

## Considérations générales

### *Les autorités administratives indépendantes*

*Les considérations générales du Conseil d'État sur **Les autorités administratives indépendantes** ont été rédigées par Marcel POCHARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Vincent MAHÉ, Delphine HEDARY, Claire LEGRAS, Gaëlle DUMORTIER, Claire LANDAIS, Frédéric ALADJIDI, Frédéric LENICA, Mathieu HERONDART.*



# Sommaire

---

Introduction .....	257
Première partie	
<b>Genèse : hasard et nécessité</b> .....	261
<b>1.1. Les conditions historiques de création des autorités administratives indépendantes</b> .....	261
a) Rappel du contexte historique de la création des diverses autorités .....	261
b) Parmi les caractéristiques marquantes de cette genèse, l'influence des expériences étrangères et du droit communautaire ...	267
<b>1.2. Les besoins auxquels a cherché à répondre le concept d'autorité administrative indépendante</b> .....	275
a) Les justifications essentielles avancées pour la création des autorités administratives indépendantes existantes : garanties renforcées d'impartialité, de professionnalisme et d'efficacité de l'action de l'État .....	275
b) En arrière plan, l'aspiration à une action publique plus attentive aux besoins de médiation et de transparence .....	277
<b>1.3. Le contexte doctrinal</b> .....	278
a) Le débat sur la régulation des activités économiques et sociales dans une économie de marché et sur le rôle de l'État dans cette régulation .....	278
b) Le débat sur la légitimité de l'insertion dans le système institutionnel français d'autorités administratives indépendantes agissant au nom de l'État tout en étant détachées du pouvoir exécutif	284
Deuxième partie	
<b>État des lieux</b> .....	287
<b>2.1. L'analyse du droit positif actuel</b> .....	287
a) La notion d'autorité administrative indépendante n'est pas dépourvue d'ambiguïté .....	287
b) L'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'ordre constitutionnel et administratif est acquise dans ses principes généraux .....	294
<b>2.2. La situation de fait : un large éventail d'autorités administratives indépendantes exerçant des missions dans des domaines divers et dont les pouvoirs et les statuts sont d'une grande hétérogénéité</b> .....	300
a) La liste actuelle des autorités administratives indépendantes .....	300
b) La diversité de missions de la trentaine d'autorités administratives indépendantes existantes .....	307
c) L'hétérogénéité des pouvoirs dont elles disposent .....	308
d) L'hétérogénéité de leurs statuts .....	312
<b>2.3. Les éléments d'appréciation</b> .....	321



Troisième partie	
<b>Recommandations</b> .....	327
<b>3.1. Tirer les leçons des difficultés rencontrées, à l'expérience, par les autorités existantes</b> .....	327
3.1.1. Clarifier l'insertion des autorités administratives indépendantes dans leur environnement institutionnel .....	328
a) L'articulation des autorités administratives indépendantes avec les juridictions .....	328
b) La combinaison de compétences entre les autorités administratives indépendantes et les administrations traditionnelles les administrations traditionnelles .....	335
c) La coexistence des autorités administratives indépendantes entre elles ...	341
d) L'insertion des autorités administratives indépendantes dans leur environnement international .....	344
3.1.2. Aider les autorités administratives indépendantes à régler les problèmes de fonctionnement et d'exercice de leurs pouvoirs qu'elles peuvent rencontrer .....	347
a) L'organisation et le fonctionnement de la collégialité .....	347
b) L'adaptation des moyens humains et financiers .....	353
c) Les conditions d'exercice des pouvoirs et notamment du pouvoir de sanction .....	358
3.1.3. Renforcer les mécanismes par lesquels les autorités administratives indépendantes rendent compte de leur action et sont contrôlées notamment par le Parlement .....	364
<b>3.2. N'utiliser qu'à bon escient la formule des autorités administratives indépendantes</b> .....	374
3.2.1. L'autorité administrative indépendante ne saurait devenir un mode d'administration de droit commun .....	374
3.2.2. Le recours à cette formule doit être encadré par quelques principes .....	377
<b>3.3. Renforcer parallèlement la crédibilité des structures classiques de l'État</b> .....	381
<b>Conclusion</b> .....	385



---

## Introduction

En 1978, pour la première fois en France, une institution publique, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) était qualifiée d'autorité administrative indépendante ; cette qualification émanait du législateur. Aujourd'hui, selon l'acception plus ou moins large que l'on donne à cette notion, on compte 25 à 35 autorités administratives indépendantes. Elles agissent, avec un poids variable, mais souvent important, dans une grande variété de secteurs qui vont de l'audiovisuel à la protection des données personnelles contenues dans les fichiers informatiques ou la lutte contre le dopage des sportifs, en passant par la régulation de marchés essentiels au bon fonctionnement de l'économie.

Ces autorités ont en commun, selon une définition couramment admise et qui sera analysée plus à fond dans le cours du développement, d'agir au nom de l'État sans être subordonnées au Gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge. Elles disposent de pouvoirs plus ou moins étendus qui, dans certains cas, combinent à la fois un pouvoir de réglementation, d'autorisation individuelle, de contrôle, d'injonction, de sanction, voire même de nomination, et se limitent, dans d'autres cas, à un simple pouvoir d'influence, il est vrai entouré dès lors d'une certaine solennité et donc empreint d'une réelle autorité morale.

L'existence de ces autorités administratives indépendantes constitue une novation au regard du schéma français traditionnel d'administration qui fait aboutir au ministre et soumet au pouvoir de direction, ou du moins de contrôle, du Gouvernement l'ensemble des administrations de l'État et conduit à une pratique de détermination régaliennne de l'intérêt général, fût-ce à l'issue de procédures, obligatoires ou non, de consultation.

Les autorités administratives indépendantes participent en fait d'un vaste mouvement, général aux grands pays démocratiques, qui tend, par-delà la politique de décentralisation ou de déconcentration, à un nouveau mode de répartition et d'exercice du pouvoir d'État, notamment dans les domaines sensibles de l'exercice des libertés publiques et en matière de régulation de certains secteurs ou marchés. Ce mouvement comporte une variété d'explications ; il procède en effet à la fois de méfiance et de suspicion vis-à-vis de l'État traditionnel, contesté dans sa toute puissance et mis en cause quant à son impartialité et son efficacité, et d'aspiration à de nouveaux modes de



régulation sociale, faisant une plus large place à la médiation ou aux compromis négociés et aussi soucieux de mise en œuvre effective des objectifs assignés à l'action publique que de respect formel de normes juridiques.

Par-delà les autorités administratives indépendantes, c'est en réalité en large partie la conception de l'organisation et des conditions d'exercice du pouvoir dans l'État qui est en cause.

On comprend dès lors que l'apparition et le développement de ces autorités aient engendré débats et interrogations, à la fois en termes de principe, y compris constitutionnel, compte tenu des dispositions de l'article 20 de la Constitution, et en termes pratiques.

Le Conseil d'État a, à sa place, pris sa part à ce débat, qu'il s'agisse du rapport établi par deux de ses membres, F. Gazier et Y. Cannac, en 1984, en conclusion des travaux d'un groupe d'étude de la Commission du rapport, qu'il s'agisse des décisions prises au contentieux dans le contrôle de ces nouvelles autorités, ou des avis émis par ses Sections administratives et son Assemblée générale sur des projets de création de telles autorités. Il a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de mieux définir les cas dans lesquels ce type d'autorité peut se justifier. Il a, à l'occasion, émis un avis défavorable à la création de certaines autorités administratives indépendantes lorsqu'il estimait qu'il en allait de certains principes même de notre organisation administrative et constitutionnelle. Il a, à l'inverse, pu suggérer lui-même la création de telles autorités lorsqu'il estimait que la formule se prêtait bien au règlement de situations sensibles.

Il apparaît utile aujourd'hui au Conseil d'État, alors que les autorités administratives indépendantes créées au long des années atteignent, pour la plupart d'entre elles, leur pleine assise et que les décisions de jurisprudence prises tant par le Conseil constitutionnel que par le Conseil d'État ou la Cour de cassation permettent de mieux cerner les contours juridiques de la formule, de procéder à une réflexion d'ensemble sur ces entités à la fois pour ce qui est du droit et de la réalité concrète.

Il a été procédé à cette réflexion selon la procédure habituellement retenue pour l'élaboration des considérations générales du rapport annuel du Conseil d'État, c'est-à-dire en dehors de tout groupe de travail spécifique constitué à cet effet, et sur la base du seul travail d'investigation conduit par le Rapporteur général de la Section du rapport et des études, sous l'autorité du Président de cette Section et avec le concours d'un groupe d'auditeurs issus des deux dernières promotions.

Ce travail a toutefois été conduit avec le souci de recueillir, dans le cadre d'auditions informelles, le maximum d'informations de la part des « *acteurs* » intéressés : autorités administratives elles-mêmes, « *ressortissants* » de ces autorités, administrations concernées, universitaires... Il a été ainsi procédé à plus d'une quarantaine d'auditions. Le Président de la Section du rapport et des études et le Rapporteur général ont même pu rencontrer le collègue au complet de certaines autorités. Ces auditions ont bien évidemment revêtu un caractère strictement confidentiel.



La réflexion développée dans le rapport l'a été dans la perspective définie par la fonction du rapport public annuel du Conseil d'État. C'est une réflexion libre, mais orientée par le souci d'aider les pouvoirs publics à déterminer leur politique en matière de création de nouvelles autorités administratives indépendantes et à régler, le cas échéant, les difficultés concrètes rencontrées par les autorités existantes dans l'accomplissement de leur mission.

La première partie de l'étude, consacrée à la genèse des autorités administratives indépendantes, s'efforce de présenter les conditions historiques d'apparition et d'approfondissement de la notion, les besoins auxquels elle a cherché à répondre et le contexte doctrinal dans lequel elle s'est concrétisée.

La deuxième partie, consacrée à l'état des lieux, procède à une analyse du droit positif actuel et, après un inventaire indicatif des autorités administratives existantes et un examen aussi complet que possible des missions, des pouvoirs et des statuts de ces autorités, formule quelques réflexions relatives à l'appréciation du rôle de ces autorités.

La troisième partie, consacrée aux recommandations, s'efforce de présenter les principaux problèmes exprimés à propos des autorités administratives indépendantes existantes – insertion dans leur environnement institutionnel, fonctionnement et exercice de leurs pouvoirs, mécanismes par lesquels elles rendent compte de leur activité et se trouvent contrôlées notamment par le Parlement – et de proposer des solutions à ces problèmes. Elle indique par ailleurs ce que pourrait être une ligne directrice quant à la création de nouvelles autorités administratives indépendantes et, tout en rappelant que ces institutions ne sauraient être la seule manifestation d'une réforme de l'État, elle préconise de s'inspirer de leur apport dans la détermination des axes d'une telle réforme.







---

# Première partie

## Genèse, hasard et nécessité

### 1.1. Les conditions historiques de création des autorités administratives indépendantes

---

#### a) Rappel du contexte historique de la création de diverses autorités

La paternité de la notion d'autorité administrative indépendante revient, ainsi qu'il a été dit en introduction, au législateur : c'est en effet au Parlement, en 1978, qu'une institution publique reçoit pour la première fois cette qualification juridique, lors de la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)<sup>1</sup>. Il est à noter que cette qualification a été retenue après de nombreuses hésitations sur le statut qu'il fallait donner à cet organisme, les uns prônant la création d'un établissement public sur lequel ne pèserait qu'une tutelle allégée, certains défendant au contraire la possibilité pour le Gouvernement d'user le cas échéant de son pouvoir hiérarchique de réformation des décisions d'une commission qui lui serait subordonnée, les autres envisageant de mettre en place une commission dont les décisions ne feraient l'objet que d'un contrôle de légalité par le juge<sup>2</sup>. C'est finalement par le biais d'un amendement déposé au Sénat que la CNIL deviendra une autorité administrative indépendante et non un simple service du ministère de la Justice, comme le proposait initialement l'Assemblée nationale.

---

1 - Les recherches du professeur Jean-Louis Mestre sur d'éventuels antécédents historiques du concept d'autorité administrative indépendante dans la pensée politique française du 19<sup>e</sup> siècle ne l'ont conduit à trouver l'idée d'une indépendance nécessaire de l'administration vis-à-vis du pouvoir exécutif que chez Benjamin Constant, dans *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, édition établie par Henri Grange, Aubier, 1991, pages 409-412. Benjamin Constant utilise à ce propos des formules vigoureuses et imagées : « On a considéré jusqu'à présent le pouvoir administratif comme une branche dépendante du pouvoir exécutif. Au contraire il ne doit jamais l'entraver, mais il ne doit point en dépendre » et encore « le pouvoir administratif doit être en administration ce que sont les juges de paix dans l'ordre judiciaire ». Il convient cependant de ne pas perdre de vue que ses propos sur l'indépendance du pouvoir administratif concernent les autorités territoriales, en critique des institutions de l'an VIII qui sont à l'opposé de sa conception.

2 - Voir à l'Assemblée nationale le rapport de M. Foyer, au nom de la commission des lois (n° 3125) ; au Sénat le rapport de M. Jacques Thyraud, au nom de la commission des lois, n° 72 (1977-1978) ; et les discussions en séance les 4 et 5 octobre 1977 en première lecture à l'Assemblée nationale ainsi qu'au Sénat, le 17 novembre 1977.



Le contexte particulier dans lequel cette institution a vu le jour explique l'innovation juridique. C'est la révélation par la presse<sup>3</sup> de l'intention du ministère de l'Intérieur de mettre en œuvre une centralisation des bases de données que possédaient les services de police (dont les renseignements généraux, la direction de la sécurité du territoire, la police judiciaire), sans l'intervention préalable d'aucun débat public, malgré les recommandations du Conseil d'État et du ministère de la Justice, qui a donné corps à l'idée qu'un instrument nouveau était nécessaire pour répondre aux menaces que l'informatisation des fichiers risquait de faire peser sur les libertés fondamentales.

L'émotion suscitée alors fut suffisamment vive pour le que Premier ministre interdise aux services de procéder sans son autorisation à de nouvelles interconnexions et soumette à la signature du Président de la République un décret<sup>4</sup> constituant une commission chargée de « proposer au Gouvernement, dans un délai de six mois, des mesures tendant à garantir que le développement de l'informatique dans les secteurs public, semi-public et privé se réalisera dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques ». Présidée par le Vice-président du Conseil d'État, cette commission remettait le 27 juin 1975 un rapport rédigé par le Président Bernard Tricot et le professeur Pierre Catala. C'est sur le fondement de ces travaux que fut élaboré un projet de loi déposé le 9 août 1976, dont le Parlement eut à débattre le 4 octobre 1977 et qui aboutit finalement à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978<sup>5</sup>, qui fut la première à consacrer la notion d'autorité administrative indépendante.

La dénomination d'autorité administrative indépendante ainsi retenue pour la CNIL par le législateur ne réapparaîtra officiellement qu'en 1984 dans une décision du Conseil constitutionnel, qui qualifie ainsi la Haute autorité de la communication audiovisuelle en érigeant l'existence de cette dernière en « garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique »<sup>6</sup>.

