LA SECONDE MORT DE WILLIAM E. HUMPHREY : LES NOUVEAUX HORIZONS DE LA CONTESTATION DES AGENCES INDÉPENDANTES AUX ÉTATS-UNIS

par Régis Bismuth
Professeur à l'École de Droit de Sciences Po

Parmi les multiples écrits d'Élisabeth Zoller, ceux consacrés aux agences fédérales indépendantes aux États-Unis abordent des questions passionnantes qui ont été malheureusement parfois éclipsées par la doctrine française qui s'est intéressée aux autorités de régulation indépendantes[1]. Quoique les contextes aient été différents de part et d'autre de l'Atlantique, ces travaux sont particulièrement instructifs dans le contexte français afin d'éclairer l'émergence de telles autorités, leur insertion dans l'espace institutionnel et les problèmes résultant des pouvoirs qu'elles cumulaient[2].

1. Nous ne reviendrons pas sur l'ensemble des écrits publiés sur le sujet. On peut relever que le récent *Dictionnaire des régulations* ne consacre qu'une contribution spécifique au cadre américain, de la plume d'ailleurs d'un ancien doctorant d'Élisabeth Zoller ; v. M. Tirard, « Droit comparé (USA) », *in* M. Basex *et al.* (dir.), *Dictionnaire des régulations*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 287 s.

2. Pour une approche comparative sur cette question et l'influence du modèle américain, v. D. Halberstam, « The Promise of Comparative Administrative Law : A Constitutional Perspective on Independent Agencies », *in* S. Rose-Ackerman & P. L. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 185 s.

Sur le sujet, quatre contributions essentielles de la dédicataire du présent ouvrage méritent d'être soulignées : le commentaire de l'arrêt *Humphrey's Executor v. United States*[3], un article dédié aux agences fédérales américaines[4], un discours intitulé « droit et régulation » prononcé à l'Académie des Sciences Morales et Politiques[5] puis publié dans un ouvrage collectif[6] et, enfin, un article sur l'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis[7]. Il ne s'agit pas dans le cadre de cette modeste contribution de revenir en détail sur ces études pénétrantes mais, plutôt, de rebondir sur un des aspects qui y est développé et qui trouve un écho particulier au regard de développements récents, celui de la contestation des agences fédérales indépendantes aux États-Unis.

L'arrêt *Humphrey's Executor* constitue un point de départ important[8]. William E. Humphrey était depuis 1931 membre de la *Federal Trade Commission* (FTC), agence indépendante en charge notamment des questions de concurrence et créée en 1914 aux États-Unis. Nommé pour un mandat de sept ans, il fut toutefois démis de ses fonctions par Franklin D. Roosevelt en 1933 après que celui-ci lui demanda, sans succès, sa démission. Humphrey contesta la décision et réclama le paiement de son salaire. Après son décès en 1934, son exécuteur testamentaire saisit les juridictions fédérales d'une demande en répétition des salaires non versés. La Cour suprême devait déterminer si le président avait la possibilité de révoquer *ad nutum* Humphrey alors que la législation instituant la FTC indique spécifiquement qu'un membre de cette commission « *may be removed by the President for inefficiency, neglect of duly, or malfeasance in office* »[9]. Dans son arrêt, la Cour suprême consacre l'indépendance organique des commissaires de ces agences nommés par le président, lequel ne saurait exercer sur eux son influence et les révoquer pour des motifs autres que ceux prévus dans la législation, notamment pour des divergences de vues politiques. Cette décision, dont « les conséquences furent sismiques »[10], est également instructive en ce qu'elle pointait déjà le cumul des pouvoirs « quasi-législatifs et quasi-judiciaires » de ces instances[11]. Leurs pouvoirs, couplés à leur

3. É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, coll. « Grands arrêts », Paris, Dalloz, 2010, p. 192 s.
4. É. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *AFDA* 2004. 757 s.
5. É. Zoller, « Droit et régulation », Académie des Sciences Morales et Politiques, 27 oct. 2008, [https ://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/zoller.htm].
6. É. Zoller, « Droit et régulation », *in* F. Terré (dir.), *Regards sur le droit*, Paris, Dalloz, 2010, p. 155 s.
7. É. Zoller, « L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis », *RD publ.* 2014. 379 s.
8. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 US 602 (1935). Sur les faits ayant donné lieu à cette affaire, v. aussi É. Zoller, *op. cit.* note 3, p. 192 s.
9. Section 1 de la loi fédérale instituant la FTC.
10. É. Zoller, *op. cit.* note 7, p. 387.
11. É. Zoller, *op. cit.* note 3, p. 197 s.

indépendance, ont conféré à ces agences une position particulière dans l'espace institutionnel aux États-Unis qui a pu désarçonner au regard de la théorie de la séparation des pouvoirs.

