit., p. 6.

Les autorités de régulation concrétisent un nouveau contrôle qui vise une nouvelle démocratie (**Première partie**). Elles représentent d'un autre côté un nouveau mécanisme qui a besoin d'un environnement approprié (**Deuxième partie**).

Partie 1:

Les autorités de régulation : Un nouveau contrôle qui vise une nouvelle démocratie :

Conscientes de nombreuses mutations de leur environnement interne et international, l'administration et les autorités publiques en général essaient de prendre en considération le glissement des repères et des référentiels de leur action. Les autorités de régulation représentent à cet égard l'une des manifestations institutionnelles de cette mutation substantielle de l'action publique dans tous les domaines. De ce fait, les autorités de régulation révèlent une conception post-moderne de la politique (**Paragraphe 1**) et de l'administration (**Paragraphe 2**).

11

Paragraphe 1:

Les autorités de régulation : Une conception repensée de la politique

La spécificité de la mission des autorités de régulation suppose, logiquement, leur insertion spécifique dans le système institutionnel⁽¹⁸⁾. Cette insertion consiste à rompre avec la logique de l'administration traditionnelle gouvernée par un principe fondamental à savoir la subordination au pouvoir politique. Le pouvoir politique est supposé avoir l'entière légitimité électorale et donc avoir toute la compétence et la capacité de disposer de l'administration. Le propre des autorités de régulation, c'est qu'elles bénéficient d'une très large

(18) **Aude ROUYERE**, *La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : Quelle signification ?* R.F.D.A., n° 5, Septembre-Octobre, 2010, p.888 ; **Lotfi TARCHOUNA**, *Les autorités de régulation en Tunisie*, in les mutations de l'action publique au Maghreb, Actes des deuxièmes journées maghrébines de droit, 2007, p. 209.

indépendance par rapport au pouvoir exécutif. Cette indépendance semble être sollicitée par le pouvoir politique lui-même qui veut de sa part renouveler les moyens de l'action publique et créer par là une légitimité autre qu'électorale. D'où une nouvelle conception de faire la politique.

Toutefois, la création des autorités de régulation s'est heurtée dès l'origine au principe démocratique. Le grief a été articulé par plusieurs auteurs et sous des formules voisines. « Entorse au pouvoir démocratique »⁽¹⁹⁾ ou encore « atteinte subreptice à notre conception du système démocratique »⁽²⁰⁾.

Progressivement et sous l'impulsion des impératifs des mutations survenues sur le plan économique et politique, l'utilité et la pertinence des autorités de régulation ont été reconnues. Pour le Professeur P.ROSANVALON, il existe à côté de la « légitimité électorale » classique mais en crise, une « légitimité d'impartialité » qui s'incarne dans les autorités de régulation⁽²¹⁾. Pour cet auteur, « un pouvoir n'est jamais considéré comme pleinement démocratique que s'il est soumis à des épreuves de contrôle et de validation à la fois concurrentes et complémentaires de l'expression majoritaire »⁽²²⁾ ; Et se référant plus précisément aux autorités de régulation, il ajoute « il ne s'agit le plus souvent encore que d'expressions partielles et inachevées. Mais on ne donnera un caractère véritablement démocratique à ces institutions que si on les pense comme telles »⁽²³⁾.

(19) Jacques CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, La semaine juridique, Doct. 3254, 1986.

(20) P. SABOURIN, *Les autorités administratives indépendantes dans l'État*, in C.A. COLLIARD et G.TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Coll. Les voies du droit, P.U.F, 1988, p.114.

(21) P. ROSANVALON, « *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, Proximité* », Seuil, 2008, p.121.

(22) In le Monde, *La République des idées*, 29 Avril 2009.

(23) Ibid.

L'ancrage des autorités de régulation dans le paysage institutionnel de l'État permet de rationaliser les fondements démocratiques de l'exercice du pouvoir politique. Il permet également de dépasser la crise de la démocratie représentative classique. Dans ce sens le philosophe F.A.HAYEK a écrit : « Ce fut une illusion tragique d'imaginer que l'adoption de procédures démocratiques permettait de se dispenser de toute autre limitation du pouvoir gouvernemental. L'on se persuada que le « contrôle du gouvernemental » par la législature démocratiquement élue remplacerait efficacement les limitations traditionnelles, alors qu'en fait la nécessité de former des majorités pour soutenir les programmes de mesures favorisant des groupes spécifiés introduisait une nouvelle source d'arbitraire et de partialité, entraînant des résultats incompatibles avec les principes moraux de la majorité. Comme nous le verrons, le résultat paradoxal est qu'un organisme représentatif possédant un pouvoir non limité se trouve dans l'incapacité de faire les principes généraux qu'il approuve ; en effet, dans un tel système, la majorité ne peut faire autrement, pour rester majorité, que de s'assurer le soutien de divers intérêts en leur attribuant des avantages particuliers »⁽²⁴⁾.

13

Il est clair donc que les autorités de régulation peuvent représenter un moyen pour consolider la démocratie représentative et même la protéger contre elle-même.

De plus, il y a des domaines où l'intervention des autorités publiques classiques suscite un grand dérangement pour le secteur lui-même. En effet, les élections, la presse, la protection des données à caractère personnel représentent, toutes, des domaines sensibles à l'égard de l'intervention des autorités politiques. La création des autorités administratives indépendantes pour régler ces secteurs est de nature à évacuer les craintes de l'influence des considérations

(24) - F.A.HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Paris, P.U.F, vol. 3, 1984, p. 3 et 4.

politiques dans l'organisation et la réglementation de ces différentes activités. L'expérience française est remarquablement édifiante à cet égard. La première autorité de régulation, qui a été créée en 1978, a été chargée de la régulation de l'informatique dans son rapport avec les libertés (La commission nationale Informatique et Liberté). Cette autorité administrative indépendante n'est pas restée isolée, d'autres institutions seront construites par la suite sur le même modèle, notamment la Haute autorité de l'audiovisuel (1982) et l'éphémère Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse (1984).