Cette référence et ce poids donnés par le Conseil constitutionnel à la formule de l'autorité administrative indépendante sont d'autant plus significatifs que, dans l'intervalle, le concept avait commencé de prendre une consistance théorique et pratique. La décision du Conseil constitutionnel intervient en effet après la première tentative de théorisation de la notion publiée par le professeur Paul Sabourin en 1983<sup>7</sup> et le premier travail d'analyse et de présentation des différents organismes qualifiables d'autorité administrative indépendante

---

3 - Voir l'article de Philippe Boucher, « Safari ou la chasse aux Français », paru dans le journal *Le Monde* le 21 mars 1974

4 - Décret n° 74-938 du 8 novembre 1974.

5 - Pour une présentation détaillée du contexte historique, il est possible de se reporter au rapport au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95-46, *Données personnelles et société de l'information*, réalisé par Guy Braibant, Paris, La Documentation française, 1998.

6 - Voir la décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63, considérant n° 5 : « La désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la communication que celle d'autoriser l'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique ».

7 - *AJDA*, 20 mai 1983, p. 275.



effectué par deux membres du Conseil d'État, en conclusion des travaux d'un groupe d'étude de la Commission du rapport du Conseil d'État, publié en janvier 1984 <sup>8</sup>.

Cette décision intervient également après que le législateur a commencé à tirer les conséquences de l'existence de ces institutions nouvelles en leur donnant les moyens de fonctionner de manière souple, notamment au regard du statut régissant la fonction publique. La notion entre peu à peu dans l'ordonnement juridique, sans être toujours explicitement visée, mais par des références évidentes aux yeux des praticiens avec la loi n° 83-481 du 11 juin 1983 <sup>9</sup> qui, définissant les conditions dans lesquelles doivent être pourvus les emplois civils permanents de l'État et de ses établissements publics, dispense les « *institutions administratives de l'État dotées, de par la loi, d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission* » de l'obligation de n'employer que des fonctionnaires titulaires <sup>10</sup>.

Le recours à la dénomination d'autorité administrative indépendante devient dès lors à la fois plus significatif et plus systématique. De 1984 jusqu'à aujourd'hui, le législateur va ainsi qualifier d'autorité administrative indépendante plus de dix institutions, avec une accélération dans la période récente. Ce foisonnement contribue d'ailleurs à instaurer un certain flou sur la notion, la qualification d'autorité administrative indépendante étant donnée à des institutions ne présentant que partiellement les critères retenus par la doctrine pour justifier cette appellation. Pour continuer qu'il soit, le processus de création ne semble obéir à aucun plan préconçu. Force est de constater que c'est bien la nécessité contingente qui a fait loi : aucune logique d'ensemble préalable ne guide le mouvement de création des autorités administratives indépendantes ; le recours à la formule ne fait que répondre à chaque fois à un problème spécifique.

Dans le sillage de la création de la CNIL et du gain de substance théorique de la notion, le législateur utilise ainsi la formule de l'autorité administrative indépendante pour qualifier la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse (article 8 de la loi n° 84-937 du 23 octobre 1984). Tel sera le cas également en 1985 pour la Commission de la concurrence instituée huit ans plus tôt (article 6 de la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985) et à la veille de sa transformation en Conseil de la concurrence, puis en 1986, à l'instar de la qualification retenue par le Conseil constitutionnel pour la Haute autorité de la communication audiovisuelle, pour la Commission nationale de la communication et des libertés (article 1<sup>er</sup> de la loi n° 86-107 du 30 septembre 1986).

Ce n'est que par un paradoxe apparent que le Conseil de la concurrence <sup>11</sup>, qui succède en 1986 avec des pouvoirs accrus à la Commission de la concu-

---

8 - « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1983-1984 n° 35, p. 13, Gazier et Cannac.

9 - Dont les termes sont repris à l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

10 - Article 1-4°) de la loi n° 83-481 du 11 juin 1983 ; voir également les travaux parlementaires – à l'Assemblée nationale, le rapport n° 1278 de M. Sapin, au nom de la commission des lois – au Sénat, le rapport n° 207 de M. Hoeffel, au nom de la commission des lois.

11 - Créé par l'article 2 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986.



rence, n'est pas qualifié d'autorité administrative indépendante, le législateur n'estimant vraisemblablement pas nécessaire de le préciser. Quant au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) <sup>12</sup>, il reçoit, dès son institution en 1989, la qualification d'« *autorité indépendante* » que le législateur donne, au même moment, au Médiateur de la République dont la création remonte à la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973.

C'est par une modification de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n°67-833 du 28 septembre 1967 qui l'a créée que la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 qualifie explicitement la Commission des opérations de bourse (COB) d'autorité administrative indépendante.

Au cours des années 1990, la même appellation sera attribuée à une série d'institutions créées pour répondre à des problèmes de divers ordres.

La Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), compétente en matière d'écoutes téléphoniques et qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'article 13 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, n'est finalement née qu'après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme par un arrêt *Kruskin* <sup>13</sup> du 24 avril 1990 alors même que la commission présidée par le sénateur Marcilhacy en 1973 et le rapport demandé en 1982 par le Gouvernement au Premier président de la Cour de cassation, M. Schmelck, en avaient depuis longtemps posé les fondements.

Creusant le même sillon, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 qualifiera quelques années plus tard d'autorité administrative indépendante l'organe purement consultatif <sup>14</sup> qu'est la Commission consultative du secret de la défense nationale <sup>15</sup>.

D'autres questions à l'impact médiatique aussi grand seront également traitées par la création d'autorités administratives indépendantes. C'est ainsi que, prenant acte des difficultés que connaissait la Commission nationale de lutte contre le dopage mise en place auprès du ministre chargé des sports par la loi n° 89-432 du 28 juin 1989, le législateur a décidé, malgré l'avis contraire du Conseil d'État <sup>16</sup>, de recourir à la formule de l'autorité administrative indé-

---

12 - Institué par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989.

13 - Ainsi qu'elle l'avait déjà fait pour la Grande-Bretagne, dans un arrêt *Malone* rendu le 2 août 1984, la Cour relève que la législation française n'apporte pas aux citoyens le degré de protection exigé dans une société démocratique par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui proclament le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance.

14 - Le Parlement avait déjà, par l'article 25 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989, attribué la qualification d'autorité administrative indépendante au Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel créé par la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur.

15 - L'article 1<sup>er</sup> de cette loi dispose en effet qu'il « est institué une Commission consultative du secret de la défense nationale. Cette commission est une *autorité administrative indépendante*. Elle est chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du Code pénal, à l'exclusion des informations dont les règles de classification ne relèvent pas des seules autorités françaises ».

16 - Voir le rapport public 2000, *EDCE*, n° 51, La Documentation française : « *Dans au moins trois cas (nuisances autour des aéroports, dopage, transparence nucléaire), l'Assemblée générale a*



pendante en matière de répression du dopage des sportifs. La loi n° 99-223 du 23 mars 1999 relative à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage a créé à cette fin le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPLD), autorité administrative indépendante<sup>17</sup> chargée d'impulser une politique de prévention du dopage et dotée d'un pouvoir de sanction disciplinaire en raison d'infractions à la législation sur les produits dopants alors même qu'il incombe au ministre chargé des sports d'exercer son pouvoir de tutelle à l'égard des fédérations qui ont reçu délégation en matière disciplinaire.

Dans un tout autre domaine, la même qualification d'autorité administrative indépendante a été retenue lors de la création d'une Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires par la loi n° 99-588 du 12 juillet 1999. Soucieux d'apaiser les protestations de plus en plus virulentes de riverains d'aéroports à l'encontre des nuisances sonores engendrées par le développement du trafic aérien, le législateur a ainsi ajouté dans le titre II du livre II de la partie législative du Code de l'aviation civile, un chapitre VII consacré à l'environnement des aérodromes, dont l'article L.227-1 crée une autorité administrative indépendante, chargée d'émettre des prescriptions techniques, de jouer le rôle de « *juge de paix* »<sup>18</sup> et d'informer les populations concernées, avec l'objectif d'éviter que les gestionnaires d'aéroports apparaissent comme juges et parties en matière de contrôle de nuisances sonores.

Dans ce même champ de la médiation sociale se situe certainement la Commission nationale de déontologie de la sécurité créée par la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000. L'article 1<sup>er</sup> du projet de loi institue ainsi une nouvelle autorité administrative indépendante qui reçoit compétence pour connaître des manquements à la déontologie commis par les personnes exerçant une activité de sécurité sur le territoire de la République. Selon les arguments développés devant le Parlement, l'institution de cette autorité administrative indépendante se justifie par la pluralité des fonctions qu'elle est appelée à exercer (fonction de médiation commune à l'ensemble des intervenants dans le domaine de la sécurité, fonction de promotion de la transparence administrative et d'amélioration des relations entre l'usager et les services publics et fonction de régulation du secteur privé en charge de la sécurité) et par le souci d'éviter que l'autocontrôle des services publics en charge d'une mission de sécurité soit soupçonné de partialité<sup>19</sup>.

Dans un tout autre domaine, le législateur, probablement convaincu par la réussite du Médiateur de la République créé par la loi n° 73-6 du 3 janvier

---

*été d'avis de ne pas retenir ces propositions [de création d'autorités administratives indépendantes]. Elle a rappelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de mieux définir les cas dans lesquels ce type d'autorité peut se justifier comme garant des libertés publiques ou instrument de répartition de ressources rares ».*

17 - L'article 14 de la loi dispose que « le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage, *autorité administrative indépendante*, participe à la définition de la politique de protection de la santé des sportifs et contribue à la régulation des actions de lutte contre le dopage ».

18 - Selon le rapport de M. Jean-Pierre Blazy, au nom de la commission de la production de l'Assemblée nationale, n° 1502

19 - Voir à ce sujet le rapport de M. Bruno Le Roux, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 723.



1973<sup>20</sup>, a souhaité donner aux enfants un interlocuteur identifiable facilement. C'est ainsi que, reprenant la formulation consacrée par l'article 69 de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989, la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 institue, en son article 1<sup>er</sup>, un « *Défenseur des enfants, autorité indépendante* », chargé de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant. Ce médiateur reçoit, sans filtrage parlementaire au contraire du Médiateur de la République, les réclamations individuelles d'enfants mineurs ou de leurs représentants légaux qui estiment qu'une personne publique ou privée n'a pas respecté les droits de l'enfant. Parachèvement législatif de l'édifice construit depuis une quinzaine d'années au niveau national et international<sup>21</sup>, l'institution de cette autorité apparaît comme le couronnement des travaux de la commission d'enquête présidée par le président de l'Assemblée nationale sur « l'état des droits de l'enfant en France, notamment au regard des conditions de vie des mineurs et de leur place dans la cité<sup>22</sup> ».

Dernier cas, à la logique plus immédiatement perceptible, dans lequel le législateur a récemment prévu des autorités administratives indépendantes – ce qui ressort clairement des travaux parlementaires, même si le texte de loi ne le dit pas expressément – l'ouverture à la concurrence de secteurs monopolistiques. L'article L.36 du Code des postes et télécommunications, dans sa rédaction issue de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, a ainsi institué une Autorité de régulation des télécommunications (ART), tandis que la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation du service public de l'électricité<sup>23</sup> institue une Commission de régulation de l'électricité (CRE) chargée, comme son homologue du secteur des télécommunications, de contrôler l'accès au réseau, d'édicter des règlements de mise en œuvre de cet accès, de régler les litiges entre les opérateurs et de sanctionner les entreprises ayant enfreint la loi, les règlements ou ses décisions.

La liberté sémantique que s'est accordée le législateur n'empêche toutefois pas dans ces cas le travail recognitif du Conseil constitutionnel, qui applique la qualification d'autorité administrative indépendante à ces autorités nouvelles<sup>24</sup>, relayé par un travail très nourri de la doctrine sur le sujet.

Si, depuis une quinzaine d'années, le législateur a parfois qualifié d'autorités administratives indépendantes des instances qui n'en présentaient pas à l'évidence les caractères, il est possible de s'interroger, symétriquement, sur les raisons pour lesquelles il n'a pas qualifié lui-même d'autorités administratives indépendantes des institutions créées pendant la même période et qui, pourtant, en revêtent les caractéristiques, comme la Commission de contrôle des assurances (loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989), la Commission nationale d'équipement commercial (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993), ou

---

20 - Complétée par les lois n° 76-1211 du 24 décembre 1976, n° 89-18 du 13 janvier 1989, n° 92-125 du 6 février 1992 n° 2000-321 du 12 avril 2000.

21 - Voir à ce sujet le rapport de Claudine Ledoux, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1190.

22 - Commission qui a rendu son rapport le 6 mai 2000, et dont le rapporteur était Jean-Paul Bret.

23 - Au JO du 11 février 2000.

24 - À l'origine, l'Autorité de régulation des télécommunications n'était pas qualifiée expressément d'autorité administrative indépendante par le législateur, avant que le Conseil constitutionnel ne la range très clairement dans cette catégorie par sa décision du 23 juillet 1996, n° 96-378 DC, Rec. p. 99.



pourquoi, à l'occasion de la refonte de la loi les ayant créées, il n'a pas saisi l'occasion, comme il l'a fait pour la COB, de les qualifier ainsi. Tel aurait pu être le cas de la Commission bancaire, ou du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)<sup>25</sup>. C'est très vraisemblablement que l'impérieuse nécessité ne s'en est pas fait sentir puisque, même si elles sont dépourvues d'une telle qualification *a priori*, le juge se charge *a posteriori* de reconnaître ces institutions comme telles et de leur appliquer les principes qu'il a pu dégager les concernant, par exemple s'agissant de leur pouvoir réglementaire ou de sanction. Il est aidé en cela par la doctrine, qui n'a pas hésité à qualifier tous ces organismes d'autorités administratives indépendantes, comme elle a, à titre rétroactif, retenu une telle qualification pour des organismes créés dans les années 1970, voire antérieurement, comme la Commission paritaire des publications et agences de presse, le Conseil supérieur de l'agence France-Presse, la Commission des sondages, la Commission des infractions fiscales ou la Commission d'accès aux documents administratifs.

En définitive, on constate que si le concept d'autorité administrative indépendante a été inventé par le législateur en 1978, sans doute l'apport jurisprudentiel et doctrinal sur la notion juridique une dizaine d'années plus tard a-t-il contribué à amplifier le recours à cette formule.

## **b) Caractéristiques marquantes de cette genèse**

S'il est une caractéristique dominante de ce mouvement de création d'autorités administratives indépendantes en France, c'est bien celle du hasard. La plupart des autorités créées constituent une réponse donnée à un problème donné. Mais cette caractéristique n'exclut ni un certain ordonnancement logique plus ou moins volontairement recherché dans certains domaines comme en matière économique ou de garantie des libertés publiques, ni la réalité de l'influence de certains exemples étrangers, ni le poids des contraintes posées par certaines directives européennes. La nécessité a eu sa place à côté du hasard.