Contrecoup de l'arrêt *Humphrey's Executor*, les premières contestations à l'endroit des agences ont surgi aux États-Unis, certains percevant ces îlots d'indépendance comme la manifestation d'un quatrième pouvoir sans contrôle (« *headless fourth branch* »). Cette expression lourde de sens a été employée dans le célèbre rapport Brownlow publié en 1937[12] et a d'ailleurs été reprise dans la préface rédigée par le président Roosevelt qui avait sollicité cette enquête[13]. Celle-ci se montrait particulièrement virulente à l'endroit des agences indépendantes, considérant que ces « *miniature independent governments* » constituent « *a haphazard deposit of irresponsible agencies* » et autant de « *areas of unaccountability* »[14]. Alors que le rapport Brownlow préconisait la réintégration de ces agences « dans le giron de la présidence »[15], c'est une autre voie qui a été empruntée après la Seconde Guerre mondiale afin de répondre au défi que représentait leur contrôle démocratique. Le Congrès américain adopta en 1946 l'*Administrative Procedure Act* (APA) qui impose depuis lors aux agences — indépendantes ou non — certaines garanties procédurales dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir réglementaire (*rule-making*), en particulier en devant donner la possibilité à toute personne intéressée de participer à l'élaboration des règlements en soumettant « *written data, views, or arguments* »[16]. Élisabeth Zoller a parfaitement exprimé la philosophie sous-tendant le dispositif : « si les agences exercent des pouvoirs réglementaires, quasi législatifs, qui relèveraient en principe de la seule compétence des élus du peuple, encore faut-il qu'elles "légifèrent" avec des garanties similaires à celles qui entourent la confection des lois »[17].

L'exercice par les agences de leur pouvoir réglementaire a été subséquemment soumis à de nouvelles contraintes, en particulier depuis la présidence Reagan, par une série d'*executive orders* imposant aux agences de conduire des analyses coûts-bénéfices (*cost-benefit analysis*) ou d'identifier préalablement les défaillances de marché (*market failures*) lorsqu'elles exercent leur pouvoir réglementaire[18]. Il ne s'agit pas dans ce cadre de démocratiser le fonctionnement des agences mais plutôt de s'employer à

12. V. The President's Committee on Administrative Management, *Report of the Committee with Studies of Administrative Management in the Federal Government*, Washington D.C., 1937, p. 40.
13. *Ibid.*, p. IV.
14. *Ibid.*, p. 39-40.
15. E. Zoller, *op. cit.* note 3, p. 203.
16. 5 U.S. Code § 553(c).
17. E. Zoller, *op. cit.* note 4, p. 759.
18. V. en particulier les *executive orders* No. 12291 (*CFR*, vol. 3, 1982, p. 127) et No. 12498 (*CFR*, vol. 3, 1986, p. 323) du président Reagan qui ont été abrogés par l'*executive order* No. 12,866, 3 *CFR* 638 (1993) du président Clinton. V. également l'*executive order* No. 13422, *Federal Register*, vol. 72, 2007, p. 2763 (2007) du president G. W. Bush.

les canaliser davantage en imposant des contraintes procédurales à l'exercice de leurs compétences[19]. Il est intéressant de constater que ces *executive orders* entendaient soumettre les agences à une forme de rationalisation économique de leur action qui vient d'ailleurs faire écho à la légitimation quasi scientifique de leur indépendance dans l'affaire *Humphrey's Executor* où la Cour suprême les considère comme des « *body(s) of experts (...) which shall be independent of executive authority (...) and free to exercise its judgment without the leave or hindrance* »[20].

Quoique reposant sur des préoccupations et considérations différentes, tant l'APA que ces *executive orders* reflètent une forme de méfiance à l'égard de l'activité des agences indépendantes considérées comme présentant une menace à la fois pour l'intégrité des processus démocratiques et pour l'unité de l'exécutif. Cette méfiance a depuis lors trouvé de nouveaux terrains d'expression qu'il convient d'explorer. L'un d'eux se rapporte à l'activité internationale des agences indépendantes qui a fait l'objet d'une contestation croissante au cours des dernières années, contestation qui se situe d'ailleurs à la confluence de ces deux types de préoccupations relatives au respect des processus démocratiques et à la préservation de l'unité de la voix de l'État sur la scène internationale (I). Cette ligne de front a permis à la nouvelle administration Trump d'ouvrir une nouvelle brèche dans la contestation des agences indépendantes qui a le mérite de la clarté en ce qu'il s'agit dorénavant de remettre fondamentalement en question ce modèle institutionnel (II). Nous nous pencherons plus spécifiquement sur la situation des agences ayant une mission en matière de régulation du secteur financier dans la mesure où ce sont celles qui sont le plus directement concernées par ces développements.

I. – La contestation de l'activité internationale des agences indépendantes et ses enjeux

Une des conséquences de la multiplication des agences indépendantes aux États-Unis, mais aussi des autorités de régulation ayant un statut similaire à l'étranger, a été de permettre le développement d'une forme de « polycentrisme » de l'action publique[21]. Ces agences cumulant plusieurs pouvoirs sur un domaine spécifique participent en effet d'un processus de fragmentation matérielle des fonctions étatiques si bien qu'il est à peine excessif d'utiliser l'expression « État dans l'État » pour les désigner[22]. Au demeurant,

19. É. Zoller, *op. cit.* note 3, p. 206-207.
20. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 626 (1935).
21. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 2de éd., Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2004, p. 113.
22. De manière générale, v. R. Bismuth, *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 121 s.

en France, le rapporteur de la Commission d'enquête sénatoriale sur les autorités administratives indépendantes n'avait pas hésité à donner un titre très « brownlonien » à son rapport publié en 2015 : « *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler* »[23].