L'expérience des autorités de régulation en Tunisie a commencé tardivement et dans un autre contexte. Les impératifs de l'ajustement structurel de l'économie depuis les années 1987, et les nécessités de la transaction démocratique annoncée depuis la même période ont largement justifié leur entrée dans le paysage institutionnel tunisien⁽²⁵⁾. Il s'agit du Médiateur administratif tunisien⁽²⁶⁾ (créé en 1987) qui peut être considéré comme la première autorité de régulation en Tunisie. Il s'agit aussi de la commission de la concurrence et des prix créée par la loi du 29 Juillet 1991, cette commission a été transformée par la loi du 18 Juillet 2005 en un Conseil de concurrence⁽²⁷⁾.

Ce qui est curieux, c'est qu'à l'exception de l'Instance Nationale de protection des données à caractère personnel, créée par la loi du 27

(25) **Lotfi TARCHOUNA**, *Les autorités de régulation en Tunisie*, op. cit., p. 206 ; **Walid HELALI**, *Les autorités de régulation en Tunisie*, Mémoire de D.E.A en droit public et financier, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2003-2004.

(26) Sur le médiateur administratif tunisien, voir **Lotfi TARCHOUNA**, *L'institution du médiateur administratif en Tunisie*, in Mélanges Hareth MZIOUDET, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, p.p.219-322 ; **Ahmed CHAKER**, *Le médiateur administratif tunisien*, Mémoire D.E.A en droit public, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Sousse, 1993-1994.

(27) Loi n° 2005-60 du 18 Juillet 2005 modifiant et complétant la loi n° 91-64 du 29 Juillet 1991 relative à la concurrence et des prix. JORT du 19 Juillet 2005 n° 57 p. 1753 et s.

Juillet 2004⁽²⁸⁾, la majorité des autorités de régulation en Tunisie ne s'intéresse pas à la démocratisation de la vie politique et à la protection des libertés fondamentales. Elle a pour terrain de prédilection l'économie, les finances, les banques et les télécommunications.

L'absence d'une volonté politique d'instaurer des institutions de régulation qui redéploient l'exercice du pouvoir et renouvellent la légitimité du pouvoir politique a contribué progressivement à l'usure de toute légitimité de tout le régime politique qui a fini par s'effondrer le 14 janvier 2011.

Après le 14 janvier 2011, la première institution de régulation qui a été créée est à caractère significativement politique. Elle intervient directement dans un domaine ayant une relation directe avec l'exercice démocratique à savoir les élections. En effet, dans le cadre de la préparation des élections de l'Assemblée Nationale Constituante du 23 Octobre 2011, une autorité de régulation, appelée Instance Supérieure Indépendante pour les Elections (ISIE), a été créée par le décret-loi n° 27-2011 du 18 Avril 2011⁽²⁹⁾. Cette institution représente, pour la première fois en Tunisie, une véritable autorité de régulation avec toutes ses exigences et ses caractéristiques. L'ISIE est, selon l'article 3 de ce décret-loi, une instance indépendante dotée de la personnalité juridique et financière et ayant pour but l'organisation des élections de l'Assemblée Nationale Constituante. Son budget est fourni par l'État. Elle n'est pas assujettie, à titre exceptionnel, au contrôle préalable des dépenses publiques alors que son budget provient directement des caisses de l'État. Elle est par contre assujettie à un contrôle financier a posteriori opéré par la Cour

(28) Loi organique n° 2004-63 du 27 Juillet 2004 portant la protection des données à caractère personnel. Chapitre VI de la loi, article 75, JORT du 30 Juillet 2004, n° 61, p. 1995 et s. ; et décret n° 2007-3003 du 27 novembre 2007 fixant les modalités de fonctionnement de l'instance nationale de protection des données à caractère personnel, J.O.R.T n° 96 du 30 Novembre 2007, p.4038.

(29) J.O.R.T, n° 27 du 19 avril 2011, p. 484.

des comptes. Par ailleurs, la mission confiée à l'ISIE semble être très importante. Selon l'article 4 du décret-loi précité, L'ISIE veille à ce que les élections se déroulent d'une manière démocratique, plurielle, honnête et transparente. Elle a pour mission de préparer les élections, en assurer la supervision et le contrôle de toute l'opération électorale⁽³⁰⁾.

Contrairement aux autorités de régulation antérieures au 14 janvier 2011, l'ISIE manifeste une très large indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Tous ses 16 membres sont élus par la Haute instance pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique⁽³¹⁾. Pour la première fois en Tunisie, l'organisation, le contrôle et la supervision des élections échappent entièrement au pouvoir politique. Ce qui constitue un grand changement au niveau du traitement de l'opération électorale,

(30) Les missions de l'ISIE sont les suivantes :

- l'application du décret-loi relatif à l'élection de l'Assemblée Nationale Constituante.
- la proposition du découpage des circonscriptions électorales qui seront fixées par décret après avis de la Haute instance pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique.
- la préparation du calendrier des élections.
- la fixation des listes des électeurs.
- la garantie du droit de vote à tous les citoyens.
- la réception des demandes de candidatures aux élections.
- assurer le suivi des campagnes électorales et garantir l'égalité entre les candidats.
- l'organisation de campagnes afin d'expliquer le mode de scrutin et inciter les citoyens à participer aux élections.
- contrôler l'opération électorale le jour des élections et assurer la supervision du scrutin et du dépouillement.
- recevoir et trancher les requêtes suivant le décret-loi relatif à l'élection de l'ANC.
- affecter les observateurs et les contrôleurs tunisiens aux bureaux de vote.
- Affecter les observateurs étrangers représentant les associations et les organisations internationales.
- déclarer et communiquer les résultats préliminaires ainsi que les résultats définitifs.
- préparer un rapport sur le déroulement des élections et le publier.