À bien observer le mouvement de création des autorités administratives indépendantes dans sa durée, il est indéniable qu'un domaine privilégié d'intervention des autorités administratives indépendantes se détache, celui de l'économie, dans un contexte très marqué d'accompagnement par l'État de l'économie de marché. Comme l'avait mis en évidence le rapport « Gazier Cannac » précité, des prémices de la formule actuelle d'autorités administratives indépendantes peuvent être trouvées dès 1941, avec la création de la

---

25 - La loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, dite loi bancaire, a confié l'ensemble des fonctions de tutelle et de contrôle de la profession bancaire à trois instances collégiales distinctes, au fonctionnement desquelles la Banque de France est étroitement associée : le Comité de la réglementation bancaire, le Comité des établissements de crédit et la Commission bancaire. La loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, qui a transposé en droit français la directive européenne du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, a ensuite modifié la loi bancaire du 24 janvier 1984, en étendant à l'ensemble des prestataires de services d'investissement, c'est-à-dire les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, la compétence des instances de décision précitées.



Commission de contrôle des banques, à laquelle a succédé en 1984 la Commission bancaire. Le Conseil de la concurrence, institué par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, constitue le parachèvement d'une évolution lente, entamée en 1953 avec la mise en place de la Commission technique des ententes, à laquelle a succédé en 1977 la Commission de la concurrence, dont le fonctionnement devait être rénové au milieu des années 1980 dans un contexte économique qui avait beaucoup évolué en l'espace de dix ans.

De la même façon, la Commission nationale d'équipement commercial <sup>26</sup> est devenue le support moderne d'un pouvoir de police économique autrefois dévolu, sous l'empire de la rédaction originelle de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973, dite « loi Royer », au ministre chargé du commerce. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », prenant acte de l'existence de pratiques opaques régulièrement dénoncées par les professionnels de la distribution, confie à la Commission nationale d'équipement commercial, dont la composition est modifiée par rapport à la Commission nationale d'urbanisme commercial, à laquelle elle succède, afin de mieux garantir son indépendance, le pouvoir de se prononcer sur les recours formés contre les décisions des commissions départementales <sup>27</sup>.

Si l'on replace ainsi l'histoire de la création des autorités administratives indépendantes dans une perspective de longue durée, il semble que le domaine économique ait été particulièrement fécond, comme si l'intervention traditionnelle de l'État dans ce domaine portait en germe de manière naturelle le concept d'autorité administrative indépendante, qui répond bien aux besoins nouveaux de régulation économique.

Ainsi, par une sorte de mouvement de réaction au rôle de gestion directe que tenait l'État dans le secteur économique, la création d'autorités administratives indépendantes a pu constituer aux yeux du législateur une réponse efficace à l'impératif de crédibilité internationale qui s'impose largement aux décisions administratives en matière économique. Ces arguments liés à l'environnement international ont nécessairement joué en matière de politique monétaire ou de réglementation des marchés financiers.

En effet, dans un contexte de concurrence internationale accrue entre places financières, la capacité de définir un *corpus* de normes accepté par les acteurs et de le mettre en œuvre avec efficacité et souplesse constitue un avantage concurrentiel déterminant pour la crédibilité d'une place boursière ou d'un marché. La création en 1996 du Conseil des marchés financiers, par fusion du Conseil des bourses de valeur et du Conseil des marchés à terme, répondait à ce besoin de crédibilité internationale de la place de Paris.

L'institution du Conseil de la politique monétaire (CPM), conçu comme un organe de la Banque de France à laquelle a été confiée la définition de la politique monétaire du pays par les lois n°s 93-980 et 93-1444 des 4 août et

---

26 - Instaurée à l'article 33 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 modifié par l'article 35 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

27 - Voir sur ce point le rapport n° 2941, présenté au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, par Yves Durand.





31 décembre 1993, en a fourni également une illustration <sup>28</sup>, avant que la loi n° 98-357 du 12 mai 1998 modifiant le statut de la Banque de France en vue de sa participation au Système européen de banques centrales, ne vienne mettre un terme, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1999, à cette expérience au niveau national en transférant les pouvoirs, jusqu'alors détenus par le CM, au Conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne.

En dehors du domaine économique et financier, la création d'autorités administratives indépendantes n'a pas toujours résulté d'une initiative spontanée du Gouvernement. C'est ainsi que, comme on l'a vu, la création de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) ne s'est imposée avec la force de l'évidence en 1991 qu'après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 1990.

C'est une initiative du Parlement qui est à l'origine de la création de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), instituée par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, dont le projet, lorsque le Gouvernement l'a transmis au Parlement, ne comportait l'esquisse d'aucune autorité chargée d'opérer une médiation en la matière <sup>29</sup>.

En revanche, dans d'autres cas, la création d'une autorité administrative indépendante dans un domaine concernant les libertés publiques a été le fruit d'une démarche moins circonstancielle. Tel semble avoir été le cas notamment pour la Commission consultative du secret de la défense nationale, instituée par la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998. L'exposé des motifs de la loi est éclairant à cet égard, qui prend acte de la nécessité d'éviter l'invocation trop fréquemment constatée du secret défense devant les juridictions et de remédier à cette entrave par l'intervention d'une commission susceptible d'éliminer les soupçons d'arbitraire et d'abus prenant corps lorsque la raison d'État est avancée sans discernement. Au moment de la création de cette autorité, le débat avait atteint une grande maturité, lancé par le Conseil d'État dans son rapport public pour l'année 1995 <sup>30</sup>, transcrit en option politique par le Premier ministre lors de son discours de politique générale, et transformé en réalité par le législateur dès le milieu de l'année suivante.

Enfin, la création de certaines autorités administratives indépendantes a pu être tout entière marquée du sceau du volontarisme d'un Gouvernement,

---

28 - Selon les termes de la loi n° 93-980 du 4 août 1993, modifiée par celle n° 93-1444 du 31 décembre : « *La Banque de France définit et met en œuvre la politique monétaire dans le but d'assurer la stabilité des prix* » (art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup>). En complément, la loi du 31 décembre 1993 ajoute un second alinéa, contenant l'interdiction de recevoir du Gouvernement, et concrètement du ministre de l'Économie, des instructions, ce qui reprend les prescriptions de l'article 107 du Traité sur l'Union européenne.

29 - Le principe de la création de la CADA est issu d'un amendement adapté par le Sénat en première lecture, relayé et renforcé par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, sous l'impulsion notamment du député Michel Aurillac, membre de la Commission des lois et rapporteur du projet initial du Gouvernement à l'Assemblée nationale.

30 - À cette époque, était suggérée la création d'une Commission nationale du secret défense comportant un nombre très limité de membres (3 à 5) sur le modèle de la Commission des interceptions de sécurité, et jouant le rôle que joue le membre de la CNIL désigné à titre personnel pour satisfaire à la règle d'accès indirect aux données couvertes par le secret-défense, y compris en cas de litige.



aiguillonné par la majorité politique du Parlement <sup>31</sup>. Tel a été à l'évidence le cas de la création, par ajustements successifs, d'une autorité chargée de la régulation dans le domaine de la communication audiovisuelle. Sans doute la succession des interventions législatives constatées dans ce secteur est-elle révélatrice de la difficulté initialement ressentie pour transférer dans ce domaine, symboliquement sensible, la responsabilité directe de l'État à une autorité indépendante. Le besoin de modifier l'appellation des institutions créées à cet effet en fournit, à lui seul, une bonne illustration : Haute autorité de la communication audiovisuelle (loi n° 82-652 du 29 juillet 1982), Commission nationale de la communication et des libertés (loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986), Conseil supérieur de l'audiovisuel (loi n° 89-25 du 17 janvier 1989). Toutefois, la pérennité de l'autorité actuelle de régulation semble témoigner qu'après quelques attermoissements, le secteur a, lui aussi, gagné une certaine stabilité institutionnelle, symbole d'une plus grande maturité dans l'approche des questions qui le traversent.

### *Influence des expériences menées à l'étranger*

Si, comme on l'a vu, une part importante des autorités administratives indépendantes a été créée en réponse ponctuelle à une difficulté se présentant à un moment donné, sans approche préconçue, il est vain de penser que la formule française serait née d'une table rase, sans référence à des expériences étrangères, qu'il s'agisse de l'exemple américain des agences ou des modèles plus proches géographiquement de l'Allemagne ou de certains pays scandinaves, ou en l'absence de toute référence doctrinale, comme il sera indiqué plus tard.

Ainsi s'agissant de l'expérience américaine, il y a été fait explicitement référence lors de la création, en 1967, de la Commission des opérations de bourse (COB), rendue nécessaire par l'obligation de mettre sur pied, dans le cadre de l'espace communautaire naissant, une institution chargée de la « *police de l'information* » <sup>32</sup> : ont tout à la fois été évoqués l'exemple de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) et le modèle mis au point aux États-Unis dans les années 1933-1934, sous la forme des *Blue Sky Laws* qui visaient à empêcher la vente d'« *arpents de ciel bleu aux actionnaires* ». Le dispositif juridique américain contient ainsi dans ce secteur deux piliers essentiels repris dans notre propre dispositif : d'abord un système de diffusion d'informations par la société émettrice avec pour objectif d'assurer une véritable transparence ; ensuite, un organisme spécifique, la SEC (*Securities and Exchange Commission*), chargé de veiller à la qualité de cette information, d'assurer sa diffusion convenable sur le marché et d'en contrôler les conditions d'accès notamment en luttant contre les délits d'initiés <sup>33</sup>. La COB, de même d'ailleurs que les institutions homologues en Italie et en Espagne, ont été directement inspirées de ce modèle.

---

31 - Voir à ce sujet l'article de synthèse publié à la revue *Réseaux* n° 59 du CNET en 1993, p. 25 et s.

32 - Selon l'expression de M. Vasseur dans un article paru dans la revue *Banque* en février 1969 (p. 83).



Dans le domaine des libertés publiques, il a été également fait référence, au moment de la mise en place de la CNIL, en 1978, à des expériences étrangères. À cette époque, en Europe comme aux États-Unis et au Canada, de nombreux travaux relatifs au développement de l'informatique dans l'administration sont venus en effet souligner les risques que la technique informatique semble faire peser sur les libertés publiques. Ces réflexions et discussions émanaient, pour la plupart, de l'appareil gouvernemental ou de la haute administration des États eux-mêmes et les premiers textes législatifs étaient intervenus. En octobre 1970, le Land de Hesse avait adopté la première loi relative au « traitement automatisé des informations nominatives » qui servira de fondement à la loi fédérale de novembre 1976. Entre-temps, en mai 1973, le Parlement suédois adoptera lui aussi une loi sur le traitement automatisé des informations nominatives. De leur côté, en janvier 1974, les États-Unis se dotent d'un *Privacy Act* dont l'application est limitée aux fichiers détenus par les administrations fédérales et qui est destiné à protéger la vie privée des individus contre l'utilisation abusive d'enregistrements détenus par ces administrations en permettant à chacun d'accéder aux enregistrements qui le concernent <sup>34</sup>.

Sur un autre plan, il faut reconnaître que l'institution du Médiateur de la République, du Médiateur du cinéma ou du Défenseur des enfants, s'inspire très clairement du mode de fonctionnement de l'*ombudsman* suédois. L'influence suédoise en la matière ne s'est pas limitée à notre seul pays. Il est notable que, dans le cadre de la mise en œuvre de « l'Europe des citoyens », le Traité sur l'Union européenne a institué un Médiateur européen, nouvelle institution commune aux trois Communautés, chargé de remédier « aux cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires », conformément à l'article 8 D : « Tout citoyen de l'Union peut s'adresser au médiateur institué conformément aux dispositions de l'article 138 E » <sup>35</sup>.

### *Influence du droit communautaire*

Ont également été sources inspiratrices d'autorités administratives indépendantes en France, mais cette fois beaucoup plus directement déterminante, les exigences communautaires d'ouverture à la concurrence des secteurs des services publics en réseaux, notamment des secteurs des télécommunications, de l'énergie ou, maintenant, de la poste. Au nombre des obligations définies

---

33 - La SEC a été créée par le *Securities Exchange Act* de 1934. Elle compte 5 commissaires nommés par le Président des USA sur avis favorable du Sénat, 4 divisions et 2 900 agents. En matière de sanctions, elle possède un pouvoir d'auto-saisine au travers de sa « *Division of enforcement* », qui a un rôle déterminant pour établir les infractions. Mais elle ne peut elle-même sanctionner ; les sanctions administratives (suspension d'un courtier, ordre d'interruption ou de cessation d'une activité litigieuse, interdiction d'exercer dans un secteur de valeurs...) sont prononcées par des « *Administrative Law Judges* », indépendants, bien qu'agents de la SEC et regroupés en un « *Office* » en son sein ; il peut être fait appel de la décision de ceux-ci par la « *Division of Enforcement* » ou le défendeur devant la Commission.

34 - Voir le rapport précité au Premier ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95-46, *Données personnelles et société de l'information*, réalisé par Guy Braibant, Paris, La Documentation française, 1998.

35 - Ancienne numérotation.



par les directives communautaires prévoyant l'ouverture de ces trois secteurs, figure en effet la mise en place d'un système de régulation de ces marchés, dans lesquels un opérateur public, que l'on qualifie d'historique, dispose généralement d'une situation de monopole <sup>36</sup>.

Juridiquement, la transposition de ces directives n'emporte pas l'obligation de créer une nouvelle institution spécialisée dans la régulation du secteur en cause, ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales. La plupart de ces directives n'imposent, en effet, que la mise en place d'une instance indépendante des parties qui permette notamment de mettre en œuvre l'accès des tiers aux réseaux, indépendamment de l'influence, supposée ou réelle, des parties prédominantes dans le secteur au moment de la transposition de la directive.

Une vaste palette de choix était ainsi théoriquement offerte aux gouvernements dans leur exercice de transposition : créer un régulateur au sein même de l'exécutif ; accorder tous les pouvoirs de régulation à l'autorité chargée de veiller au respect de la concurrence, quitte à créer, en son sein, des sections spécialisées ; instaurer un régulateur indépendant. Dans les faits, c'est à l'aune du degré de contrôle économique que les États détiennent sur les opérateurs historiques que telle ou telle formule s'impose inexorablement au législateur.

C'est ainsi qu'en matière de télécommunications, l'examen des situations dans les États-membres révèle une grande variété de solutions dont chacune, pour tenir compte des contraintes constitutionnelles ou de la réalité économique, partage selon des lignes différentes les responsabilités respectives du Gouvernement et de l'autorité indépendante (OFTEL au Royaume-Uni, Agence des télécommunications en Suède et au Danemark, Autorité en Italie), voire limite l'indépendance de cette autorité par un rattachement formel à un ministre qui peut disposer de larges pouvoirs, ou au contraire de prérogatives restreintes.

Dans le domaine de l'électricité, les Pays-Bas ont choisi, pour transposer la directive, de conserver les activités de régulation au sein de l'appareil d'État, tandis que l'Allemagne choisissait de confier cette nouvelle compétence de régulation à l'organisme chargé du respect de la concurrence au niveau fédéral, à savoir le *Bundeskartellamt*.

En France, le Gouvernement ne disposait pas d'une telle latitude. Certes, la création d'une formation spécialisée au sein du Conseil de la Concurrence <sup>37</sup> était possible. En revanche, en raison du statut juridique de l'opérateur historique et de ses liens particuliers avec le ministère chargé de l'industrie, la transposition de la directive par création d'une direction de la régulation au

---

36 - C'est le cas des trois directives 96/92 du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, 97/67 du 15 décembre 1997 concernant le développement du marché intérieur des services postaux et 96/19 du 13 mars 1996 concernant l'introduction de la pleine concurrence dans les marchés des télécommunications.