Fortes de leur position privilégiée dans le cadre national sur le secteur dont elles ont la responsabilité, ces agences ont spontanément noué des relations internationales avec leurs homologues à l'étranger afin de discuter de sujets d'intérêt commun, et ce, sans passer par les canaux diplomatiques traditionnels. Cela s'est produit en particulier avec les agences de régulation exerçant des responsabilités dans des domaines présentant une forte dimension transfrontière, à l'instar des autorités de concurrence[24] et des autorités de régulation financière[25]. La particularité de ces dernières, en comparaison avec les autorités de concurrence, réside dans le pouvoir réglementaire dont elles sont habituellement dotées à l'échelon national, leur permettant de développer une forme de coopération à vocation normative au sein de diverses instances internationales. C'est le cas de nombreuses agences fédérales aux États-Unis. Ainsi, dans le domaine bancaire, la *Federal Reserve*, la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDI) et l'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC — département indépendant au sein du *Treasury*) participent aux activités du Comité de Bâle, instance informelle qui regroupe les autorités de contrôle bancaire de près d'une trentaine d'États. De la même façon, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) et la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC) sont membres de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV), association de droit privé qui sert de plate-forme de coopérations aux autorités (publiques) de régulation des marchés financiers.

Dans le cadre de ces fora internationaux, les agences fédérales américaines ont eu l'occasion de participer à l'adoption de divers instruments de *soft law* — habituellement désignés « standards financiers internationaux »[26] — ayant vocation à être mis en œuvre dans les droits nationaux et/ou à guider l'action des autorités nationales dans leur juridiction. S'il est inutile d'évoquer le contenu de ces standards qui concerne des questions propres à chaque secteur, les procédures de travail de ces instances et

23. Sénat, *Rapport de M. Mézard au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, n° 126, 28 oct. 2015. V. aussi les travaux préparatoires des lois 2017-54 et 2017-55 du 20 janvier 2017 relatives aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, consacrant ces autorités en les dotant d'un statut général tout en manifestant une certaine hostilité à leur encontre (J.-L. Oki, « Les travaux parlementaires : Les paradoxes », *RFDA* 2017. 425 s.)
24. P. B. Stephan, « Global Governance, Antitrust and the Limits of International Cooperation », *Cornell International Law Journal*, vol. 38, 2005, p. 173 s.
25. De manière générale, v. R. Bismuth, *op. cit.* note 22.
26. *Ibid.*, p. 381 s.

l'activité internationale des agences indépendantes qui s'y déploie soulèvent quelques problèmes. Ainsi, alors que cette coopération réglementaire n'en était encore qu'à l'état de chrysalide, le Congrès américain s'inquiétait déjà au milieu des années 1980 du manque de publicité des travaux du Comité de Bâle auxquel participaient les agences américaines[27]. Cela avait d'ailleurs conduit le Congrès à demander en 1983 au *General Accounting Office* (GAO) — une agence équivalente à la Cour des Comptes française qui se désigne dorénavant le *Government Accountability Office* — de publier un rapport sur la coopération bancaire internationale qui avait pointé les problèmes liés à la confidentialité des activités du Comité de Bâle et le manque de contrôle des autorités nationales qui s'accommodaient manifestement bien de ce cadre informel[28].

Cette contestation a pris une forme plus concrète quelques années plus tard lorsque le Congrès s'est inquiété des initiatives prises par les agences fédérales pour transposer les standards financiers internationaux en droit interne. Une fois le standard négocié et adopté par les agences au sein de l'instance internationale, celles-ci sont en mesure de placer tant les autorités exécutive et législative que les personnes privées intéressées devant le « fait accompli » en arguant de l'impossibilité de renégocier le standard ayant fait l'objet d'âpres discussions au sein de l'instance internationale[29]. Cette manière de procéder est dès lors susceptible de court-circuiter les procédures nationales à l'instar des mécanismes de consultation de l'*APA*. Celui-ci pourrait d'ailleurs ne pas s'appliquer dans la mesure où la mise en œuvre nationale d'un standard négocié internationalement pourrait relever de l'exception « *foreign affairs function* »[30] de l'APA[31].

Cette situation s'est produite en 1988 dans le cadre de l'adoption du premier accord prudentiel du Comité de Bâle, aussi désigné « Bâle I ». Les autorités bancaires américaines étaient parfaitement informées des réticences des établissements financiers à l'égard du dispositif envisagé[32].

---

27. E. B. Kapstein, *Governing the Global Economy — International Finance and the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 50.
28. US GAO, *International Banking — International Coordination of Bank Supervision : The record to Date*, 1986, 47 p. Comme le souligne un auteur, les autorités bancaires « *prefer to work informally with the institutions they regulate, seeking legislative cures only as a last resort* » ; E. B. Kapstein, *op. cit.* note 27, p. 50.
29. L'expression « fait accompli » est employée par D. Zaring, « Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration », *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, n° 2, 2005, p. 155. V. aussi, R. Bismuth, « The Independence of Domestic Financial Regulators : An Underestimated Structural Issue in International Financial Governance », *Gottingen Journal of International Law*, vol. 2, n° 1, 2010, p. 101 s.
30. 5 USC § 553(a)(1) (soulignant que l'APA ne s'applique pas « *to the extent that there is involved (...) a military or foreign affairs function of the United States* »).
31. Sur cette hypothèse, v. M. L. Feldman, « The Domestic Implementation of International Regulations », *NYU Law Review*, vol. 88, 2013, p. 406 s. V. aussi, David Zaring, « Best Practices », *NYU Law Review*, vol. 81, 2006, p. 305.
32. D. Zaring, *op. cit.* note 29, p. 574.