(31) Il est à noter que le nombre des membres de l'ISIE a été réduit à 9. De plus, l'élection de ses membres s'effectue désormais par l'Assemblée Nationale Constituante. Voir loi organique n° 2012-23 du 20 décembre 2012 portant création de l'ISIE, JORT n° 101 du 21-12-2012.

et ce grâce à ce procédé de l'autorité de régulation à savoir l'ISIE. La pertinence de cette instance réside dans le fait qu'elle garantit l'impartialité de son fonctionnement et de sa mission. L'élément de l'impartialité constitue désormais une composante essentielle dans la réglementation de certaines activités.

La même finalité semble avoir poussé les autorités politiques après le 14 janvier 2011 à créer une autre autorité de régulation dans un domaine très important sur le climat démocratique dans le pays. C'est l'Instance Nationale Indépendante pour la réforme du secteur de l'information et de la communication qui a été créée par le décret-loi du 2 mars 2011⁽³²⁾. En lisant l'article 2 de ce texte constitutif, on trouve les caractéristiques fondamentales de la régulation juridique qui repose sur l'implication des acteurs du secteur régulé dans sa réglementation. Cet article prévoit clairement que « l'Instance se charge d'émettre des propositions sur la réforme du secteur de l'information et de la communication conformément aux standards internationaux en matière de libertés d'expression. L'instance est habilitée à proposer les textes législatifs nécessaires afin d'atteindre les objectifs de la révolution et de préserver le droit du peuple à une information libre, pluraliste et neutre ». Il en ressort donc que le pouvoir exécutif veut impliquer les acteurs du secteur de l'information et de la communication dans la réglementation juridique de cette activité, ce qui constitue une nouveauté au niveau de la gestion des affaires publiques qui était animée traditionnellement par une attitude autoritaire et centralisée. L'implication de cette instance de régulation se justifie par l'avantage de la réflexivité et la proximité dont les acteurs de ce secteur disposent en raison de leur connaissance et leur professionnalisme en la matière.

(32) - Décret-loi n° 2011-10 du 2 mars 2011, J.O.R.T n° 14 du 4 mars 2012.

Au total, il convient de souligner la grande différence du rôle joué par les autorités de régulation en France et en Tunisie en matière de démocratie. En France, cette catégorie institutionnelle incarne réellement une nouvelle démocratie qui repose davantage sur l'impartialité et la réflexivité⁽³³⁾. Cette forme de la démocratie atteint le degré du post-modernisme⁽³⁴⁾ qui touche tous les secteurs de connaissance et l'action publique en Europe généralement et en France particulièrement. En Tunisie, les autorités de régulation ne peuvent jouer qu'un rôle favorisant la réussite de la transition démocratique. Elles sont appelées, dans un premier temps, aider à atteindre la modernité politique.

Paragraphe 2:

Les autorités de régulation : une conception renouvelée de l'administration

18

La philosophie des autorités de régulation repose sur l'idée de dépassement du fonctionnement classique de l'administration qui est fondée sur certains dogmes sacrés tels que la puissance publique, l'exorbitance, l'intérêt général et le recours fréquent au contentieux administratif. Ces piliers classiques de l'action publique semblent être repensés et adaptés à la lumière des mutations qu'a connues l'administration d'une manière générale et des impératifs imposés par la logique des autorités de régulation d'une manière particulière. Le propre de ces autorités de régulation c'est qu'elles représentent des institutions autonomes qui font le droit et régulent les rapports entre l'administration et les administrés⁽³⁵⁾.

(33) P. ROSANVALON, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 114 et s.

(34) Jean-Jacques GLEIZAL, *Vers une administration Postmoderne ?*, in les mécanismes de régulation sociale : La justice, l'administration, la police, Boréal, Presses Universitaires de Lyon, 1988, p. 121.

(35) Ibid.

Le premier trait révolutionnaire que les autorités de régulation dégagent se rapporte fondamentalement à leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif ainsi qu'à leur échappement au circuit bureaucratique et autoritaire classique.

La catégorie des autorités de régulation est affranchie de tout lien de dépendance hiérarchique ou de tutelle. Elle représente des autorités isolées et disposant d'une authentique capacité d'action autonome. Ces autorités de régulation, situées en dehors de la sphère parlementaire et n'ayant pas de caractère juridictionnel, doivent être considérées comme relevant de la catégorie résiduelle des autorités administratives, ce qui les soumet au contrôle du juge. Mais les garanties d'indépendance organique et fonctionnelle dont elles bénéficient leur confèrent une place à part au sein de l'administration.

Cette dissociation entre l'administration au sens bureaucratique weberien et cette nouvelle catégorie des institutions de régulation révèle la volonté de légitimer l'action publique. Le désengagement « organique » du pouvoir exécutif dans la composition et le fonctionnement de ces autorités de régulation est de nature à alléger sa responsabilité dans la gestion et la réglementation de certaines activités, et consolider sa légitimité politique par une autre légitimité tirée de l'impartialité de ces institutions et leur réflexivité.

Les autorités de régulation représentent donc un moyen pour l'État d'abandonner certaines prérogatives en acceptant implicitement l'éclatement de son autorité. Mais cet abandon ne signifie pas l'absence ou l'effacement de l'État en tant qu'acteur et structure institutionnelle prépondérante dans le processus de régulation. En effet, ainsi se comportant, l'État ne s'efface pas, mais il vise le redéploiement de son autorité et l'adaptation de son fonctionnement avec les nouveaux mécanismes de régulation sociale imposés par les profondes mutations nationales et internationales⁽³⁶⁾.

(36) D. LEVI-FAUR, *The global diffusion of regulation capitalism*, in the *Annals of*

La deuxième rupture que les autorités de régulation entraînent en rapport avec le modèle classique de l'administration, c'est au niveau de la production juridique. Dans le schéma habituel qui conçoit la règle du droit comme l'expression solennelle de la souveraineté nationale ou populaire, toutes les étapes qui entourent la production juridique sont monopolisées exclusivement par les institutions régaliennes de l'État. Selon les règles de la répartition des compétences, seuls les pouvoirs exécutif et législatif interviennent, dans la fonction de la production juridique. Cependant, avec la création des autorités de régulation, on assiste désormais au déclin du monopole de l'autorité politique dans la détermination de la politique législative. Ce déclin se justifie et s'explique par les impératifs de la régulation qui est placé, selon le Professeur Gérard TIMSIT⁽³⁷⁾ au niveau de la théorie du droit. La régulation exprime selon le même auteur une mutation du système juridique caractérisée par le passage d'un droit abstrait à un droit « concret », où la règle générale laisse un espace plus vaste à des autorités chargées d'en contextualiser l'application.