37 - Voir pour plus de détails l'annexe A du rapport du Conseil d'analyse économique, *Service public, secteur public*, publié le 11 décembre 1997 sous la direction d'Elie Cohen et Claude Henry.



sein de ce ministère ne semblait pas correspondre à l'objectif de séparation de l'organe de réglementation et de l'opérateur.

Dans son avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif à la transposition en droit interne de la directive 96/92/CE relative à l'électricité, le Conseil de la concurrence avait notamment relevé que, du point de vue de la concurrence, l'opérateur français apparaissait lié, plus que tout autre opérateur européen, aux pouvoirs publics du fait de son statut d'établissement public industriel et commercial. Fait unique en Europe, le champ de son activité industrielle est fixé par la loi qui le constitue, au nom du principe de spécialité. En outre, sa stratégie est contrôlée directement par l'État en sa qualité d' « actionnaire unique », fût-ce jusqu'à présent avec des moyens modestes et sur un mode largement administratif.

Une transposition a minima de la directive n'aurait pas correspondu non plus aux exigences posées par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, dans le cas où l'opérateur historique est une émanation de l'État ou lui appartient majoritairement et où la tutelle ou le contrôle économique de cet exploitant est confié à une direction d'administration centrale, la CJCE considère que « *des directions différentes d'une même administration ne sauraient être considérées comme indépendantes l'une de l'autre* »<sup>38</sup>.

Dans cet esprit, il ne restait donc que la voie de la création d'une autorité spécifique ou sectorielle de régulation.

Le choix dans notre pays de cette approche sectorielle paraît, au demeurant, s'appuyer sur une réflexion économique qui prend sa source dans le constat que le droit général de la concurrence, dont les règles fondamentales sont fixées par l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ne permet pas d'empêcher efficacement une entreprise, naguère monopolistique et détenant donc un monopole de fait, d'avoir des pratiques de nature à entraver l'émergence d'offres concurrentielles. Ce droit général de la concurrence semble davantage avoir été conçu dans le but d'encadrer un marché déjà concurrentiel, de préserver le maintien de cette concurrence et de garantir que celle-ci s'y exerce loyalement ; il est ainsi mal adapté à la situation particulière de l'ouverture à la concurrence d'un marché monopolistique public<sup>39</sup>. Un *corpus* spécifique de règles étant défini pour l'ouverture de ces marchés, il a semblé naturel, au moins dans un premier temps, de confier son application à un organe spécifique<sup>40</sup>. Le droit général de la concurrence reste cependant applicable notamment en matière

---

38 - Voir par exemple l'arrêt *Taillandier* du 27 octobre 1993, affaire C-92/91, Rec. 1993, p. I-5398.

39 - Voir, pour plus de précisions, le rapport de Christian Bataille, au nom de la Commission de la production, n° 1371 (tome I) sur le projet devenu la loi n° 2000-101 du 10 février 2000 qui a créé la Commission de régulation de l'électricité (CRE).

40 - Au surplus, le fonctionnement du marché de l'électricité n'a pas pour seule finalité la satisfaction des besoins des consommateurs et le développement des opérateurs comme dans un marché ordinaire. Il doit également garantir la continuité du service public dans le respect de l'égalité de tous les usagers et la sécurité des approvisionnements (cf. Rapport précité).



de répression des abus de position dominante ou de dépendance économique ou des pratiques restrictives.

Une option moyenne devrait se dégager à terme, avec la création, par élargissement des compétences de la Commission de régulation de l'électricité (CRE), d'une autorité chargée de la régulation de l'ensemble du secteur de l'énergie (électricité et gaz), comme le recommande d'ailleurs le « *livre vert sur l'énergie* » de la Commission européenne (décembre 2000). C'est le sens du projet de loi relatif à la modernisation du service public du gaz naturel et au développement des entreprises gazières, adopté en Conseil des ministres le 17 mai 2000 et déposé devant l'Assemblée nationale.<sup>41</sup>

En matière postale, il semble que la marge de manœuvre offerte aux gouvernements soit aussi réduite que pour l'ouverture à la concurrence des secteurs des télécommunications ou de l'électricité. En effet, en raison de l'existence d'un opérateur public en situation de monopole dans la plupart des États membres, il paraît difficile de transposer l'article 22 de la directive 96/97/CE précitée sans créer d'autorité indépendante chargée d'arbitrer les conflits d'intérêts entre opérateurs<sup>42</sup>. Cet article de la directive prévoit, en effet, qu'incombe à chaque État membre le soin de désigner une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, « *juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux* ». Il est ainsi peu probable, au vu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qu'une transposition conforme de la directive puisse se faire, dans la configuration actuelle du marché des postes dans notre pays, sans l'institution d'une nouvelle autorité de régulation, distincte de la direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes du ministère de l'économie, des finances de l'industrie, direction chargée à l'heure actuelle à la fois de la réglementation du secteur et de la tutelle sur l'exploitant public<sup>43</sup>.

---

41 - Projet de loi n° 2396 déposé le 17 mai 2000 et renvoyé à la commission de la production.

42 - Le considérant n° 39 de cette directive postale est assez éclairant à cet égard : « *il importe, pour le bon fonctionnement du service universel ainsi que pour le jeu d'une concurrence non faussée (...), de séparer l'organe de réglementation, d'une part, et l'opérateur, d'autre part ; qu'aucun opérateur postal ne peut être juge et partie ; qu'il appartient à l'État membre de définir le statut d'une ou de plusieurs autorités réglementaires nationales, qui peuvent être une autorité publique ou une entité indépendante désignée à cet effet* ».

43 - Tel que cela résulte du décret n° 93-1272 du 1<sup>er</sup> décembre 1996, modifié par le décret n° 98-979 du 2 novembre 1998, lui-même complété par un arrêté du même jour.



## 1.2. Les besoins auxquels a cherché à répondre le concept d'autorité administrative indépendante

---

**a) Au-delà des contingences historiques et de ces impératifs juridiques, trois justifications essentielles ont pu être avancées pour la création des autorités administratives indépendantes : offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État ; permettre une participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses, et notamment de professionnels, à la régulation d'un domaine d'activité ou au traitement d'un problème sensible ; assurer l'efficacité de l'intervention de l'État en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des besoins et des marchés et de continuité dans l'action.**

La **première justification**, à savoir offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État, est probablement la raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création de l'essentiel des autorités administratives indépendantes. Elle est née d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif.

Cette méfiance ne constitue pas une nouveauté de l'époque actuelle ; simplement le pouvoir politique en a tiré plus systématiquement la conséquence qu'il lui convenait de moins s'exposer en première ligne. C'est ainsi qu'il a abandonné le pouvoir de désigner les présidents des entreprises publiques de l'audiovisuel lorsque, pour la première fois, a été proclamé le principe de la liberté de communication audiovisuelle<sup>44</sup> et créée la première autorité de régulation du secteur.

Au moins dès lors qu'il songe à intervenir dans des domaines touchant davantage que d'autres aux droits et libertés, par nature presque, l'État est réputé partial, tandis que les autorités administratives indépendantes semblent parées dès leur naissance d'une onction qui les ferait bénéficier d'une irréfragable présomption d'impartialité. Comme le soulignait le ministre de l'Intérieur Jean-Pierre Chevènement lors de la discussion en première lecture du projet de loi portant création du Conseil supérieur de la déontologie de la sécurité<sup>45</sup>, l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics lorsqu'ils créent une autorité administrative indépendante est désormais clair : ils s'attendent à ce que ces institutions s'acquittent de leur tâche comme le feraient des magistrats, c'est-à-dire avec « *impartialité, objectivité et indépendance* ». Tout se passe comme si la simple apparition d'une autorité administrative indépendante dans un champ donné lui conférait une sorte de « légitimité de naissance » vis-à-vis des citoyens, qui serait moindre s'il existait un lien organique, et donc hiérarchique, avec un ministre, quel qu'il soit.

---

44 - Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JO du 30 juillet 1982.

45 - Compte-rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1<sup>re</sup> séance du 4 juin 1998, au JO, p. 4702 et s.



La **deuxième justification** avancée pour la création d'autorités administratives indépendantes a été d'associer les professionnels à la détermination des règles applicables dans des matières techniques, détermination qui suppose, pour être crédible, de recevoir l'adhésion des acteurs économiques – c'est là la justification avancée à l'existence, par exemple, de la Commission des opérations de Bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF)<sup>46</sup> ou du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)<sup>47</sup>.

Deux arguments sont généralement développés au soutien de cette formule. La participation de professionnels permettrait tout d'abord, dans des domaines aussi techniques que les matières financière, boursière ou bancaire, tout à la fois de garantir la parfaite information de l'instance de décision sur les tenants et aboutissants des mesures à prendre, d'assurer la bonne adaptation de ces mesures aux réalités de terrain et de permettre de réagir avec souplesse aux mouvements de fond du marché, que ce soit dans le cadre des places nationales (comme l'illustre la suppression récente du règlement mensuel à Paris) ou dans le cadre des instances de concertation internationale (comme le Comité de Bâle qui, à l'instigation des gouverneurs des banques centrales, réunit les institutions chargées du contrôle des banques).

Ensuite, l'exercice du pouvoir de régulation et notamment de sanction est bien accepté s'il est exercé, sous le contrôle du juge, par un organisme comportant des personnalités détenant une expertise considérée comme incontestable, pour autant que la diversité des métiers représentés au sein de la formation empêche toute collusion, que la qualité des membres de l'institution constitue un rempart au corporatisme et que son caractère suffisamment collégial interdise toute partialité.

La **troisième justification** touche à la plus grande efficacité supposée que recèle le modèle de l'autorité administrative indépendante par rapport, d'une part, aux modes de fonctionnement classiques de l'administration, et d'autre part, à la réaction qui peut paraître trop lente du juge.

Il est vrai que, par de nombreux aspects, l'autonomie conférée aux autorités administratives indépendantes permet de prendre des décisions plus rapidement que dans une administration centrale. Les autorités administratives indépendantes sont en effet déliées de toute une série de contraintes qui pèsent sur les modes traditionnels d'élaboration des décisions administratives : aucun arbitrage interministériel ne vient allonger les délais, ni aucun cabinet exercer son influence ou son droit de regard et l'on sait à quel point

---

46 - Cette autorité, dotée de la personnalité morale, a été créée par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, dite de modernisation des activités financières (MAF) et portant transposition de la directive DSI n° 93-22 adoptée par le Conseil des ministres de l'Union européenne, le 10 mai 1993. Six décrets relatifs à cette loi ont été publiés au *Journal officiel* le 4 octobre 1996.

47 - Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement est chargé par la loi bancaire et par la loi de modernisation des activités financières précitée de « *prendre des décisions ou d'accorder les autorisations ou dérogations individuelles prévues par les dispositions législatives et réglementaires applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, à l'exception de celles relevant de la Commission bancaire* ».





les cabinets sont tenaces à faire remonter à eux le moindre arrêté ou la moindre mesure individuelle, quitte à se révéler ensuite incapables de prendre une décision rapide. L'autorité administrative indépendante a l'immense avantage de pouvoir décider dès qu'elle se sent suffisamment éclairée, en dehors de toute considération exogène au secteur dont elle a la charge, et en offrant ainsi au surplus une continuité dans l'action indispensable à l'activité des opérateurs. Par ailleurs, les règles de fonctionnement simplifiées d'autorités administratives indépendantes permettent de trancher les litiges et de procéder aux éventuelles sanctions plus rapidement que les juridictions pénales de droit commun<sup>48</sup>, surchargées de dossiers et soumises aux multiples contraintes de la procédure propre à cette matière. Cette capacité de réaction rapide des autorités administratives indépendantes, dans des matières très évolutives qui imposent l'immédiateté, explique les raisons pour lesquelles des pouvoirs de plus en plus étendus, notamment de sanction, leur ont été confiés dans le cadre défini par le Conseil constitutionnel<sup>49</sup> : de nombreux secteurs avaient besoin de cette régulation souple, s'inscrivant dans des délais brefs, et s'exprimant de façon polymorphe.

**b) En arrière-plan, le phénomène de création d'autorités administratives indépendantes a été probablement aussi une réponse politique partielle à l'aspiration à de nouveaux modes de régulation de la vie économique et sociale, faisant une large place à la fonction de médiation et plus attentifs aux voies concrètes de la transparence de l'action publique.**

Le besoin de médiation – au sens large – transparait à l'évidence dans la montée des saisines des institutions indépendantes en la matière. Le Médiateur de la République a ainsi été saisi de plus de 50.000 réclamations en 1999, contre moins de 2000 en 1977. Cela traduit sa remarquable implantation dans le paysage administratif français, et l'importance que les citoyens accordent à son rôle d'intercession. Sur un autre plan, le nombre de demandes annuelles dont a eu à connaître la CADA a plus que quadruplé en dix ans, de 1000 en 1985 à près de 4000 aujourd'hui. Il ressort bien aussi du succès des médiateurs qui se créent d'une administration à l'autre et qui sont immédiatement « utilisés ».

Le besoin de transparence est clairement identifié depuis de nombreuses années. Mais ce qui est révélateur avec les autorités administratives indépendantes, c'est que ce besoin va au-delà de ce qu'il a pu être longtemps, c'est-à-dire un besoin d'explication des motifs de la décision. Il concerne en outre aujourd'hui la procédure et même la « *légitimité de la procédure* », pour reprendre l'expression de Jürgen Habermas dans la ligne de l'exigence moderne d'impartialité.

---

48 - À titre d'illustration, l'instance pénale engagée suite à la découverte que la reprise par la société Péchiney de l'entreprise American can avait donné lieu en 1989 à la commission d'un délit d'initié n'a pas encore atteint la phase publique de la procédure ; il est vrai, a contrario, qu'en raison de l'importance du « stock » d'affaires qu'il a accumulées, le Conseil de la concurrence rend aujourd'hui ses décisions avec un délai moyen de trois ans.

49 - Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, relative à la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, Rec. p. 18.



### 1.3. Le contexte doctrinal

---

Les autorités administratives indépendantes se sont créées dans un contexte de débat doctrinal intense, nourri par les expériences étrangères conduites antérieurement ou parallèlement.

Ce débat s'est développé essentiellement selon deux volets : l'un, dépassant très largement le cadre national, portant sur la régulation des activités économiques et sociales dans une économie de marché et sur le rôle de l'État dans cette régulation ; l'autre, de caractère plus spécifiquement français, et de contenu plus juridique, portant sur la possibilité d'insérer dans notre système institutionnel des autorités administratives agissant au nom de l'État sans être subordonnées au Gouvernement.

Dans ce débat se sont particulièrement manifestés les théoriciens de l'État d'une part, et les théoriciens du marché d'autre part ; d'autres points de vue se sont greffés à ce débat central : celui des spécialistes de la science administrative<sup>50</sup>, celui des sociologues<sup>51</sup>, celui des politologues, celui des magistrats...

Le monde politique pour sa part s'est surtout intéressé au premier débat, marquant au contraire sa distance par rapport au second ; le principe même de l'existence d'autorités administratives indépendantes n'a pas soulevé de débat de fond important dans le milieu politique, en tout cas devant le Parlement, par différence avec ce qui s'est passé en Italie par exemple ; les discussions se sont toujours concentrées sur un domaine donné, en premier lieu l'audiovisuel.