Celles-ci ont toutefois attendu que l'accord de Bâle I soit définitivement adopté en juillet 1988 avant de le faire circuler en décembre 1988 dans le cadre des consultations menées au titre de l'APA, soulignant que ces consultations ne pouvaient porter que sur les modalités de mise en œuvre de l'accord et aucunement sur son contenu[33]. Le problème ne concernait pas uniquement les standards internationaux qui pouvaient être directement transposés en droit interne *via* le *rule-making power* des agences indépendantes, mais également ceux qui exigeaient une intervention législative, le Congrès s'étant retrouvé dans certains cas *de facto* contraint par le résultat des négociations internationales si bien qu'il ne semblait être qu'une simple chambre d'enregistrement. Il a d'ailleurs été noté à ce propos que « *international rule-making becomes a way of circumventing legislative oversight because Congress will not undo complex international agreements, and a way of bypassing real administrative rule-making because the domestic notice and comment rule-making will simply rubber stamp the decisions made by the regulators during their international negotiations* »[34].

Si les instances internationales se sont progressivement employées à, tant bien que mal, tenir compte des exigences procédurales nationales et en particulier de l'APA[35], le problème du contrôle démocratique des agences indépendantes est régulièrement revenu à l'ordre du jour. Certaines initiatives ont été prises par le Congrès, par exemple des législations destinées à s'assurer qu'il soit tenu informé de l'activité internationale de certaines agences[36]. Le Congrès a également conduit plusieurs auditions au moment où étaient négociés certains standards financiers qui présentaient une importance particulière. Ce fut le cas lors de la préparation de l'accord de Bâle II et ces auditions ont levé le voile sur un problème jusqu'alors inédit. Il est apparu que les autorités bancaires américaines exprimaient des positions divergentes. La *Federal Reserve* se montrait enthousiaste quant à l'accord envisagé à la différence de l'OCC et de la FDIC qui formulaient plusieurs réserves[37]. Considérant que ces divergences mettaient à mal

33. *Ibid.* v. aussi, P. Cooke, « International Convergence of Capital Adequacy Measurement and Standards », in *The Future of Financial Systems and Services — Essays in Honour of Jack Revell*, London, Macmillan, 1990, p. 325.
34. M. S. Barr & G. P. Miller, « Global Administrative Law : The View from Basel », *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, p. 20-21.
35. Ainsi, le Comité de Bâle a noté dans le cadre de la négociation de l'accord de Bâle II « *the importance of national rulemaking processes underway in several jurisdictions and that it will need to consider the outcome of these national processes within this timeframe* » (Comité de Bâle, *Basel II : Significant progress on major issues, Press release*, 11 oct. 2003).
36. On peut mentionner le *National Securities Markets Improvement Act* de 1996 par le biais duquel le Congrès exige que la SEC « *should report to the Congress [...] on progress in the development of international accounting standards and the outlook for successful completion of a set of international standards that would be acceptable to the Commission for offerings and listings by foreign corporations in United States markets* » (H.R. 3005, *National Securities Markets Improvement Act* of 1996, Title V, Section 509, § 5).
37. M. S. Barr & G. P. Miller, *op. cit.* note 34, p. 66-67.

l'unité de la voix de l'État sur la scène internationale, le Congrès a alors envisagé la mise en place d'un mécanisme destiné à forcer les agences à harmoniser leur position. Une proposition de loi déposée en 2003 et 2005, mais jamais adoptée, envisageait l'institution d'un *United States Financial Policy Committee* réunissant les autorités bancaires (*Federal Reserve*, FDIC, OCC) mais aussi le *Secretary of the Treasury*[38]. Il était notamment prévu qu'en l'absence de position commune, celle exprimée par le *Secretary of the Treasury* devait prévaloir. Quoique demeurée lettre morte, cette proposition reste instructive dans la mesure où, en neutralisant leur liberté à l'échelon international, les agences indépendantes pourraient se voir sur ces aspects replacées dans le giron de l'exécutif. Le *Dodd-Franck Act* de 2010 a adopté une solution médiane entre absence de coordination et recherche contraignante de solution uniforme. Cette législation a en effet institué un *Financial Stability Oversight Board* qui regroupe le *Treasury* ainsi que les autorités fédérales dans le domaine bancaire et des marchés financiers et dont l'un des rôles est de « *monitor domestic and international financial regulatory proposals and developments* »[39], aucune primauté n'étant conférée à l'exécutif dans ce cadre.

Cette logique coopérative et horizontale résultant du *Dodd-Franck Act* semblait constituer un point d'équilibre satisfaisant mais il a été remis en question de manière assez brutale à la suite de l'élection de Donald Trump. La contestation des agences indépendantes est telle que l'on peut se demander si ce n'est pas l'existence même de ce type d'institution qui est dorénavant en danger.