A ce propos, le décret-loi du 2 mars 2011 portant création de l'Instance Nationale Indépendante pour la réforme du secteur de l'Information et de la Communication semble très significatif. L'article 2 de ce décret-loi dispose que « l'instance se charge d'émettre des propositions sur la réforme du secteur de l'information et de la communication conformément aux standards internationaux en matière de liberté d'expression. L'instance est habilitée à proposer les textes législatifs nécessaires afin d'atteindre les objectifs de la révolution et de préserver le droit du peuple à une information libre,

the American Academy of Political and Social Science, 598, 2005, p.p. 12-32 ; J. JORDANA et D. LEVI-FAUR, *Towards a Latin American Regulatory State? The diffusion of Autonomous Regulatory Agencies across countries and Sectors*, in *International Journal of Public Administration*, 29-2006.

(37) Gérard TIMSIT, *Les deux corps du droit*, RFAP, 1996, n° 78, p. 375-384, et *Archipel de la norme*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1997, spécialement p. 200 et s.

pluraliste et neutre »⁽³⁸⁾. Cette disposition exprime parfaitement la logique de la régulation qui repose sur l'idée du partage de cette fonction entre le pouvoir exécutif et l'autorité sectorielle de régulation. Un tel partage résulte inévitablement des principes constitutionnels qui interdisent d'attribuer à une entité des fonctions administratives qui s'exerceraient en dehors des pouvoirs publics et du contrôle du gouvernement.

Autrement dit, la régulation concrétise la complémentarité entre le pouvoir politique ayant la légitimité électorale et les autorités sectorielles de régulations ayant la légitimité de l'impartialité et de la réflexivité.

Partie 2:

Les autorités de régulation : un nouveau mécanisme qui a besoin d'un environnement approprié

La réussite de l'insertion institutionnelle des autorités de régulation dans le système juridico-administratif de l'État est tributaire de deux considérations fondamentales : la rationalisation du dédoublement statutaire des autorités de régulation en tant que pouvoir de contrôle et qu'un objet de contrôle (**paragraphe A**), et l'exigence d'un contexte démocratique (**paragraphe B**).

Paragraphe 1:

Les autorités de régulation : Pouvoir de contrôle et objet de contrôle :

La spécificité la plus distinctive et la plus substantielle des autorités de régulation par rapport aux administrations classiques se rapporte à leur mission. La fonction essentielle de l'administration traditionnelle se limite à l'exécution de la loi et à la mise en œuvre, au quotidien, des choix politiques et des options fondamentales du

(38) C'est nous qui soulignons.

pouvoir politique. Elle possède à sa disposition un ensemble de techniques juridiques propres et spécifiques à la puissance publique⁽³⁹⁾ au sens régalien du terme. Les autorités de régulation ne se limitent pas, quant à elles, à ces fonctions classiques. Elles les dépassent pour affronter des nouvelles fonctions et des nouvelles modalités d'intervention de la puissance publique à savoir la régulation. Cette dernière est définie comme « une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre les objectifs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques dans le cadre d'un contexte concurrentiel »⁽⁴⁰⁾.

La mission des autorités de régulation semble donc multidimensionnelle. Elle couvre une pluralité de prérogatives et de pouvoirs :

- Le pouvoir de proposer et parfois d'édicter des règles générales de droit.

- Le pouvoir d'expertise qui se manifeste à travers les consultations, et les recommandations.

- Le pouvoir de sanction.

- Le pouvoir de règlement de litiges.

L'importance et la diversité de ces fonctions ainsi que la logique de la régulation impliquent que les autorités de régulation soient indépendantes sur le plan organique et fonctionnel.

L'indépendance organique signifie que la désignation de la composition de ce type d'institutions ne dépend pas uniquement du pouvoir exécutif. Le secteur régulé contribue de sa part à la

(39) L'administration exerce à cet effet, soit une activité de police (réglementation unilatérale), soit une activité de service public (prestation).

(40) Gérard MARCOU, *La notion juridique de régulation*, AJDA, 2006, p. 347.

désignation de certains membres des autorités de régulation, ce qui est de nature à réaliser un certain équilibre organique au sein de ces autorités. Un équilibre qui favorise la logique de compromis inhérente à la régulation.

En Tunisie, l'indépendance organique des autorités de régulation était souvent niée par la doctrine⁽⁴¹⁾. Ce constat semble être confirmé par les textes créant la majorité des autorités de régulation en Tunisie dont la composition dépend essentiellement et parfois exclusivement du pouvoir exécutif⁽⁴²⁾.

Cependant, ce schéma semble avoir été complètement renversé après le 14 janvier 2011. En effet, situé dans un contexte de changement brutal, le gouvernement de M. Béji Gaied Essebsi a confié, à travers les décrets-lois créant l'ISIE⁽⁴³⁾ et l'Instance Nationale Indépendante pour la réforme du secteur de l'information et de la communication⁽⁴⁴⁾, la mission de désigner leurs membres exclusivement à la Haute Instance pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique. Cette mesure semble avoir été justifiée par les circonstances de cette période marquée par la méfiance totale à l'égard de l'exécutif. Ce contexte particulier a joué en faveur de ces deux autorités de régulation au niveau de leurs prérogatives qui

(41) **Lotfi TARCHOUNA**, *Les autorités de régulation en Tunisie*, op. cit., p. 214 et s ; **Walid HELALI**, *Les autorités de régulation en Tunisie*, op. cit.

(42) Ibid.

(43) Voir décret-loi n° 27-2011 du 18 avril 2011 portant création de l'Instance Supérieure Indépendante pour les élections (l'article 4).