#### **a) Le débat sur la régulation des activités économiques et sociales en régime libéral et sur le rôle de l'État dans cette régulation**

Le premier débat, relatif à la régulation des activités économiques et sociales dans une économie de marché et au rôle de l'État dans cette régulation, est celui qui a été le plus nourri et qui s'est ouvert aux cercles les plus larges. Il concerne essentiellement le domaine économique et, avec bien sûr les spécificités qui lui sont propres sous de multiples aspects, celui de l'audiovisuel. L'émergence des autorités administratives indépendantes y constitue en effet le quasi-corollaire d'un désengagement de l'État, fruit d'une volonté de libéralisation qui a caractérisé ces secteurs depuis les années 1980 en France, comme dans toute l'Europe, selon un mouvement continu, qui va culminer

---

50 - Notamment Jacques Chevallier : voir par exemple son article fondateur « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP 1986 ; « Les autorités administratives indépendantes : dépassement ou confirmation de la dualité ? » 2<sup>e</sup> colloque international de la revue *Politique et management public* à Lyon, décembre 1986 ; « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justices* n° 1, janvier-juin 1995 ; « La politique française de modernisation administrative » in *L'État de droit, mélanges Braibant*, LGDJ 1996 p. 69 ; « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *Revue administrative*, n° 301 p. 43.

51 - Notamment Michel Crozier ; voir par exemple *État modeste, État moderne*, Fayard, 1987.



avec l'ouverture à la concurrence d'activités jusque-là monopolistiques parce que dominées par le concept de service public national, comme les télécommunications ou la production et la distribution de l'électricité.

Les gouvernants, quels qu'ils soient, ont cependant eu conscience du fait que le désengagement de l'État ne pouvait signifier abandon des secteurs en cause aux forces du marché ou aux seuls intérêts propres des opérateurs, mais appelait, au contraire, des garanties de toutes sortes (transparence, organisation de services à toute la population et sur tout le territoire, pluralisme...) nécessitant l'appel à des mécanismes dits de régulation, confiés le plus souvent à des institutions spécifiques, distinctes des autorités traditionnelles de l'État.

C'est bien pourquoi ces institutions spécifiques, au premier chef les autorités administratives indépendantes, apparaissent à la fois comme le symbole du désengagement de l'État, mais aussi comme l'expression de la volonté du même État d'assurer la réalité des garanties évoquées plus haut, fût-ce, compte tenu de la méfiance à l'égard de l'autorité gouvernementale elle-même, par le biais d'organismes échappant au pouvoir exécutif central. Cela explique au demeurant que l'on ait pu parler à propos de ceux-ci « *d'autolimitation de ce pouvoir exécutif central* »<sup>52</sup>.

Le concept de régulation ne se laisse pas aisément définir. Si en effet le mot, apparu en français dès 1460, a depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, dans notre langue, un sens assez proche de celui sous-entendu lorsqu'il est question d'autorité de régulation<sup>53</sup>, il se trouve obscurci par la référence au même mot anglais dont la traduction exacte est réglementation. Or il n'y a pas équivalence entre régulation et réglementation. La réglementation peut même être regardée comme une des formes de la régulation, « *celle qui consiste à produire des normes destinées à discipliner un secteur déterminé* »<sup>54</sup>. Dans sa définition la plus générale, celle liée au modèle dit de l'État régulateur, déchargé des tâches d'opérateur, la régulation désigne en fait les formes diverses d'intervention par lesquelles l'État garantit « *pour le présent et pour l'avenir, le projet social, économique et culturel dont une communauté humaine s'est dotée* »<sup>55</sup>, tout en déléguant au maximum les tâches opérationnelles à d'autres acteurs. À partir de cette approche générale, la régulation d'un secteur ou d'une activité est susceptible de diverses acceptions dont la plus étroite désignerait une action « *intermédiaire entre la détermination des politiques elles-mêmes et la gestion proprement dite* » tandis qu'une acception plus large, inspirée de la théorie générale des systèmes, désignerait « *l'action des mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence* »<sup>56</sup>... ; dans les deux cas, il s'agit de « *faire fonctionner correctement un système complexe* ».<sup>57</sup>

---

52 - F. Gazier & Y. Cannac, « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, n° 35, 1983-84.

53 - Selon le dictionnaire historique de la langue française (Robert), la régulation signifie alors « le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner le fonctionnement » édition 1992 p. 1753.

54 - J.-B. Auby, *Droit administratif* n° 4, avril 2000, éditorial.

55 - J.-L. Silicani, « Demain l'État régulateur », *Les échos*, 16 février 2000.

56 - M. Crozier, *ibidem*.

57 - B. Lasserre, « Régulation mode d'emploi », *Societal* n° 30, 2000, p. 77.



La première acception est à la fois plus précise, plus neutre et plus aisément assimilable par nos traditions juridiques : l'autorité de régulation, intermédiaire entre le pouvoir qui fixe les règles et les opérateurs sur le terrain, se consacre essentiellement au contrôle du respect des textes et, en cas de manquements marqués, engage immédiatement les procédures nécessaires pour les faire appliquer. On a pu qualifier ce modèle de régulation de « *pyramidal* »<sup>58</sup>. Dans ce cas c'est l'État qui a la responsabilité principale de la détermination des règles qu'il revient à l'autorité de régulation de faire appliquer.

La seconde acception, plus politique, s'attache au but de la régulation, qui serait moins de qualifier des faits par rapport à des normes préétablies et d'aboutir au respect de celles-ci par la sanction, que de chercher par tous moyens à susciter des standards de comportement dictés par l'observation attentive de la réalité et une capacité de réaction rapide et proportionnée aux déviations constatées. Cette approche a été défendue essentiellement pour le secteur économique où l'on a pu définir le modèle de régulation souhaité comme « *un ensemble de techniques articulées entre elles pour organiser ou maintenir des équilibres économiques dans des secteurs qui n'ont pas, pour l'instant ou par leur nature, la force et les ressources de les produire eux-mêmes* »<sup>59</sup>. Mais elle est également avancée pour le secteur audiovisuel, où ses tenants attendent du régulateur qu'il agisse plus par la pression que par la sanction et par la négociation que par la menace, dans une grande souplesse de mouvement, l'essentiel étant dans l'objectif à atteindre.

Selon que l'on retient la première ou la seconde acception de la régulation, le rôle du régulateur et les pouvoirs qui lui sont reconnus ne sont pas nécessairement les mêmes. Dans la seconde acception notamment, l'autorité de régulation doit se voir doter de l'ensemble des pouvoirs qui lui sont nécessaires pour assurer sa mission, c'est-à-dire en fait ce que les Anglo-saxons appellent les trois pouvoirs : quasi-législatif, quasi-exécutif et quasi-judiciable. On verra qu'en France, on penche plus volontiers vers la première acception, quitte dans certains cas à s'inspirer de la seconde, s'agissant en particulier de la régulation des marchés financiers.

Un même souci est toutefois sous-jacent aux deux approches et qui doit être souligné, car il constitue un des attraits du système de régulation aux mains d'un régulateur autonome : c'est le souci d'effectivité<sup>60</sup>. On attend en effet de la régulation qu'elle assure en continu l'interactivité entre le droit et le fait. Ce qui veut dire qu'il appartient à l'autorité de régulation de faire évoluer en permanence la règle qu'elle applique pour mieux suivre l'évolution de comportements sur le terrain ou l'inventivité des opérateurs, et qu'elle doit parallèlement mettre fin en permanence aux comportements déviants ou susceptibles d'affecter les équilibres du système et plus encore, si possible, les prévenir. Cela explique l'expression souvent utilisée à propos des

---

58 - M. Dagnaud, *L'État et les médias*, éd. Odile Jacob, septembre 2000.

59 - Marie-Anne Frison-Roche, « La victoire du citoyen client », *Sociétal*, n° 30, p. 49.

60 - Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes : colloque du 7 juin 2000, « L'efficacité des décisions en droit de la concurrence », *Petites Affiches*, 21 décembre 2000.



pouvoirs à reconnaître aux autorités administratives indépendantes qui régulent un marché : « *qui définit la règle l'applique ; qui applique la règle enquête ; qui enquête tranche les différends et sanctionne* ». Pour donner une idée complète des principes de continuité dans l'action et de fonctionnement « *en boucle* » qui sont à la base du concept de régulation, il convient d'ajouter que l'accent est mis sur l'importance des fonctions extra juridiques de l'autorité de régulation : information, persuasion, pression.

Autrement dit, le concept de régulation marque « *la volonté d'aboutir à des résultats concrets, plutôt que d'énoncer des affirmations théoriques* ». <sup>61</sup>

Il faut enfin ajouter, et c'est une autre caractéristique essentielle de la régulation des marchés – qui pèse dès lors sur les conditions même du débat sur le sujet en France – que cette régulation s'effectue dans un contexte débordant largement les frontières nationales, le marché étant le plus souvent mondial, en particulier s'agissant des domaines financier et bancaire, mais aussi progressivement pour des domaines plus sectoriels, comme les télécommunications ou même l'électricité. Les autorités de régulation nationales sont donc en permanence en relation avec leurs homologues étrangères et sont conduites à confronter régulièrement les règles qu'elles appliquent et les pratiques qui sont les leurs. Au surplus, elles sont soumises au jugement de l'ensemble des opérateurs intervenant sur le marché, qu'ils soient nationaux ou non.

**Dans ces conditions, la liberté dont dispose un pays quant à son régime de régulation des marchés a ses limites et les références étrangères jouent un rôle non négligeable dans les choix opérés. Il convient donc de s'arrêter un instant sur les expériences américaine et britannique qui ont particulièrement nourri la réflexion française à partir des années 1960 lorsque, sous l'influence notamment du Traité de Rome, s'est progressivement fortifiée l'idée que la promotion de la concurrence était indispensable à l'intérêt général.**

L'expérience des États-Unis est la plus ancienne. Ce pays, on le sait, a forgé ses outils de régulation depuis plus d'un siècle. Il est intéressant de relever, comme cela a pu être mis en évidence dans les travaux réalisés sous l'égide du commissariat général au plan <sup>62</sup>, que les États-Unis ont développé leur dispositif à partir d'une double racine. La première, la plus connue, est à rechercher dans la lutte contre les pratiques anti-concurrentielles, avec les lois Sherman de 1890 et Clayton de 1914, qui ont pour but de combattre les ententes et de prévenir les concentrations excessives. L'autre, moins connue, mais particulièrement intéressante, résulte de la volonté de garantir l'exercice des missions d'intérêt général, sur la base de l'idée que lorsque qu'un intérêt public est en jeu, il doit y avoir intervention publique.

Le premier exemple cité en ce sens est l'arrêt, bien connu des spécialistes, *Munn contre État d'Illinois* de 1877. Il s'agissait certes de stockage de grains, mais l'arrêt traite clairement de « *public utilities* », terme communément

---

61 - B. Tricot, R. Hadas-Lebel, *Les institutions politiques françaises*, Presses de sciences-Po et Dalloz.

62 - M. Matheu, « L'Europe à l'école américaine et britannique », *Societal* n° 30, p. 55.



utilisé en anglais pour désigner les services comportant des missions d'intérêt général. Il indique que « *la propriété est revêtue d'un intérêt public lorsqu'elle est utilisée d'une façon qui lui confère des conséquences à caractère public et affecte la grande masse de la communauté* », et établit que le propriétaire d'un bien ou le prestataire d'un service d'intérêt public « *doit se soumettre au contrôle public dans le but du bien commun* ».

Sur cette base, se sont constituées les autorités de régulation américaines, sous la forme de commissions indépendantes (*independent regulatory commissions ou IRC*), créées par le Congrès. La première a été l'*Interstate Commerce Commission (ICC)*<sup>63</sup>. Nommés pour une durée fixe et inamovibles, les commissaires, choisis par le Président, avec l'avis et le consentement du Sénat, sont censés disposer d'une totale indépendance, tant vis-à-vis du pouvoir politique que des intérêts économiques. Les commissions de régulation indépendantes sont surtout indépendantes de l'exécutif, mais restent très liées, en fait, au Congrès, tout en posant problème au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Elles détiennent en effet des attributions de nature « législative » (elles édictent des règles générales), exécutive (elles veillent elles-mêmes à l'application de ces règles) et quasi-juridictionnelle (elles résolvent en premier ressort les litiges qui peuvent naître de l'application de ces règles).

Les *independent regulatory commissions* ont été controversées, voire mises en sommeil dans certains cas, dans les années 1980, parce qu'on redoutait leur « capture » par les entreprises soumises à régulation. En effet, les commissaires sont des professionnels du secteur qu'ils régulent, interdits seulement de retour dans les entreprises pendant quelque temps. Elles ont repris toute leur importance avec le mouvement de libéralisation.

**L'expérience britannique** est plus récente mais, de ce fait peut-être, d'intérêt plus immédiat et pratique. Cette expérience est connue sous le nom des organismes mis en place par le Gouvernement pour réguler divers marchés : les QUANGOS (*Quasi autonomous non governmental organizations*), qui disposent d'un personnel et d'un budget propres, et qui ont proliféré au Royaume-Uni après la seconde guerre mondiale<sup>64</sup>, sans que la définition et le régime juridique de ces organismes soient d'ailleurs très précisés. En dépit de traits communs, le modèle britannique se différencie clairement du modèle des États-Unis.

Les traits communs tiennent à ce que le régulateur britannique, généralement appelé *Office*, est indépendant du pouvoir exécutif et, pour garantir cette indépendance, son directeur général est inamovible pour la durée de son mandat.

---

63 - Dotée d'un statut d'autonomie en 1889, cette agence suscita dès cette époque la question de sa constitutionnalité. Un des opposants au projet le qualifiait d'« *absolument inconstitutionnel et nul, parce que mélangeant le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et peut-être le pouvoir exécutif dans la même loi* ». Pour l'histoire de cette création, voir l'article de Geoffrey P. Miller « *Independent agencies, The supreme court* », 1987 page 79, cité par Michel Gentot in *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Clefs politique, 1994.

64 - – D'une dizaine seulement au début du siècle, ils étaient une centaine en 1959 et entre 489 et 2000 selon le recensement opéré en 1980 par le rapport Pliatzki (*Report on non departmental public bodies*), qui devait permettre de supprimer tous ceux qui étaient inutiles.



Comme les commissions aux États-Unis, il a des prérogatives étendues aux trois pouvoirs classiques et sa compétence est nationale.

En revanche, les originalités du système britannique sont nettes.

En premier lieu, il s'agit souvent d'un régulateur individuel. Le directeur général ne préside pas une commission, il est responsable de manière personnelle et rédige ses rapports d'activité à la première personne du singulier. De ce fait, il est fortement médiatisé et parfois, c'est le revers de la médaille, directement controversé comme cela fut le cas en 1994 du régulateur de l'électricité, à la suite de la fixation de plafonds de prix mal ajustés en matière de distribution d'électricité. Ce choix britannique fut à l'origine présenté comme une réaction au modèle des États-Unis que l'on accusait, par l'effet de la collégialité, d'être lent et de susciter une doctrine de régulation peu cohérente dans la durée.