II. – De la contestation à la remise en question du modèle de l'agence indépendante par l'administration Trump

Quelques jours seulement après l'entrée en fonction du président Trump, plusieurs offensives ont été lancées à l'encontre des agences fédérales opérant dans le domaine du secteur financier[40]. Trump n'avait d'ailleurs pas, lors de la campagne électorale, réalisé des manifestations de sympathie appuyées à leur égard. Il affichait son intention de remettre la main sur les agences indépendantes mais aussi celles dites « exécutives » dont les membres sont révocables *ad nutum* par le président, à l'instar de l'*Environmental Protection Agency* (EPA)[41]. De manière assez surprenante, le

38. Pour la dernière proposition, v. H.R. 1226, 109th Congress, 2005 (*United States Financial Policy Committee for Fair Capital Standards Act*).
39. Dodd-Frank Act, Section 112(a)(2)(D).
40. M. Barash, « Trump Moves Swiftly to Influence Independent Agencies », *Bloomberg Law*, 17 mars 2017.
41. É. Zoller, *op. cit.* note 3, p. 200.

contrôle de l'activité internationale des autorités de régulation financière a été un aspect particulièrement évoqué dans cette offensive, en soulignant le lien entre la recherche du contrôle démocratique de cette activité internationale et la volonté de les mettre à la botte de l'exécutif, ce qui implique de revenir sur le modèle de l'agence indépendante. Cette offensive se manifeste aussi bien par les initiatives de du nouvel exécutif que par celles du Congrès.

Celle-ci commença par l'adoption le 3 février 2017 de l'*executive order* 13772 intitulé « *Core Principles for Regulating the United States Financial System* »[42]. L'un de ces principes prescrit que la politique de l'exécutif doit être de « *advance American interests in international financial regulatory negotiations and meetings* »[43] tandis qu'un autre annonce clairement que doit être « *restore public accountability within Federal financial regulatory agencies and rationalize the Federal financial regulatory framework* »[44].

L'*executive order* 13772 demandait au *Treasury* de produire dans les 120 jours un rapport sur les manières par le biais desquelles ces principes pouvaient être mis en œuvre[45]. Dans son rapport publié en juin 2017[46], le *Treasury* réclame une plus grande transparence et un meilleur contrôle démocratique des processus internationaux[47] et se plaint en particulier des procédures de consultation au sein du Comité de Bâle jugées trop tardives si bien que « *other regulators have already reached understandings on the basic framework, thus limiting the potential for the public to meaningfully influence the Basel Committee's process* »[48]. Le second rapport d'octobre 2017 note plus spécifiquement à propos de l'élaboration des standards financiers internationaux que « *these consultations are not subject to requirements comparable to the Administrative Procedure Act* »[49]. Il n'apparaît dans aucun de ces rapports une proposition consistant à placer l'activité internationale des agences fédérales sous la tutelle du *Treasury* à l'instar de ce qui avait été envisagé en 2005. Ils se limitent à indiquer qu'une meilleure coordination doit être recherchée entre les agences dans le cadre de leur action[50] — sans oublier de mentionner que dans le secteur de l'assurance qui relève dans une large mesure de la compétence des États fédérés, les efforts de coordination doivent également inclure les cinquante autorités qui dépendent de

42. Executive order No. 13772, *Federal Register*, vol. 82, 2017, p. 9964.
43. *Ibid.*, Section 1(e).
44. *Ibid.*, Section 1(g).
45. *Ibid.*, Section 2.
46. US Department of Treasury, *A Financial System That Creates Economic Opportunities — Banks and Credit Unions — Report to President Donald J. Trump*, juin 2017.
47. *Ibid.*, p. 16.
48. *Ibid.*, p. 55.
49. US Department of Treasury, *A Financial System That Creates Economic Opportunities — Asset Management and Insurance — Report to President Donald J. Trump*, oct. 2017, p. 62.
50. US Department of Treasury, *op. cit.*, p. 16; US Department of Treasury, *op. cit.*, p. 9, 54, 63.

ces derniers[51], configuration qui n'a d'ailleurs pas été sans soulever certains problèmes au sein des instances internationales[52].

La solution préconisée par le *Treasury* semble peu invasive lorsque l'on sait qu'elle provient d'une administration qui n'est pas réputée prendre des pincettes pour atteindre ses objectifs. L'ambition de l'exécutif se place toutefois à un niveau bien plus décisif car il ne s'agit plus de contrôler les seules activités internationales des agences indépendantes. Il est bien davantage question de s'employer à les rapatrier dans le giron de l'exécutif. Le problème du contrôle démocratique des processus internationaux ne constitue en réalité qu'un motif justifiant la remise en question du modèle de l'agence indépendante. Le premier rapport de juin 2017 ne peut être plus clair lorsqu'il indique que « *increased accountability for all regulators should be achieved through oversight by an appointed board or commission, or in the case of a director-led agency, appropriate control and oversight by the Executive Branch, including the right of removal at will by the President* »[53].

Il est ainsi tout simplement question de consacrer un pouvoir de révocation *ad nutum* des dirigeants des agences indépendantes afin de disposer de leviers suffisant pour les soumettre à la volonté de l'exécutif. Deux pistes peuvent être envisagées à cette fin : une intervention du Congrès qui transformerait les agences indépendantes en agences exécutives ou une remise en question par la Cour suprême de la jurisprudence *Humprey's Executor*. Tel qu'indiqué auparavant, ce précédent consacre l'indépendance organique des agences en précisant que pour ce qui concerne les dirigeants de ces agences « *no removal can be made (...) except for one or more of the causes named in the applicable statute* »[54].