(44) - Décret-loi n° 10-2011 du 2 mars 2011 portant création de l'Instance Nationale Indépendante pour la réforme du secteur de l'information et de la communication. L'article 2 de ce décret-loi dispose que « l'instance se charge d'émettre des propositions sur la réforme du secteur de l'information et de la communication conformément aux standards internationaux en matière de libertés d'expression. L'instance est habilitée à proposer les textes législatifs nécessaires afin d'atteindre les objectifs de la révolution et de préserver le droit de peuple à une information libre, pluraliste et neutre ».

dépassent largement les prérogatives d'une autorité de régulation et s'apparentent à un pouvoir de décision régalien. Cette pratique ne semble pas compatible avec la théorie générale des autorités de régulation tant sur le plan de l'approche institutionnelle que sur le plan de l'approche fonctionnelle. En effet, renverser complètement le pouvoir de désignation des membres de ces autorités à un autre organe que l'exécutif, c'est déplacer le problème sans le résoudre. L'indépendance des autorités de régulation ne signifie pas seulement l'absence de l'intervention de l'exécutif dans leur structuration et leur fonctionnement. Elle signifie davantage les garanties d'impartialité qui peuvent être réalisées à travers une certaine répartition de compétence de désignation entre les différentes autorités politiques représentatives de l'État d'une part, et l'implication de certains représentants du secteur régulé d'autre part.

24

Le décret-loi n° 2011-116 du 02 novembre 2011 relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité Indépendante de la communication Audiovisuelle (HAICA) a essayé de procéder de cette manière. L'article 7 ⁽⁴⁵⁾ de ce décret-loi consacre le principe de la répartition de compétence de désignation des membres de cette autorité entre les autorités politiques de l'État

(45) L'article 7 de ce décret-loi dispose que « La HAICA » est dirigée par un organe collégial composé de (9) personnalités indépendantes reconnues par leur expérience, leur compétence et leur intégrité dans le secteur de l'information et de la communication, nommées par un décret :

- un membre désigné par le Président de la République, après consultation des membres de la HAICA, qui assure les fonctions du président.
- deux membres désignés sur proposition du président du pouvoir législatif dont l'un au moins a une expérience dans le secteur audiovisuel public.
- deux membres : un magistrat de l'ordre judiciaire du deuxième degré, au moins, et un conseiller auprès du Tribunal Administratif proposés par les organisations professionnelles les plus représentatives des magistrats. L'un de ces magistrats assure les fonctions de vice-président de la HAICA.
- deux membres désignés sur propositions des organisations les plus représentatives des journalistes.
- deux membres désignés sur proposition des organisations les plus représentatives des propriétaires d'entreprises d'information et de communication ».

d'un côté (Président de la République et président du pouvoir législatif) et les représentants du secteur régulé d'un autre côté (les organisations professionnelles les plus représentatives des journalistes et les organisations professionnelles les plus représentatives des propriétaires d'entreprise d'information et de communication). La composition de la HAICA comporte également deux membres représentant respectivement l'ordre judiciaire et la juridiction administrative dans la perspective de favoriser l'impartialité de cette autorité et assurer sa capacité technique dans l'accomplissement de certaines prérogatives contentieuses.

Le souci de l'indépendance organique équilibrée semble faire défaut dans la loi organique portant la création de l'Instance Supérieure Indépendante pour les élections du 12-12-2012. Tous les membres de cette instance (au nombre de 9 selon l'article 5) sont élus par l'Assemblée Nationale Constituante en dehors de toute intervention de la part de toute autre autorité politique ou organisation de la société civile. De plus, la manière avec laquelle les membres de l'ISIE sont élus est manifestement dominée par une logique politique incompatible avec les exigences de l'impartialité. L'article 6 de cette loi organique précise les conditions d'élection des membres du Conseil de l'ISIE en disposant que la première étape consiste dans la constitution d'une commission constituée de députés de l'Assemblée législative selon une représentativité proportionnelle (un député par groupe de 10 et avec le plus fort reste).

25

Ce qui est étrange encore, c'est que cette commission, à caractère politique manifeste, assure des fonctions trop importantes qui seraient de nature à affecter le caractère impartial et indépendant des candidats⁽⁴⁶⁾.

(46) Les fonctions de cette commission sont :

- La mise en place d'une grille d'évaluation sur la base de laquelle se fera l'étude

Dès lors, il n'y a pas un modèle unique dans le système de composition des autorités de régulation d'une manière générale. La spécificité de chaque secteur régulé impose un système organique et institutionnel adéquat avec la philosophie de la régulation qui veut éviter le style monopolistique dans la gestion de certaines activités publiques et favoriser la concertation et le compromis entre tous les intervenants dans ces activités. La répartition de la compétence de désignation des membres semble être le moyen le plus équilibré pour assurer l'indépendance organique des autorités de régulation. Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le secteur régulé représentent généralement les parties les plus habilitées à y intervenir.

Sur le plan de l'approche fonctionnelle, les autorités de régulation sont réputées avoir des prérogatives importantes qui varient selon l'autorité en question. Elles représentent un pouvoir de contrôle important dans la vie institutionnelle de l'État. Elles interviennent dans des domaines différents (médiation, protection des libertés publiques, garanties d'impartialité de la puissance publique, évaluation pluridisciplinaire et expertise...) et disposent, à cette finalité, de prérogatives importantes et multiples. Elles disposent d'un pouvoir réglementaire qui leur permet d'intervenir dans l'organisation et la réglementation juridique du secteur régulé⁽⁴⁷⁾. Ce

-
- des dossiers de candidature pour les postes de membres du Conseil de l'ISIE ;
 - La publication de la grille d'évaluation et des délais pour le dépôt des candidatures au Journal Officiel de la République tunisienne, ainsi que des conditions requises pour l'acceptation des dossiers.
 - La sélection de 36 dossiers de candidatures (4 candidats pour chaque catégorie précisée par l'article 5 et selon le principe de la parité).
 - La remise à l'Assemblée de la liste des 36 candidats sélectionnés, regroupés par catégorie et suivant l'ordre alphabétique.