En second lieu, les décisions du régulateur britannique sont susceptibles d'appel auprès de l'organe en charge de la concurrence<sup>65</sup>. Cette particularité a accru la puissance du régulateur, du moins à ses débuts. En effet, l'autorité de la concurrence était autorisée, en même temps qu'elle examinait l'appel interjeté par une entreprise soumise à régulation, à instruire le procès de toute pratique anti-concurrentielle qu'elle pourrait rencontrer du côté de l'entreprise ayant déposé la plainte. Les anciens monopoles n'ont, pour cette raison, que très peu fait usage de la procédure d'appel au cours des premières années.

L'expérience d'une autorité fortement dissociée du pouvoir exécutif a influencé les réformes dans toute l'Europe. En revanche, les deux particularités fortes du régulateur individuel et de l'appel devant l'autorité de la concurrence n'ont guère connu d'imitateurs.

Tels sont les principaux éléments du débat doctrinal qui s'est ouvert en France à propos de l'organisation de la régulation, débat qui est loin d'être clos et rebondit à chaque fois qu'il est question de refondre les règles applicables à la régulation d'un marché ou d'un secteur.

On ajoutera que dans ce débat les autorités publiques françaises apportent une attention particulière non seulement au type d'autorité régulatrice mise en place, mais aussi aux exigences en quelque sorte qualitatives imposées aux différents régulateurs pour que, selon l'expression d'un responsable politique, « *l'économie de marché ne soit pas qu'une société de marché* » ; la régulation est délibérément conçue comme devant permettre de ne pas opposer marché et État ou libéraux et volontaristes, mais d'encadrer la concurrence et de mettre celle-ci au service d'objectifs politiques conciliant efficacité et équité ; on a vu que de telles préoccupations existent également aux États-Unis et que

---

65 - Commission des monopoles et des fusions (*monopolies and mergers commission*), créée dès 1949 sous le nom de Commission des monopoles et des pratiques restrictives, et définitivement organisée par une loi de 1973 relative au commerce royal. Contrairement au Conseil de la concurrence français, la commission n'a pas de pouvoir de décision, mais elle dispose d'importants pouvoirs d'investigation, publie en toute indépendance des rapports sur les résultats de ses enquêtes, et présente au ministre des recommandations et projets de décision. Ses membres sont nommés par le ministre, et ses dépenses de fonctionnement sont entièrement couvertes par une subvention budgétaire.



la régulation n'est pas exclusive de leur prise en compte : la mise en place des services nécessaires pour combattre les inégalités ou assurer un service sur l'ensemble du territoire constitue une des contraintes clairement susceptibles d'être imposées aux autorités de régulation. Ainsi l'ART en France s'est vu assigner comme objectifs, outre d'assurer, au bénéfice des utilisateurs, une concurrence effective et loyale, de « *veiller à la fourniture et au financement de l'ensemble des composants du service public des télécommunications* », de « *veiller au développement de l'emploi, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des télécommunications* », de « *veiller à la prise en compte de l'intérêt des territoires et des utilisateurs dans l'accès aux services et aux équipements* »<sup>66</sup>.

## **b) Le débat sur la légitimité de l'insertion dans le système institutionnel français d'autorités administratives indépendantes agissant au nom de l'État**

Le second débat qui s'est développé avec le mouvement de création des autorités administratives indépendantes a été celui de la possibilité d'insérer de tels organismes dans notre système institutionnel.

Le système institutionnel français est marqué par le principe de la subordination de l'ensemble des administrations de l'État au Gouvernement, responsable devant le Parlement. Ce dispositif résulte très directement du principe de la souveraineté nationale défini à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ». Dans cette ligne, la Constitution de 1958 précise que « *le Gouvernement dispose de l'administration* ».

La mise en place d'autorités administratives appartenant à l'État, mais non subordonnées au Gouvernement, a dès lors immédiatement soulevé des interrogations sur la compatibilité de tels organismes avec ce dispositif institutionnel.

Certes, ce dispositif comporte des éléments de souplesse ; unité de l'État et subordination de l'administration à l'exécutif n'empêchent pas de définir au sein de l'administration de l'État des niveaux de responsabilités distincts, dans le cadre, par exemple, de la déconcentration, ou de créer des établissements publics chargés d'une mission spécifique. De même, il a toujours été admis que puissent être créés, au sein de l'administration, des organismes à compétences propres non soumis au pouvoir hiérarchique du ministre ou au pouvoir de tutelle. Cela amenait le commissaire du Gouvernement Rigaud à déclarer dans ses conclusions sous l'arrêt de Section du 6 décembre 1968, *Ministre des Armées c/ Ruffin*<sup>67</sup> : « *À l'époque contemporaine, la belle harmonie de l'administration classique à deux dimensions, celle de la hiérarchie et celle de la tutelle, est fort compromise ; nous avons assisté, pour*

---

66 - Article 32-1 II du Code des Postes et Télécommunications, issu de l'article 2 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996.

67 - p. 626.





de multiples causes, à la création de nombreux organismes qui, sans pouvoir être qualifiés d'autorités décentralisées au sens que notre droit attache à cette expression, ne sont pas pour autant soumis au pouvoir hiérarchique du ministre. Ce sont des organismes qu'on pourrait dire à « compétences propres ». Institués par le pouvoir législatif ou réglementaire, ils ont pour objet soit de permettre la participation des citoyens ou des intérêts organisés, soit de donner aux administrés la garantie d'indépendance des pouvoirs qui concourent à la décision. Et ces organismes sont dotés, non d'une fonction consultative, mais bien d'un pouvoir de décision ». Et M. Rigaud de citer les comités départementaux des profits illicites, les commissions de remembrement, les commissions chargées de répartir certaines indemnités de nationalisations étrangères, la Commission de contrôle des banques dans l'exercice de ses compétences non disciplinaires<sup>68</sup>, les jurys de concours<sup>69</sup>. Le Conseil d'État y ajoutera en 1968, précisément par cet arrêt *Ministre des armées contre Ruffin*, les conseils de révision.

La différence entre ces différents organismes et nombre des autorités administratives indépendantes mises en place depuis, c'est qu'il ne s'agit plus seulement de confier à de telles instances la responsabilité d'appréciations individuelles circonstanciées sur la possibilité pour des administrés de prétendre à tel ou tel régime, mais bien de leur confier des prérogatives larges de puissance publique en matière d'édition de normes générales, de contrôle, d'enquête, d'injonction et de sanction.

On comprend, dès lors, que l'apparition d'autorités administratives indépendantes ait soulevé un vif débat de principe<sup>70</sup>, qui n'a pas été définitivement clos avec la décision du Conseil constitutionnel entérinant l'existence de la Haute autorité de la communication audiovisuelle<sup>71</sup>.

On continue d'un côté à mettre en avant la brèche que constituent les autorités administratives indépendantes dans la tradition juridique française attachée à une conception stricte de la pensée de Montesquieu et de la séparation des pouvoirs. D'un autre côté, on souligne que l'autonomie des autorités administratives indépendantes n'est que relative, dès lors que ces autorités peuvent, en principe, être remises en cause à tout moment par le législateur et que le Gouvernement peut toujours prendre l'initiative de modifier les règles de fond qui s'imposent à elles lorsqu'il estime que l'intérêt général nécessite ces modifications et qu'en tout état de cause il intervient dans la nomination de leurs membres et l'attribution de leurs moyens. On souligne également que le rattachement des autorités administratives indépendantes à l'ensemble de l'appareil d'État est garanti par le contrôle de principe du juge administratif, que l'on a pu qualifier « *d'instance intégrative de substitution* »<sup>72</sup>.

---

68 - CE, 18 mai 1962, *Société H. Roy et compagnie*, p. 332.

69 - 27 janvier 1960, *Secrétaire d'État à la santé publique c/ Thory et autres*, Tp 1022, 1094 et 1139.

70 - Voir par exemple Marie-Anne Frison-Roche, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation », *Revue d'économie financière*, n° 60, janvier 2001, p. 85.

71 - Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63.

72 - J. Chevallier : « *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes* » -S. J. 1986, G. I. Doctrine n° 3254.



Le débat s'est étendu au problème général de fonctionnement de la démocratie et au rôle de contre-pouvoir susceptible d'être joué par les autorités administratives indépendantes. La création d'une autorité administrative indépendante aboutit à soustraire certaines fonctions dans certains secteurs à l'emprise des gouvernants, à les « dépolitiser » en quelque sorte, pour les confier à des instances dites neutres et impartiales, dans une sorte de « *disjonction entre l'État, personne morale et l'État pouvoir politique* »<sup>73</sup>. On ne manque dès lors pas de relever combien ce fait porte entorse aux principes démocratiques en vertu desquels l'action administrative ne peut être conduite que sous la responsabilité directe d'élus politiques. La réponse apportée par les partisans des autorités administratives indépendantes consiste à faire valoir que cette évolution contribue à établir des bornes au pouvoir des gouvernants, et ainsi à protéger les gouvernés du risque de politisation excessive. Une justification théorique est avancée en ce sens, tirée de ce qu'il s'agirait seulement d'« *étendre la fonction arbitrale de l'État et le poids des instances arbitrales en son sein* »<sup>74</sup>, pour compléter le rôle des juridictions administratives dont les décisions « *ne peuvent avoir qu'une portée juridique, alors que souvent, ce sont les pratiques qui nécessitent une certaine régulation* »<sup>75</sup>.

Ce dernier débat est, lui aussi, loin d'être clos.

---

73 - J. Chevallier, *ibidem*.

74 - J. Chevallier *ibidem*.

75 - Gazier-Cannac, Op. cit.



---

## Deuxième partie État des lieux

Pour avancer utilement quelques éléments d'appréciation sur les autorités administratives indépendantes existant actuellement en France, il convient, après avoir rappelé quelques données juridiques fondamentales, de prendre la mesure de l'extrême hétérogénéité des institutions en cause <sup>76</sup>.

### 2.1. L'analyse du droit positif actuel

Deux points contrastés méritent d'être mis en lumière : la notion même d'autorité administrative indépendante reste, pour les juristes, matière à discussion. En revanche, les principes généraux d'insertion de telles institutions dans l'ordre constitutionnel et administratif sont maintenant acquis.

#### **a) La notion d'autorité administrative indépendante n'est pas dépourvue d'ambiguïté**

Quand le législateur a qualifié la CNIL d'autorité administrative indépendante et « inventé » en quelque sorte la notion, il n'avait certainement pas l'intention d'instaurer une nouvelle catégorie juridique, comme il existe d'autres catégories bien répertoriées et qui constituent les piliers de notre ordre institutionnel, tels les établissements publics, les collectivités territoriales ou les groupements d'intérêt public. Il entendait seulement – pour bien mettre en évidence que la commission qu'il instituait pour assurer la garantie des libertés publiques mises en danger par la multiplication des fichiers informati-

---

76 - Voir pour des recherches réalisées avec le soutien du groupement d'intérêt public « Mission de recherche droit et justice » l'étude du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA), sous la responsabilité scientifique de Nicole Decoopman, *Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier*, octobre 2000, l'étude du centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice Sophia Antipolis sous la responsabilité scientifique de Laurence Boy, *Les pouvoirs de l'autorité de régulation des télécommunications*, novembre 2000, et l'étude de la faculté de droit Paris XII Saint-Maur, sous la direction de J.-J. Israël, *Les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier*, janvier 2000.



ques n'était pas une commission comme les autres – faire apparaître que cette commission, tout en étant administrative, bénéficierait d'une pleine indépendance dans l'exercice de sa mission.

Si la notion a pris, par la suite, de la consistance, notamment avec les décisions du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation, elle garde des traces évidentes de ses origines. Elle se définit plus aisément par des caractéristiques liées aux objectifs justifiant que l'on y ait recours, que par un contenu précis. La doctrine relève, au demeurant, volontiers qu'il n'y a pas de définition complète et consensuelle de la notion d'autorité administrative indépendante. Une partie de cette doctrine est restée longtemps sceptique. Arguant de « l'impossibilité de cerner une notion unique d'autorité administrative indépendante s'appliquant à tous les cas de figure », certains tendaient à conclure qu'« il n'y a pas de notion nouvelle d'autorité administrative indépendante »<sup>77</sup>, cependant que d'autres prenaient une position plus ouverte<sup>78</sup>.

La notion d'autorité administrative indépendante serait-elle encore « introuvable » ? Certainement non. L'absence d'un statut unifié des autorités administratives indépendantes n'a en définitive pas empêché un consensus sur l'approche générale et sur les éléments essentiels qui permettent d'identifier les autorités administratives indépendantes, même si le débat subsiste sur l'acceptation à donner à chacun de ces éléments.

S'agissant de l'approche générale, il est communément admis et reconnu, dans la ligne d'une jurisprudence ancienne et bien établie du Conseil d'État, qu'il existe au sein de l'État des autorités autonomes, distinctes de l'administration, mais appartenant à l'État et dotées d'un pouvoir de décision<sup>79</sup> : « reconnaître une forte indépendance à certaines autorités administratives, pour l'exercice de leur mission, ne constitue pas une nouveauté : les jurys d'examen ou de concours, les commissions, telles les commissions départementales de remembrement ou des impôts... appartiennent à l'administration et accomplissent leur tâche avec indépendance »<sup>80</sup>. C'est là la reconnaissance même du principe de l'existence d'autorités administratives n'appartenant pas à la hiérarchie des administrations centrales aboutissant aux ministres.

D'autres institutions anciennes ont certaines similitudes avec les autorités administratives indépendantes. C'est le cas des organismes ayant le caractère de juridictions administratives spécialisées<sup>81</sup> (Commission de recours des réfugiés, Commission des objecteurs de conscience, commissions départementales et centrale d'aide sociale...), créés dans des domaines où il était apparu nécessaire de confier la solution des litiges à des spécialistes très informés des problèmes techniques qui leur sont soumis, comme de faire

---

77 - Paul Sabourin, *AJDA*, mai 1983 p. 275.

78 - Voir par exemple C. Teitgen-Coly, « Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution », rapport pour le colloque CERAP des 11-12 juin 1987.

79 - CE, Section, 6 décembre 1968, *Ministre des armées c/ Ruffin*, concl. Rigaud, p. 626.

80 - G. Braibant, B. Stirn, *Les institutions de droit administratif*, Presses de Sciences-po et Dalloz, p. 73.

81 - Environ 900 organismes d'une extrême diversité étaient dénombrés en 1972.



participer à la décision de justice des personnes qui ne soient ni des juges, ni des administrateurs, mais des représentants des intéressés. De même, les ordres professionnels qui ont, il est vrai, la personnalité morale, ont depuis longtemps cumulé pouvoir de réglementation et pouvoir de sanction disciplinaire. Enfin, pour ce qui est de la « magistrature d'influence »<sup>82</sup>, des auteurs anciens comme Laferrière,<sup>83</sup> Aucoc<sup>84</sup> ou Hauriou<sup>85</sup> soulignent que le juge administratif n'a jamais opposé radicalement droit et équité, ce qui a permis, à travers la mise en place du droit administratif, d'encadrer l'idée de puissance publique. Ainsi, si certaines autorités administratives indépendantes statuent, en effet, pour partie en équité, ce mode de régulation n'est pas étranger à la sphère du droit.