Dans l'attente d'une éventuelle intervention du Congrès pour amender ces législations, l'administration Trump s'emploie sans ambages à remettre en question la jurisprudence *Humphrey's Executor*. L'un des exemples les plus éloquents concerne le *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), agence indépendante établie par le *Dodd-Frank Act* pendant la présidence de Barack Obama dans le sillage de la crise des *subprimes*. Celle-ci est destinée à assurer une protection des consommateurs dans leurs diverses relations avec les institutions financières pour ce qui concerne par exemple les emprunts immobiliers, les cartes de crédit ou les prêts étudiants. La nouvelle agence s'employait activement à contester certaines pratiques commerciales déloyales et était, depuis l'origine, dans le viseur des républicains. Le 24 novembre 2017, le directeur du CFPB Richard Cordray annonça sa démission et, en vertu du *Dodd-Frank Act*, la directrice adjointe de l'instance Leandra English prit sa place. Le *Dodd-Frank Act* prévoit en effet que le *Deputy Director* doit « *serve as acting Director in the absence or*

51. US Department of Treasury, *op. cit.*, p. 80 s.
52. Sur ces questions, v. R. Bismuth, *op. cit.* note 22, p. 301 s.
53. US Department of Treasury, *op. cit.*, p. 30.
54. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 632 (1935).

unavailability of the Director»[55]. La Maison Blanche annonça toutefois au même moment la nomination de Mick Mulvaney à la tête du CFPB sur le fondement du *Federal Vacancies Reform Act* qui permet au président de procéder, dans une situation de carence, à des nominations pour des postes fédéraux sans avoir l'accord du Sénat[56]. Mulvaney était alors directeur de l'*Office of Management and Budget* au sein de l'administration Trump et avait pris position de manière véhémente contre cette agence en la désignant, entre autres, comme «*a joke (...) in a sick, sad kind of way*»[57]. Tant English que Mulvaney entendaient exercer la direction, ce qui donna lieu à une situation cocasse où la première envoyait un email à ses équipes au moment où le second arrivait au CFPB avec des *donuts* pour saluer ses nouveaux collègues[58].

Leandra English initia une procédure d'urgence devant un juge fédéral — au demeurant nommé par Trump quelques mois plus tôt — qui rejeta sa demande. La décision de la *district court* n'a même pas mentionné la jurisprudence *Humphrey's Executor* et s'est essentiellement limitée à une stricte question d'interprétation textuelle du *Federal Vacancies Reform Act*[59]. Alors que cette décision fait actuellement l'objet d'un recours devant la cour d'appel fédérale pour le circuit du district de Columbia, cette même juridiction a rendu, le 31 janvier 2018, une décision importante concernant le statut du CFPB[60]. Les institutions financières demanderesses sollicitaient de la Cour qu'elle reconnaissance l'inconstitutionnalité de l'inamovibilité du directeur du CFPB telle que prescrite par le *Dodd-Franck Act*. Leur argument central était que l'arrêt *Humphrey's Executor* devait constituer une exception ne s'appliquant pas aux agences composées d'un seul directeur mais seulement à celles composées de plusieurs commissaires dans la mesure où «*multi-member commissions contain their own internal checks to avoid arbitrary decision making*»[61]. Cette demande fut rejetée et le glorieux précédent de 1935 était d'ailleurs au cœur de la décision qui rappela que «*Supreme Court's removal-power decisions have, for more than eighty years, upheld ordinary for-cause protections of the heads of independent agencies*» et qu'il ressort de la législation que «*civil regulation of consumer financial protection should be kept one step removed from political winds and presidential will*»[62]. Cette décision, à laquelle furent jointes

55. 12 USC § 5491(b)(5)(B).
56. 5 USC § 3345(a).
57. A. Tracy, «What the Hell is Going on at the CFPB?», *Vanity* Fair, 27 nov. 2017.
58. K. Rogers, «2 Bosses Show Up to Lead the Consumer Financial Protection Bureau», *New York Times*, 27 nov. 2017.
59. La première décision de l'*US District Court for the District of Columbia* rejetant la demande de *restraining order* fut rendue le 28 novembre 2017. La décision finale fut rendue le 10 janvier 2018 (No. 17-2534 (TJK)).
60. *PHH. Corporation, et al. v. Consumer Financial Protection Bureau*, 881 F.3d 75 (D.C. Cir. 2018).
61. *Ibid.*
62. *Ibid.*

plusieurs opinions dissidentes particulièrement fournies, pourrait néanmoins être contestée devant la Cour suprême dont l'éventuel arrêt serait susceptible de restreindre la portée du précédent *Humphrey's Executor*. La Cour suprême est d'ailleurs saisie d'une autre affaire concernant les agences indépendantes puisqu'elle doit déterminer dans *Lucia v. SEC* si la *Securities and Exchange Commission* peut nommer directement ses juges administratifs ou si ceux-ci relèvent de l'*appointment clause* de la Constitution américaine qui attribue le pouvoir de nommer des « *Officers of the United States* » au président[63]. En attendant, Mulvaney, le nouveau directeur du CFPB, a commencé à procéder au démantèlement de cette agence fédérale en formulant une demande de budget de zéro dollar pour son fonctionnement afin d'épuiser ses réserves et en exigeant la fin des enquêtes visant les institutions financières hostiles CFPB qui avaient participé au financement de ses campagnes électorales[64].