(47) - A ce propos, l'article 15 du décret-loi du 2 Novembre 2011, relatif à la liberté de la communication et portant création d'une Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle (HAICA) dispose clairement que « la HAICA veille à l'organisation et à la régulation de la communication audiovisuelle, conformément aux principes suivants :

- Le renforcement de la démocratie et des droits de l'homme et la consécration de la suprématie de la loi... ».

pouvoir peut se limiter à la simple proposition et à la participation dans la réforme d'un secteur bien déterminé⁽⁴⁸⁾.

Les autorités de régulation peuvent avoir un pouvoir de sanction⁽⁴⁹⁾ qui conduit à relativiser la ligne de démarcation avec la sphère juridictionnelle. La Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle est habilitée selon l'article 16 de décret-loi du 2 novembre 2011 à :

« - Trancher les litiges afférents à la création et à l'exploitation des chaînes d'établissements de communication audiovisuelle,

- Sanctionner les infractions commises par les établissements de communication audiovisuelle, conformément à la législation, aux cahiers des charges et aux conventions y afférentes »⁽⁵⁰⁾.

Ces différentes prérogatives ne signifient pas que les autorités de régulation échappent à tout contrôle de la part du pouvoir exécutif ou du pouvoir juridictionnel ou même de la part du pouvoir législatif. La philosophie même des autorités de régulation n'admet pas l'idée de l'absence totale de contrôle qui représente désormais une condition *Sine qua non* de toute organisation démocratique.

Plus explicite encore, l'article 16 du même décret-loi prévoit que « la HAICA est chargée de :

- Veiller à imposer le respect des règles et des régimes régissant le secteur audiovisuel par toutes les instances, autorités, établissements et parties concernés, ... ».

(48) L'article 2 du décret-loi n° 10-2011 portant création de l'Instance Nationale Indépendante pour la réforme du secteur de l'information et de la communication dispose que « l'instance se charge d'émettre des propositions sur la réforme du secteur de l'information et de la communication conformément aux standards internationaux en matière des libertés d'expression.

L'instance est habilitée à proposer les textes législatifs nécessaires afin d'atteindre les objectifs de la révolution et de préserver le droit du peuple à une information libre, pluraliste et neutre ».

(49) **Nouha CHAOUACHI**, *Le pouvoir de sanction des autorités de régulation*, in *La sanction : anciennes solutions et nouvelles tendances*. Actes du Colloque de 28 février et 1er mars, sous la dir. **BERTEGI Brahim**, Tunis, 2004, p.p. 89-100.

(50) C'est nous qui soulignons.

La spécificité institutionnelle des autorités de régulation n'admet pas l'idée de l'absence absolue du pouvoir exécutif qui assume la responsabilité essentielle de l'action publique. Cette idée a été clairement explicitée par le Conseil d'État de Belgique dans son avis du 5 juillet 2002 sur l'avant-projet de loi sur le statut régulateur des postes et des télécommunications : « Dans la mesure où des prérogatives d'autorités administratives sont confiées à des organismes dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer devant les chambres législatives la responsabilité politique »⁽⁵¹⁾.

28

Il est clair donc que le pouvoir de contrôle des autorités de régulation ne doit pas échapper complètement aux autorités politiques qui détiennent en définitive la responsabilité de la détermination et la mise en œuvre de leurs politiques publiques. L'article 22 dernier paragraphe du décret-loi du 2 Novembre 2011 portant création de la HAICA dispose que « la HAICA procède avec l'agence nationale des fréquences et l'office national de télédiffusion au contrôle technique de l'utilisation des fréquences radiophoniques réservées aux services de la communication audiovisuelle ». L'agence nationale des fréquences et l'office national de télédiffusion sont des établissements publics à caractère administratif qui représentent l'État dans la gestion et la réglementation du secteur de la communication audiovisuelle. La HAICA n'agit pas donc en dehors de toute intervention de l'administration au sens classique du terme.

Contrairement à cette allusion explicite à la coopération nécessaire entre l'autorité spécifique de régulation et l'administration, la loi organique du 20-12-2012 portant création de l'Instance Supérieure Indépendante pour les Élections n'a pas présenté une formulation

(51) Cité par Gérard MARCOU, *La notion juridique de régulation*, op. cit., p. 352.

explicite quant à l'obligation pour cette instance de collaborer avec les institutions publiques concernées.

Par ailleurs, les autorités de régulation peuvent faire l'objet, dans le cadre de leur fonction de décision et de sanction, d'un contrôle juridictionnel⁽⁵²⁾. Ce contrôle juridictionnel s'inscrit dans la logique de l'État de droit, dimension essentielle de toute organisation démocratique, qui n'accepte pas l'immunité des actes émanant de l'administration ou même des autorités de régulation. Il n'est plus contesté que les autorités de régulation doivent répondre devant les autorités juridictionnelles de leur action, dont la légalité peut être mise en cause et engager la responsabilité de la puissance publique.

Le système juridique tunisien consacre le régime de répartition du contentieux entre les deux ordres de juridictions administratives et judiciaires. Les décisions et les sanctions prises par les autorités de régulation peuvent faire donc l'objet, soit au contrôle du juge judiciaire, soit au contrôle du juge administratif selon le cas.

A titre d'exemple, l'exécution des décisions de l'Instance nationale de protection des données à caractère personnel peut être provisoirement suspendue en référé par le premier Président de la Cour d'appel de Tunis⁽⁵³⁾. Les décisions de l'instance sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel de Tunis⁽⁵⁴⁾, et les arrêts rendus par la Cour d'appel de Tunis sont susceptibles de pourvoi de cassation devant la Cour de Cassation⁽⁵⁵⁾. L'article 39 du décret-loi du 2 novembre 2011 dispose clairement que « toute personne ayant été l'objet des sanctions prévues aux articles 29 et 30 du présent

(52) M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Bibliothèque de droit public, Tome 233, Paris, L.G.D.J., 2003.