Au-delà de ces éléments de filiation historique, les autorités administratives indépendantes existant actuellement présentent les caractéristiques communes de n'être ni des juridictions dont les décisions seraient revêtues de l'autorité de la chose jugée et relèveraient du contrôle de cassation (hormis le cas de la Commission bancaire lorsqu'elle statue en matière de sanction), ni des personnes morales distinctes de l'État (hormis le cas du CMF).

À ces éléments négatifs, s'ajoutent des éléments positifs communs à ces organismes très divers : ils sont de nature administrative ; ils disposent d'une autorité ; ils présentent des garanties d'indépendance.

Le débat porte, en fait, sur l'acception à donner à chacun de ces trois éléments.

### ***L'autorité***

Le terme d' « autorité » signifie qu'il s'agit d'organismes qui ne peuvent se borner à disposer d'un rôle purement consultatif.

S'il ne fait guère de doute que le critère de l'autorité soit rempli en cas d'exercice de prérogatives de puissance publique par l'institution en cause, c'est-à-dire essentiellement lorsqu'elle détient un pouvoir de décision, la question est plus débattue pour le cas d'organismes qui ne disposent que d'un pouvoir d'influence (pouvoir d'instruction, d'avis, de proposition, de recommandation, d'observations) et de nombreux auteurs dénie à de tels organismes le qualificatif d'autorités administratives indépendantes, ce qui, à leurs yeux, ferait perdre à celles-ci toute spécificité.

« *La catégorie des autorités administratives indépendantes ne peut avoir de spécificité (et le terme d'autorité ne peut être justifié) que si elle ne comprend que des organismes détenant, pour l'accomplissement même de leur mission, un pouvoir de décision* »<sup>86</sup>. Certains organismes se sont ainsi vu exclure de la

---

82 - L'expression est notamment utilisée par J. Donnedieu de Vabres in « La COB, une administration de mission, » *Revue administrative*, 1980, p. 237.

83 - In *Traité de la juridiction administrative*, 1887, tome I, p. 225.

84 - Voir ses conclusions sur CE, 14 janvier 1865, *Ville de Marseille*, p. 57.

85 - *Principes de droit public*, 1<sup>re</sup> édition, 1910, p. 453.

86 - Professeur Chapus, *Droit administratif général*, 13<sup>e</sup> édition tome 1 n° 296.



catégorie des autorités administratives indépendantes par une part de la doctrine s'appuyant sur le caractère non contraignant des pouvoirs qui leur étaient octroyés (Commission des clauses abusives <sup>87</sup>, CADA <sup>88</sup>).

On remarquera toutefois que le législateur n'a, pour sa part, pas hésité à qualifier d'autorités administratives indépendantes des organismes n'ayant pas pouvoir de décision (Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité <sup>89</sup>, Conseil national d'évaluation des universités).

Il paraît possible d'aller dans le même sens, au moins dans les cas où le pouvoir d'influence est patent et se traduit soit par le constat que les avis, même non rendus publics, sont en fait suivis par leur destinataire, soit par un pouvoir d'autosaisine avec publicité de l'avis donné, soit par l'élaboration d'un rapport public périodique mettant en évidence des dysfonctionnements.

C'est cette dernière forme d'autorité que les anglo-saxons désignent par l'expression de « *sunshine regulation* » : l'intervention publique obtient des résultats effectifs en se contentant de mettre en lumière des pratiques contraires à l'intérêt public. Les appréciations portées par l'institution peuvent ne pas nécessairement avoir une portée juridique, tout en ayant la même force mobilisatrice pour les membres du groupe social concerné. Peu importe de ce fait que les autorités administratives indépendantes n'édicte pas toutes et exclusivement des décisions exécutoires dès lors que leur pouvoir d'influence et de persuasion, voire « *d'imprécation* », aboutit au même résultat. « *C'est la conjonction de leur organisation particulière et de leurs pouvoirs propres qui en fait de véritables autorités* » <sup>90</sup>.

### ***L'indépendance***

L'indépendance est, on l'a vu, une des justifications essentielles de la création des autorités administratives indépendantes. C'est dès lors un élément déterminant de la notion dont, comme on vient de le voir, dépend en partie l'autorité de l'institution lorsque celle-ci n'est pas dotée d'un pouvoir de décision.

L'enjeu de l'indépendance pour le paysage administratif et constitutionnel français apparaît d'une telle importance que les juristes se sont employés à cerner le contour de la notion : « *indépendantes, peut-être, mais de qui ?* » <sup>91</sup>. Derrière l'interrogation perce le débat sur les deux facettes de l'indépendance,

---

87 - Art. 38 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (dite « loi Scrivener ») : « [...] *La commission établit chaque année un rapport de son activité et propose éventuellement les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables. Ce rapport est rendu public.* »

88 - En vertu de l'article 5 précité de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, et bien que la saisine de la Commission d'accès aux documents administratifs soit un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux, elle ne dispose que d'un pouvoir d'avis sur saisine de l'intéressé, de conseil et de proposition aux autorités compétentes.

89 - Article 13 modifié de la loi précitée du 10 juillet 1991, issu de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992.

90 - G. Vedel / P. Delvolvé, *droit administratif*, tome 2 p. 448 (PUF) 1990, cité par M. Gentot in *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit. p. 48.

91 - J-L. Autin, *Autorités administratives indépendantes*, JCP administratif 1998, fascicule 75, p. 3.



vis-à-vis du pouvoir politique, mais aussi vis-à-vis des secteurs professionnels régulés. Certains prônent une conception exigeante cumulant l'indépendance organique et l'indépendance fonctionnelle <sup>92</sup>. En tout cas, l'indépendance à l'égard de l'exécutif implique-t-elle l'absence de pouvoir hiérarchique et de pouvoir de tutelle sur l'institution qui ne reçoit ni ordre, ni instruction du Gouvernement.

C'est sur l'aspect organique de l'indépendance que le débat s'est principalement focalisé en France.

La collégialité a très généralement paru être un élément fort de l'indépendance. Elle est en effet de nature à satisfaire une double exigence : équilibrer l'influence des différentes instances de désignation des membres du collège et assurer une délibération collective sur des sujets sensibles ou des questions complexes, ce qui représente une garantie d'objectivité et de sérieux.

L'indépendance est d'autant mieux garantie que les membres des collèges sont des membres des hautes juridictions (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes), de l'Université, des grands corps administratifs ou techniques de l'État ou des grandes inspections. Toutefois l'indépendance ne paraît pas devoir être regardée comme exclusive de la présence, au sein de l'organisme, de membres désignés par ou sur proposition d'organismes représentatifs de certains intérêts ou courants de pensée, dans la mesure où ces membres ne se posent pas en simple porte-parole de ces intérêts ou courants de pensée. De même la présence au sein d'une institution d'un représentant du ministre – c'est par exemple le cas actuellement du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) – ne doit pas conduire à dénier à celle-ci le caractère d'autorité administrative indépendante, pour autant que la position du Gouvernement soit un élément essentiel à prendre en compte dans la décision et qu'il soit préférable que cette position soit exprimée lors de la délibération de l'institution plutôt que simplement communiquée préalablement. Enfin, la participation de parlementaires, ou de personnes désignées par l'Assemblée nationale et le Sénat, au collège d'une autorité administrative indépendante n'offre pas prise à contestation sur le plan des principes puisqu'elle symbolise le fait que le choix des personnes auxquelles va être confiée l'institution voulue comme indépendante n'est pas le monopole de l'exécutif.

C'est à la vérité le statut personnel des membres du collège qui est la clé de voûte de l'indépendance de l'autorité. Une règle minimale s'impose sans exception : l'irrévocabilité du mandat <sup>93</sup>. Le Conseil d'État a retenu cette règle sans texte et a même jugé que le Gouvernement ne peut légalement mettre fin avant terme aux fonctions du président d'une autorité administrative indépendante en raison de son accession à la limite d'âge dans son corps d'origine <sup>94</sup>.

---

92 - P. Nicolay, colloque CERAP des 11-12 juin 1987.

93 - Qui n'empêche au demeurant pas la révocabilité de la personne, pour des motifs disciplinaires, ou en cas d'incapacité définitive.

94 - CE, Assemblée, 7 juillet 1989, *Ordonneau* p. 161 et AJ 1989 p. 598, chronique E. Honorat et E. Baptiste.



D'autres règles liées à la notion d'indépendance sont le plus souvent retenues : durée fixe et assez longue du mandat et caractère non renouvelable de ce mandat, mais ce n'est pas un critère absolu. Enfin, dans le souci d'empêcher, dans l'immédiat et dans le futur, des situations s'apparentant au conflit d'intérêts, les textes propres à telle ou telle autorité administrative indépendante ont défini un régime particulier d'incompatibilités, alors même que le Conseil constitutionnel n'a jamais fait des règles d'incompatibilité un élément déterminant de l'indépendance des autorités administratives indépendantes, relevant de ce fait de la loi <sup>95</sup>.

Quant à l'indépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes, on lui préfère souvent, et avec raison, le terme d'autonomie <sup>96</sup>. Peu approfondie en France jusqu'ici, elle est davantage prise en compte dans les pays anglo-saxons, où prévaut une approche plus pragmatique, les données concrètes et en particulier les aspects financiers étant considérés comme un indice du potentiel d'autonomie réelle dont disposent les organes similaires.

Certains auteurs ont pu, en ce sens, avancer l'idée que l'indépendance supposait que l'autorité en cause dispose de ressources propres extra-budgétaires, comme par exemple des redevances liées à son activité et dont elle fixerait le montant. Une telle prétention ne peut qu'être écartée. Le caractère budgétaire des ressources des tribunaux n'empêche pas l'indépendance de la magistrature. Le Conseil constitutionnel a expressément rejeté le grief tiré de ce que le pouvoir accordé au CSA de « proposer » les crédits nécessaires à son fonctionnement lors de l'élaboration de la loi de finances laissait ces crédits à l'arbitrage du Premier ministre et aurait créé, par là-même, un risque d'arbitraire de nature à affecter l'indépendance du conseil <sup>97</sup>. Reste, bien sûr, à aménager les conditions de détermination du budget des autorités administratives indépendantes pour éviter toute pression douteuse des autorités budgétaires. Ce point sera examiné plus loin. De même, la dispense du contrôle financier préalable est prévue en France systématiquement en faveur des autorités administratives au fur et à mesure de leur création. C'est peut-être une facilité de gestion bienvenue pour les autorités administratives indépendantes. Il ne semble pas que cette règle puisse être regardée comme une garantie indispensable à l'indépendance.

Plus importante en termes d'indépendance apparaît la réalité des moyens humains dont dispose l'autorité administrative indépendante. Pour exister, celle-ci doit pouvoir compter sur les moyens humains dont elle a besoin, en quantité et qualité. Si rien ne s'oppose, en droit, à ce qu'une autorité administrative indépendante puisse avoir recours, pour des investigations ou enquêtes, à du personnel placé sous l'autorité d'une administration centrale ou même ait recours à des expertises extérieures <sup>98</sup>, encore convient-il de veiller à ce que le collègue dispose d'un minimum de moyens humains placés

---

95 - On reviendra, dans la troisième partie, sur la question des incompatibilités.

96 - J.-L. Autin, *ibidem*.

97 - Décision du 17 janvier 1989.

98 - Comme c'est le cas pour le Commission des participations et transferts, qui fait appel à des banques conseils du monde entier.





sous son autorité directe et pouvant équilibrer le poids constitué par un corps de l'État placé sous une autre autorité que la sienne.

Enfin, l'indépendance n'est pas exclusive de certains pouvoirs de l'État, à l'égard des actes de l'autorité administrative indépendante : pouvoir de demander une deuxième délibération (hormis du moins en matière de sanction), pouvoir d'homologation de règlements, pouvoir de contrôle du bon usage des deniers publics dans les conditions de droit commun. Le Conseil constitutionnel a même, dès 1986<sup>99</sup>, explicitement envisagé la possibilité pour le Gouvernement de déférer au juge administratif, en vue du contrôle de leur légalité, les actes des autorités administratives indépendantes à l'instar de ce qu'il en est des actes des collectivités territoriales et cela alors même que les autorités administratives indépendantes n'ont pas (hormis le cas du CMF) de personnalité morale distincte de celle de l'État<sup>100</sup>.

L'indépendance impose seulement qu'il ne puisse y avoir veto gouvernemental à l'égard des décisions des autorités administratives indépendantes.

### *La nature administrative*

Si, bien qu'en principe non dotées de la personnalité juridique<sup>101</sup>, les autorités administratives indépendantes ne sont pas rattachées aux structures hiérarchiques de l'administration centrale, elles n'en sont pas pour autant extérieures à l'État. C'est au nom et pour le compte de l'État qu'elles agissent, et c'est sa responsabilité qu'elles engagent par leurs actes dommageables, soit devant le juge administratif, soit devant le juge judiciaire, selon le juge compétent pour connaître du contentieux des actes de l'autorité<sup>102</sup>. Elles sont pleinement des autorités de l'État, et leur nature administrative apparaît aujourd'hui comme un élément incontestable même si la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence a mis un terme à l'automaticité du lien entre nature administrative des autorités administratives indépendantes et compétence du juge administratif. Dans un arrêt de principe rendu à propos du

---

99 - Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986 « *Dans l'exercice de sa compétence, la Commission nationale de la communication et des libertés sera à l'instar de toute autorité administrative soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'État, que par toute autre personne qui y aurait intérêt* ».

100 - Voir pour l'utilisation de ce pouvoir par un ministre, la saisine du Conseil d'État par le ministre chargé du commerce pour demander l'annulation d'une décision de la CNEC (CE, 22 février 1999, *Chambre du commerce et de l'industrie de Touraine et autres, Ministre des petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat*, n° 178038).

101 - Toutefois, leur qualité d'autorité administrative indépendante leur permet d'agir en justice sans devoir se faire représenter par un ministre ; voir en ce sens CE, 5 novembre 1993, COB, p. 944, ainsi que, de façon expresse, la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 article 89 pour la COB, l'article 20 modifié de la loi précitée n° 86-1067 du 30 septembre 1986 pour le CSA, et l'article L 36-12 du Code des postes et télécommunications pour l'ART.

102 - TC, 22 juin 1992, *Mizon*, p. 486 ; voir s'agissant d'actions en réparation de préjudices imputés à la Commission de contrôle des banques, CE, Section, 12 février 1960, *Kampmann*, p. 107 ; Assemblée, 29 décembre 1978, *Darmont*, p. 542. De même pour les préjudices imputés à la COB : CE, 22 juin 1984, *Société Pierre et Cristal*, p. 731 ; Cass. com., 5 mars 1996, *Lezan et Association des épargnants victimes de la COB*, Bull., p. 213 ; CA Paris, 29 avril 1997, *Mizon*, *Revue droit bancaire et bourse* 1997, n° 64, p. 240.