Depuis l'élection de Donald Trump, la contestation n'a pas été seulement le fait de l'exécutif. Un climat de suspicion s'est propagé au Congrès par la voix de certains opposants au modèle de l'agence indépendante. Trois jours avant l'*executive order* 13772 du nouveau président et le jour même de la décision de la cour d'appel fédérale pour le circuit du district de Columbia concernant le CFPB, l'élu républicain Patrick Mc Henry envoya une lettre particulièrement véhémente à Janet Yellen, la présidente de la *Federal Reserve* se plaignant des modalités de participation des régulateurs bancaires américains à l'élaboration des standards financiers internationaux. Dénonçant un « *opaque decision-making process* », l'élu annonce la purge à venir au sein des régulateurs financiers : « *the Federal Reserve must cease all attemps to negotiate binding standards burdening American business until President Trump has had an opportunity to nominate and appoint officials that prioritize America's best interests* »[65]. Ici encore, les activités internationales des régulateurs constituent un utile angle d'attaque afin de remettre en question le modèle de l'agence indépendante.

Cela s'est également vérifié dans le cadre de la proposition de loi intitulée *Financial Choice Act* qui entendait revenir sur de nombreuses avancées réalisées

63. Article II, Section 2, Clause 2 de la Constitution.

64. J. Puzzanghera, « Mulvaney Requests Zero Funding for the Consumer Financial Protection Bureau », *Los Angeles Times*, 18 janvier 2018 ; K. Berry, « CFPB Drops Probe into Lender that Gave to Mulvaney's Campaigns », *American Banker*, 23 janvier 2018. Un important *public interest group* aux États-Unis a récemment soumis un rapport à un comité de la Chambre des représentants sur le CFPB dans lequel il souligne notamment que « *From the outset, the potential for Mr. Mulvaney using his platform as acting director to promote his and the administration's own agenda over the mission of the agency was great. We've quickly seen evidence of those conflicts of interest. During his tenure, the Consumer Bureau has taken actions that put consumers at risk of unfair practices* » (US PIRG Statement for the Hearing Record, Semi-Annual Report of the Bureau of Consumer Financial Protection, 11 avril 2018 [http://uspirg.org]).

65. Cette lettre est disponible au lien suivant : [https://ftalphaville-cdn.ft.com/wp-content/uploads/2017/02/02104940/McHenry-letter-to-Yellen.pdf].

par le *Dodd-Franck Act*[66]. L'une des sections de la législation proposée ne manquait pas de clarté quant aux intentions des promoteurs (« *Demanding accountability from financial regulators and devolving power away from Washington* »)[67], montrant que le problème du contrôle démocratique n'est que de façade. Bien que la proposition n'ait pas été définitivement votée, elle mérite d'être brièvement mentionnée car certaines mesures proposées sont particulièrement instructives et devraient être réintégrées dans de futurs textes. Il était ainsi envisagé dans le cadre de l'élaboration des standards financiers la mise en place d'une procédure de consultation reprenant l'essentiel de l'APA et devant être respectée par les autorités de régulation[68].

Il était aussi question du renforcement de l'intensité du contrôle juridictionnel des actes des agences indépendantes, le texte comprenant une disposition destinée à neutraliser la doctrine *Chevron* issu de la célèbre décision de la Cour suprême de 1984[69]. Dans cette affaire, il avait été jugé que, pour ce qui concerne contrôle des actes des agences fédérales — indépendantes ou exécutives d'ailleurs — les juridictions devaient faire preuve d'une déférence à l'égard des interprétations de la législation réalisées par les agences dès lorsqu'elles sont raisonnables et n'excèdent pas la délégation législative des compétences dont elles bénéficient. Il revient ainsi aux agences, et pas au juge, d'arbitrer entre des intérêts concurrents lorsque la législation est silencieuse ou ambiguë à propos d'une question particulière[70]. Cela permet ainsi de désengager les cours fédérales « d'un contrôle approfondi sur les actes des agences »[71]. Le *Financial Choice Act* avait pour ambition affichée de revenir sur la doctrine *Chevron* puisqu'il prévoyait que « *in any judicial review of an agency action* (...) *the reviewing court shall determine the meaning or applicability of the terms of an agency action and decide de novo all relevant questions of law, including the interpretation of constitutional and statutory provisions, and rules made by an agency* »[72].

Dès lors qu'il pourrait être compliqué de revenir sur la législation garantissant un statut d'indépendance à certaines agences fédérales — on pense en particulier à la Federal Reserve et à la SEC — l'idée était donc de permettre plus facilement aux juridictions de censurer certains arbitrages qu'elles opèrent.