(53) L'article 82 paragraphe 2 de la loi du 27 Juillet 2004 portant sur la protection des données à caractère personnel.

(54) L'article 82 paragraphe 3.

(55) L'article 82 paragraphe 4.

décret-loi, peut se pourvoir contre les décisions de la Haute Autorité Indépendante de la Communication audiovisuelle devant le tribunal administratif ».

Les autorités de régulation peuvent également faire l'objet d'une évaluation parlementaire qui permet au pouvoir législatif d'effectuer un contrôle sur l'activité de ces autorités⁽⁵⁶⁾.

Au total, pour concilier les différentes exigences que les autorités spécifiques de régulation devraient satisfaire, la législation donne un rôle essentiel aux autorités politiques dans la composition des organes des autorités de régulation et accroît leur rôle dans le contrôle de leur activité. Et, d'un autre côté, elle assure l'indépendance de leurs décisions par des règles relatives au statut de leurs membres, la personnalité juridique ou les règles de financement de ces autorités.

30

De plus, pour situer les autorités de régulation dans la perspective de la suprématie de la loi et les exigences de l'État de droit, les différentes législations comparées permettent aux justiciables de recourir aux différentes juridictions pour contrôler la légalité des actes des autorités de régulation et leurs décisions. La nouveauté et la souplesse de la logique de la régulation n'ont pas pu écarter le caractère sacré du principe de la légalité et la suprématie de la loi : Ces deux valeurs sont inhérentes à toute organisation démocratique.

Paragraphe 2:

Les autorités de régulation : Une particularité démocratique

L'efficacité des autorités de régulation ne peut être assurée que dans un environnement approprié sur le plan institutionnel⁽⁵⁷⁾ et

(56) **Philippe DAUTRY**, *Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire*, RFDA, n° 5, Septembre-Octobre 2010, p.p. 884-886.

(57) **Noomen NCIRI**, *La régulation : réalité et perspectives*, in « la régulation », op. cit., p. 105 et s.

culturel. Le développement et la rationalisation de la logique de la régulation nécessitent également de nouvelles approches de recherche et d'analyse.

Sur le plan institutionnel, il est important de rappeler que l'apparition des autorités de régulation dans les pays développés et démocratiques a été favorisée par la maturité de leurs systèmes administratifs. La théorie générale de l'organisation administrative et de la gestion de l'action publique a été systématisée et conçue à la lumière de leurs expériences administratives et institutionnelles.

En Tunisie, l'expérience du système administratif et institutionnel, manifestement influencé par le modèle français, semble acquérir certains éléments de l'administration moderne basée sur l'organisation bureaucratique et rationnelle au sens weberien du terme. Toutefois, la simple adoption de la technique des autorités de régulation sur le plan juridique n'implique pas sa réussite et son efficacité sur le plan institutionnel. La bonne insertion des autorités de régulation suppose le respect des recommandations de la théorie générale des autorités de régulation qui insistent sur la rationalisation de l'indépendance organique et fonctionnelle de ces autorités. De ce fait, les autorités de régulation ne sont pas une alternative déguisée de l'administration classique basée sur la rigidité de la hiérarchie et de la subordination institutionnelle comme elles ne représentent pas un autre pouvoir détaché complètement d'autres pouvoirs constitutionnels de l'État.

Les autorités de régulation doivent être conçues, statutairement, comme des organismes ne devant pas échapper au contrôle des autorités politiques. Leur substance repose sur la conciliation entre la garantie de leur indépendance d'un côté et le respect des principes constitutionnels qui impliquent que le gouvernement puisse exercer

la responsabilité politique des décisions administratives prises⁽⁵⁸⁾. De plus, leur pouvoir de décision et de sanction doit être susceptible d'un recours juridictionnel conformément aux principes directeurs d'un procès équitable.

L'insertion des autorités de régulation dans l'édifice institutionnel national doit s'inscrire dans une perspective de la consolidation démocratique. La mise en place de ces autorités ne doit pas se contenter du mimétisme institutionnel inspiré d'expériences comparées. Elle doit être animée par une vision stratégique et volontariste qui vise la rationalisation de l'action publique d'une part, et la légitimation de la gouvernance de certaines activités significatives en matière de démocratie d'autre part.

La constitution tunisienne du 27 janvier 2014 semble consciente de ces objectifs stratégiques des autorités de régulation. Tout d'abord, elle a consacré tout un chapitre intitulé « les autorités constitutionnelles indépendantes ». Ensuite, l'article 125 de cette constitution dispose clairement que « les autorités constitutionnelles indépendantes œuvrent pour la consolidation de la démocratie ».

Cependant, une lecture générale des dispositions constitutionnelles relatives aux autorités constitutionnelles indépendantes révèle qu'à l'exception de l'Instance supérieure Indépendante pour les élections et de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle, les autres autorités ne disposent qu'un simple statut consultatif.

(58) On cite à ce propos la position de la commission de la chambre des Lords: « *The appointments are being made in order to carry out public policy for which Government has responsibility. It reflects part of the checks and balances within the regulatory system as a whole, and, most fundamentally, carries the clear message that Ministers retain the responsibility, through a democratically elected Government, for the overall operations of the regulatory state* (House of Lords, Select Committee on the constitution, § 125) cite par **Gérard MARCOU**, *La notion juridique de régulation*, op. cit., p.p. 352-353.

Sur le plan culturel, il est impératif d'affirmer que les autorités de régulation ne réussissent que dans un contexte démocratique. Le système politique, lui-même, doit être basé sur les composantes fondamentales de l'organisation démocratique (Stabilité démocratique, des élections périodiques honnêtes et transparentes, culture politique démocratique, la suprématie de la loi...). Ce système doit être capable de recruter une classe politique et administrative compétente et habilitée pour réussir la logique institutionnelle de la régulation. Cette exigence provient du fait que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif interviennent généralement dans la détermination de la politique publique et, par delà, dans la création des autorités de régulation et leur contrôle. L'absence d'une élite politico-administrative adéquate prive ce choix institutionnel de toute substance et de toute utilité. De plus, leur pouvoir de décision et de sanction doit être susceptible d'un recours juridictionnel conformément aux principes directeurs d'un procès équitable.

Ces différents types du contrôle exercé sur les autorités de régulation s'inscrivent dans la logique de la démocratie qui repose sur l'idée de la responsabilité et l'obligation de rendre compte. L'idée de l'indépendance n'est pas inhérente aux autorités de régulation. Elle est sollicitée par les autorités politiques dans la perspective de renouveler leur légitimité et de la rationaliser.

L'impératif de l'indépendance se justifie par la nature des fonctions exercées par ces autorités et par la spécificité du secteur dans lequel elles interviennent.

Dans la première hypothèse, les autorités de régulation, en disposant d'un pouvoir de sanction, assurent une certaine fonction judiciaire compatible avec les principes de l'État de droit en laissant aux autorités politiques le choix des grandes orientations de la

régulation de chaque secteur. Il s'agit en définitive d'une certaine distinction entre la fonction politique et administrative de la régulation, et la conception de la régulation et son application.

Dans la deuxième hypothèse, le législateur choisit l'indépendance parce que l'autorité de régulation intervient dans un champ d'activité qu'il considère nécessaire de soustraire à l'influence des partis politiques. Ce que l'Assemblée Nationale Constituante n'a pas fait dans la loi organique du 20 décembre 2012 qui consacre le principe de l'élection des membres de l'Instance Supérieure Indépendante pour les Élections (ISIE) par les membres de l'ANC. L'ISIE est une autorité de régulation qui va agir dans un secteur d'activité qu'il faut en principe soustraire à l'influence des partis politiques.

Le rapport intime entre les autorités de régulation et la démocratie se manifeste également au niveau de l'administration de la régulation par ces autorités. Aux États-Unis d'Amérique, la procédure d'élaboration des règlements des agences (autorités de régulation) obéit à deux exigences : En premier lieu, elle doit permettre une participation des personnes intéressées aussi large que possible en ce sens que tous les groupes concernés doivent pouvoir y faire entendre leurs revendications. En second lieu, au terme de l'interprétation que les juridictions font aujourd'hui du APA (Administrative Procédure Act), l'agence doit prouver que la réglementation envisagée est rationnelle⁽⁵⁹⁾.

A ce propos, la section 553 du APA, article décisif dans la procédure du rule-making, prévoit que : « toute agence doit reconnaître aux personnes intéressées le droit de participer à l'élaboration de ses règlements en leur offrant la possibilité de lui soumettre par écrit données, vues, opinions ou arguments de toute nature »⁽⁶⁰⁾.

(59) Elisabeth ZOLLER, *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*, RFDA, Juillet-août, 2004, p. 759 et s.

(60) Ibid.

La qualité de la régulation assurée par ces autorités se mesure donc par la manière avec laquelle l'édiction de ces règlements est effectuée. Cette manière est inspirée de l'esprit démocratique qui repose sur la recherche de la concertation et de la participation. La qualité de la régulation aux États-Unis d'Amérique écrit Elisabeth ZOLLER « se mesure en définitive à la manière dont elle concilie concrètement, non abstraitement, les intérêts des individus et des entités auxquels elle s'applique. L'important, ce n'est pas comment ces intérêts sont compris par les acteurs et les opérateurs de la régulation »⁽⁶¹⁾. Le pouvoir réglementaire dont disposent les autorités de régulation doit être donc gouverné par les règles de la transparence et les principes de la démocratie participative⁽⁶²⁾.

Le développement et la rationalisation de la logique de régulation nécessitent qu'on pense le changement de l'administration à travers d'autres approches de recherche et d'analyse. L'administration était traditionnellement pensée à travers la discipline du droit administratif.

35

Aujourd'hui, ce monopole disciplinaire semble dépassé à raison de l'évolution même de l'administration et de la complexification de ses modes de régulation. D'autres horizons méthodologiques et cognitifs s'imposent dans l'étude de l'action de l'administration. D'un côté, la sociologie des organisations⁽⁶³⁾ semble avoir plus de capacité scientifique pour expliquer le fonctionnement du système politico-administratif. Elle présente le cadre conceptuel et analytique qui permet d'explorer le phénomène de la régulation et ses défis institutionnels et culturels.

(61) Op. cit., p. 760.

(62) Jacques CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP, 1998, p. 684.

(63) Michel CROZIER, *A quoi sert la sociologie des organisations ? 1- Théorie, culture et société. 2- Vers un nouveau raisonnement pour l'action*, Paris, S. Arlan, 2000.

Erhard FRIEDBERG, *L'analyse sociologique des organisations*, Paris, Privat, 1987.

D'un autre côté, les sciences administratives peuvent, à travers leurs théories et leurs analyses empiriques, dépasser les limites de l'analyse juridico-formelle de l'institution administrative dont le développement et l'efficacité dépendent également de l'environnement culturel et politique⁽⁶⁴⁾.

Dès lors, l'existence des autorités de régulation n'est pas une finalité en soi. Ces autorités s'inscrivent dans le paradigme de la régulation et de la gouvernance. La seule consécration législative ou constitutionnelle⁽⁶⁵⁾ de ces autorités de régulation ne confirme pas la volonté des autorités politiques et leur conviction de la pertinence de ce choix institutionnel. L'élite politique et administrative doit s'adapter à cette logique institutionnelle dont les valeurs de mérite, d'impartialité et de rationalité constituent la condition fondamentale de la réussite.

(64) **Jacques CHEVALLIER**, La science administrative et le paradigme de l'action publique, in Mélanges **Gérard TIMSIT**, op. cit, pp. 265-292.

(65) La constitution marocaine telle que révisée le 29 juillet 2011 a consacré tout un chapitre qui s'intitule « les institutions et instances de protection des droits et libertés, de la bonne gouvernance, du développement humain et durable et de la démocratie participative ». Sur les implications de cette consécration constitutionnelle voir : **Aude ROUYÈRE**, *La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ?*, RFDA, n° 5, Septembre-Octobre 2010, p.p. 887-895.