En attendant l'adoption d'une législation permettant aux juges fédéraux d'approfondir leur contrôle des actes des agences indépendantes, l'administration Trump pourrait être tentée de remettre en cause la doctrine

66. *Financial CHOICE Act of 2017*, H.R.10, 115th Congress (2017-2018).
67. *Ibid.*, Title VI.
68. *Ibid.*, Title VI, Subtitle F.
69. *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).
70. *Ibid.*, p. 843 (« *if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute* »).
71. É. Zoller, *op. cit.* note 7, p. 391. V. aussi, É. Zoller, *op. cit.* note 4, p. 767.
72. *Financial CHOICE Act of 2017*, *op. cit.*, Title VI, Subtitle C.

Chevron elle-même. À cet égard, la nomination du juge Gorsuch à la Cour suprême est tout sauf une coïncidence[73]. Gorsuch a surtout été critiqué pour ses prises de position conservatrices concernant les questions sociétales (avortement, euthanasie, etc.) ou l'interprétation du Second amendement de la Constitution relatif au port d'armes[74]. Si ces éléments du débat ont certainement eu leur importance auprès du grand public, il ne faudrait néanmoins pas éclipser sa doctrine en matière de séparation des pouvoirs et, plus particulièrement, celle relative au contrôle des agences fédérales qu'il a eu l'occasion de préciser lorsqu'il était juge fédéral à la cour d'appel pour le dixième circuit entre 2006 et 2017. Il s'est d'ailleurs manifesté l'année précédant sa nomination par une décision ainsi qu'une opinion concordante dans l'affaire *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*[75]. Il notait dans son opinion que cette doctrine *Chevron* « *permit(s) executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power and concentrate federal power in a way that seems more than a little difficult to square with the Constitution of the framers' design* ». Cette prise de position avait d'ailleurs été rapidement remarquée[76]. Aussi, lorsque le juge Gorsuch devait mentionner « *the 10 most significant cases over which you presided* » dans le formulaire exigé par le *Committee on the Judiciary* du Sénat américain pour la préparation de son audition, il indiqua cette affaire en première position en prenant soin également de mentionner la position développée dans son opinion concordante à propos de la doctrine *Chevron*[77]. Depuis sa prise de fonction à la Cour suprême, il a déjà eu l'occasion de se manifester par une déclaration réalisée dans le cadre d'un refus de *certiorari* en soulignant de manière incidente ses doutes quant à l'idée sous-tendant *Chevron* selon laquelle « *statutory ambiguities reflect a kind of implicit decision by Congress to delegate lawmaking power to the agency to handle the problem on its own* »[78].

La défiance de l'administration Trump et de certains élus à l'égard des agences indépendantes se manifeste ainsi par une stratégie protéiforme et agressive : passage en force dans le cadre des nominations aux postes clés et pressions pour obtenir la démission de leurs dirigeants ne s'alignant pas avec ses vues, nomination de personnalités détricotant le travail de

73. Notons aussi — pour la petite histoire — que la mère du juge Gorsuch était à la tête de l'*Environmental Protection Agency* au début des années 1980 et avait été à l'origine de la décision donnant lieu à l'affaire *Chevron*.
74. J. Rosen, « A Jeffersonian for the Supreme Court », *The* Atlantic, 1er févr. 2017 ; R. Black & R. Owens, « Neil Gorsuch Could Be the Most Conservative Justice on the Supreme Court », *The Washington Post*, 20 mars 2017.
75. *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016).
76. J. H. Adler, « Should Chevron Be Reconsidered? A Federal Judge Thinks So », *Blog The Volokh Conspiracy*, 24 août 2016. V. aussi, *Harvard Law Review*, vol. 130, 2017, p. 1496 s.
77. V. à la p. 25 du questionnaire, accessible au lien suivant : [https ://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Neil%20M.%20Gorsuch%20SJQ%20%28Public%29.pdf].
78. *Scenic America, Inc. v. Department of Transportation, et al.*, 583 U. S. (2017) (No. 16-739).

ces agences, remise en question de la jurisprudence *Humphrey's Executor* garantissant leur indépendance organique, projet de législation élargissant les critères d'examen juridictionnel de leurs décisions pour plus facilement remettre en cause leurs choix politiques et, enfin, nomination d'un juge à la Cour suprême hostile à la doctrine *Chevron* qui laisse aux agences une marge de manœuvre raisonnable dans le cadre de leurs activités de régulation.

Alors que la question de l'activité internationale de ces autorités de régulation soulevait d'intéressants problèmes de contrôle démocratique, de possibles contournements des procédures démocratiques nationales ou d'atteinte à l'unité de la voix de l'État sur la scène internationale, elle a juste servi de prétexte ou de porte d'entrée afin d'abattre le modèle des agences fédérales indépendantes. Celles-ci ne sont pas la seule cible et ces initiatives s'inscrivent dans un cadre plus large de la promesse de Donald Trump d'une « *deconstruction of the administrative state* » dont certains relents ne sont pas sans rappeler les mouvements *antiregulatory* et *antigovernment* qui ont finalement perdu la bataille du New Deal contre Franklin D. Roosevelt[79], lequel, on le sait, congédia ce cher Monsieur Humphrey.

79. Pour une vue d'ensemble, v. l'étude pénétrante de G. E. Metzger, « Foreword — 1930s Redux : The Administrative State Under Siege », *Harvard Law Review*, vol. 131, 2017, p. 1 s.

Penser le droit à partir de l'individu

Mélanges en l'honneur d'

Élisabeth Zoller

DALLOZ