Médiateur de la République, le Conseil d'État avait estimé qu'il s'agissait d'une autorité administrative « *notamment à raison de son mode de nomination* »<sup>103</sup>. Les conclusions du commissaire du Gouvernement procédaient quant à elles d'un raisonnement tendant à démontrer, en insistant davantage sur l'originalité de l'institution, qu'il ne peut en aller autrement compte tenu de la configuration de celle-ci, mais aussi par défaut, parce qu'est établie l'impossibilité de rattacher cette institution au pouvoir législatif ou au pouvoir judiciaire. Cette conception n'a été retenue que partiellement par le législateur (qui s'est abstenu, dans la loi de 1989, du qualificatif « *d'administrative* » pour ne retenir que celui « *d'indépendante* »<sup>104</sup>, comme il l'a fait également pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel). Elle a donné lieu un temps à une controverse, qui a divisé la doctrine<sup>105</sup> et qui semble maintenant apaisée.

## **b) L'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'ordre constitutionnel et administratif est acquise dans ses principes généraux**

Par-delà les incertitudes sur les contours de la notion d'autorité administrative indépendante, les débats les plus frontaux sur les autorités administratives indépendantes ont été ceux évoqués plus haut, à propos du contexte doctrinal, concernant la compatibilité de telles institutions avec notre dispositif institutionnel ainsi que ceux relatifs aux pouvoirs susceptibles d'être conférés à de telles autorités et dans quelles conditions. Ces débats sont largement tranchés et les principes généraux d'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'ordre constitutionnel et administratif sont maintenant acquis.

### *L'insertion dans l'ordre constitutionnel*<sup>106</sup>

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord nécessairement tranché – même si c'est implicitement – le problème du principe même de l'existence d'autorités administratives indépendantes, lorsqu'il a été amené à examiner les premiers textes les concernant, puisqu'il n'a pas fait d'observations sur ce point. Il n'a donc pas estimé que, par leur nature même, les autorités administratives indépendantes pouvaient méconnaître la règle constitutionnelle de la responsabilité gouvernementale<sup>107</sup>.

---

103 - CE, Assemblée, 10 juillet 1981, *Retail*, précité, aux conclusions du Président Franc, p. 303.

104 - Article 69 de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989.

105 - J-L. Autin notamment a pris une part active à ce débat dans un sens défavorable à la solution adoptée par le Conseil d'État, en estimant que la capacité d'influence de ces autorités ou leur magistrature morale aurait à pâtir d'une assimilation inopportune à des administrations classiques, et que, sur un plan plus concret, leur action quotidienne ne devait pas être soumise à un contrôle aussi approfondi que celui mis généralement en œuvre par le juge (JCP administratif, fascicule 75, 1997, p. 15).

106 - Voir sur ce sujet la thèse pour le doctorat en droit présentée par Jean-Claude Oderzo, *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, décembre 2000, Aix-en-Provence.

107 - Décisions : n° 84-173 DC du 26 juillet 1984 relative à la Haute autorité de la communication audiovisuelle, Rec. p. 63 ; n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 relative à la Commission nationale de la communication et des libertés, Rec., p. 141 ; n° 86-224 DC, du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence, Rec., p. 8 ; n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec. p. 18.



Il a, en revanche, défini très précisément les règles permettant d'assurer le respect de l'unité du pouvoir réglementaire en encadrant son usage par les autorités administratives indépendantes. Sur ce point, la difficulté venait de l'article 21 de la Constitution qui, sous réserve des pouvoirs relevant du Président de la République, fait du Premier ministre le seul détenteur du pouvoir réglementaire au niveau national. Dans ses décisions précitées du 18 septembre 1986 et du 17 janvier 1989 relatives aux autorités de l'audiovisuel, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne faisaient pas obstacle à ce qu'une loi confère un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante, dans certaines conditions. Outre qu'il s'agit par nature d'un pouvoir réglementaire d'application de la loi, et en aucun cas d'un pouvoir réglementaire autonome, ce pouvoir doit s'exercer dans le respect des lois et décrets (décision du 18 septembre 1986) et ne doit porter que sur « *des mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu* » (décision du 17 janvier 1989). Il s'agit donc d'un pouvoir réglementaire étroitement subordonné et spécialisé, le Conseil n'ayant pas hésité à censurer des habilitations jugées excessives, par exemple celles conférant au Conseil supérieur de l'audiovisuel le soin de « *fixer seul, par voie réglementaire, non seulement les règles déontologiques concernant la publicité, mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle* ». <sup>108</sup>

Le Conseil constitutionnel n'a pas non plus émis d'objection de principe à ce que les autorités administratives indépendantes soient dotées du pouvoir de sanction administrative <sup>109</sup> : « *la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative de pouvoirs de sanction* » <sup>110</sup>. Le Conseil constitutionnel n'a ainsi pas suivi les sénateurs qui, en juillet 1989, lui ont déferé la loi attribuant des pouvoirs de sanction à la Commission des opérations de bourse, et qui invoquaient l'inconstitutionnalité de dispositions méconnaissant le principe de la séparation des pouvoirs, lequel excluait selon eux « *d'une part qu'une autorité administrative puisse exercer un pouvoir juridictionnel, d'autre part que les pouvoirs de réglementation et de sanction soient réunis entre les mêmes mains* ».

Le Conseil constitutionnel exige toutefois que ce pouvoir de sanction soit précisément encadré par le législateur.

En premier lieu, il ne peut être accordé à une autorité administrative indépendante que « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de la mission* » <sup>111</sup> qui lui est confiée. Ainsi, le juge constitutionnel a vérifié que l'Autorité de

---

108 - Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec., p. 18.

109 - Décisions : n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec., p. 18 ; n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 pour la Commission des opérations de bourse, Rec., p. 71 ; n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 relative à la loi portant réglementation des télécommunications, Rec., p. 99.

110 - 6<sup>e</sup> considérant de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la Commission des opérations de bourse, Rec., p. 71.

111 - 27<sup>e</sup> considérant de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec., p. 18.



régulation des télécommunications était chargée de contrôler le respect par les opérateurs de textes de valeur législative ou réglementaire, ou des décisions prises pour leur application, dans le cadre du Code des postes et télécommunications, et qu'il n'y avait pas a priori de risque particulier que les pouvoirs de sanction attribués à cette autorité soient utilisés à d'autres fins.

En second lieu, « *il appartient au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »<sup>112</sup>. Le Conseil constitutionnel exclut les sanctions qui seraient privatives de liberté, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire le garant de la liberté individuelle. Il rappelle également qu'en vertu du principe de légalité des délits et des peines formulé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'incrimination comme la sanction doivent être établies par la loi<sup>113</sup>.

Les autres garanties exigibles ne sont en revanche appréciées qu'au cas par cas par le Conseil constitutionnel, à l'examen de chaque loi qui lui est soumise. Ainsi, tandis qu'il s'attache à la fois à l'indépendance de l'autorité détentrice du pouvoir de sanction, à la procédure et à la décision de sanction dans sa décision relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil constitutionnel examine presque exclusivement les garanties d'indépendance de la Commission des opérations de bourse dans sa décision relative à cette dernière. De surcroît, l'indépendance de l'autorité dotée du pouvoir de sanction n'est pas relevée de la même façon dans les deux décisions : s'agissant du Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil constitutionnel insiste sur l'indépendance de cette autorité comme garantie fondamentale de l'exercice sans arbitraire du pouvoir de sanction, mais en la faisant figurer aux côtés des garanties de la procédure et du prononcé de la sanction. S'agissant, en revanche, de la Commission des opérations de bourse, il se livre à une analyse minutieuse de la réalité de cette garantie d'indépendance en examinant à la fois l'indépendance organique (statut du président, mode de désignation des membres, durée de la fonction...) et l'indépendance fonctionnelle.

S'agissant du pouvoir des autorités administratives indépendantes de se constituer partie civile, le Conseil constitutionnel l'a admis en principe, mais il a jugé<sup>114</sup> que méconnaissait le principe fondamental du respect des droits de la défense, le fait qu'une autorité pouvant exercer, dans l'intérêt général, les poursuites, recueillir des charges et, le cas échéant, prononcer des sanctions dans le cas d'une procédure administrative, se voie en outre reconnaître, à l'encontre des mêmes personnes et à propos des mêmes faits, s'ils constituent les éléments d'une infraction pénale, le pouvoir d'intervenir et de se constituer partie civile et d'user de tous les droits afférents à cette qualité, sans pour autant justifier d'un intérêt distinct de l'intérêt général.

---

112 - 6<sup>e</sup> considérant de la décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la Commission des opérations de bourse, Rec., p. 71.

113 - 35<sup>e</sup> considérant de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel, Rec., p. 18.

114 - Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Rec., p. 71.



Enfin, le Conseil constitutionnel a précisé que les autorités administratives indépendantes avaient **l'obligation d'agir lorsqu'il en va de la réalisation de leur mission**. Se fondant sur l'article 13 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, chargeant la CNCL de « *veiller par ses recommandations au respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des sociétés nationales de programme pour les émissions d'information politique* », il a en effet souligné que les dispositions de cet article « *impliquent que la commission est tenue d'exercer la mission qui lui est confiée par la loi et que les recommandations qu'elle prend à cet effet revêtent un caractère obligatoire et peuvent, comme d'ailleurs le refus par la commission de faire usage des pouvoirs qu'elle tient de la loi, être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir* »<sup>115</sup>. Il a également précisé dans la même décision que la CNCL sera, « *à l'instar de toute autorité administrative* », soumise au contrôle de légalité : cette décision s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle constante et ferme du Conseil d'État reconnaissant le pouvoir du ministre d'exercer un contrôle de légalité des actes des autorités autonomes de l'exécutif, en déférant ces actes au juge administratif.

Une dernière question doit être évoquée, celle de l'éventuelle constitutionnalisation de l'existence même de certaines au moins de ces autorités. La question a été expressément soulevée et longuement débattue au sein du comité consultatif pour la révision de la Constitution, institué par le décret n° 92-1247 du 7 décembre 1992, présidé par le Doyen Vedel, qui a finalement refusé en faisant valoir qu'« *il était préférable de laisser évoluer ce statut sans se figer dans une catégorie constitutionnelle qui aurait au surplus le défaut de poser de nombreux problèmes...* ». Deux cas ont toutefois paru aux yeux du comité un traitement particulier, celui de Médiateur de la République et celui de « *l'autorité chargée de veiller au respect du pluralisme en matière d'audiovisuel* ».

Les mêmes réticences pourraient expliquer qu'il ne soit pas fait référence aux autorités administratives indépendantes dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à l'exception cette fois des autorités s'apparentant à la CNIL en matière de traitement des données à caractère personnel<sup>116</sup>.

Toutefois, le débat doctrinal sur l'utilité et la possibilité<sup>117</sup> d'ancrer les autorités administratives indépendantes dans le texte constitutionnel n'est pas nécessairement clos pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Plusieurs éléments tirés de la jurisprudence constitutionnelle inclinent certains à penser que cette institution a fait aujourd'hui l'objet d'une constitutionnalisation

---

115 - Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Rec., p. 141.

116 - L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée lors de la Convention intergouvernementale de Nice le 6 décembre 2000 :

1- « *Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.*

2- *Ces données doivent être traitées loyalement à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.*

3- *Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».*



implicite dès lors que le degré de protection assuré à une liberté publique fondamentale par la présence de l'autorité qui s'y consacre n'aurait pas d'équivalent en son absence <sup>118</sup>. D'autres considèrent que cette interprétation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est excessive, ce dernier s'étant borné à souligner le caractère législatif de toute modification du régime d'autorisation de l'exploitation d'un réseau de radio-télévision par câble <sup>119</sup>.

### *L'insertion dans l'ordre administratif*

Les questions d'insertion des autorités administratives indépendantes dans l'ordre administratif se sont révélées moins délicates. En effet, dès le départ, dans sa décision *Retail* du 10 juillet 1981 prise à propos du Médiateur, le Conseil d'État a considéré qu'à partir du moment où sa compétence résultait de la qualification d'autorité administrative à donner à l'institution en cause, il convenait de faire application du droit commun constamment appliqué aux autorités administratives classiques, à savoir que sont susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux les actes de l'institution ayant le caractère de décisions administratives. Le Conseil d'État a parallèlement jugé que les autorités administratives indépendantes étaient recevables à présenter des observations au soutien d'un de leurs actes attaqués devant le juge administratif, sans devoir se faire représenter par un ministre <sup>120</sup>.

Par ailleurs, dès 1960, le Conseil d'État avait admis qu'une faute lourde commise par une autorité administrative indépendante dans sa mission administrative de surveillance (il s'agissait de la Commission de contrôle des banques) était de nature à engager la responsabilité de l'État <sup>121</sup>.

Certes, comme on le verra plus loin, l'organisation du contrôle juridictionnel des autorités administratives se trouve actuellement compliquée par certaines attributions de compétence au profit du juge judiciaire opérées par le législateur qui s'est également prononcé, dans certains cas, sur l'étendue des pouvoirs du juge en matière de sanctions.

Néanmoins, au niveau des principes, n'a jamais été remise en cause, par le législateur, l'idée qu'une autorité administrative indépendante ne saurait bénéficier d'une immunité juridictionnelle.

Les autorités administratives indépendantes ne constituent donc pas des « îlots » au régime juridique plus ou moins innommé au sein de l'État. Pour être appelées à prendre une certaine distance par rapport au Gouvernement, elles n'en sont pas moins une partie inhérente de l'État, dont elles ne constituent dès lors pas un démembrement, et à ce titre sont soumises, hormis les

---

117 - Laurent Cohen-Tanugi note que doter l'autorité chargée du secteur de l'audiovisuel d'un statut constitutionnel ne serait pas seulement une solution difficile à mettre en œuvre, mais également redondante puisque la liberté d'expression et le pluralisme de la communication ont déjà un tel statut (« Une doctrine pour la régulation », in *Le Débat*).

118 - J. Chevallier, *Constitution et communication*, D. 1991, chronique p. 247.

119 - C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation de la Constitution », *RDJ* 1990 p. 233.

120 - CE, Assemblée, 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, p. 137 ; 5 novembre 1993, *COB*, T.p. 624, 782, 934, 944, 955.

121 - CE, Section, 12 février 1960, *Kampmann*, p. 107.



dispositions spécifiques les concernant précisées par la loi, au régime de droit commun des organismes administratifs de l'État. Ceci ne saurait évidemment donner à croire à une sorte de banalisation administrative des autorités administratives indépendantes. Celles-ci sont pourvues de trop de spécificités pour qu'une telle allégation puisse être soutenue. Ceci conduit simplement à relever que les autorités administratives indépendantes ne sont pas des corps étrangers à l'administration et à l'État, mais bien une forme d'intervention et d'expression de l'État.



## 2-2. La situation de fait : un large éventail d'autorités administratives indépendantes exerçant des missions dans des domaines divers et dont les pouvoirs et les statuts sont d'une grande hétérogénéité

---

### a) La liste actuelle des autorités administratives indépendantes

Il n'est pas inutile de faire apparaître la liste des organismes qu'il paraît possible de qualifier aujourd'hui d'autorités administratives indépendantes, étant immédiatement précisé que le but d'une telle liste est exclusivement informatif. Il s'agit de cerner concrètement une réalité. L'inclusion ou la non inclusion d'une institution dans la liste proposée ci-après n'a pas, en elle-même, de portée juridique.<sup>122</sup>

Pour bien rendre compte de la démarche effectuée en ce sens, ainsi que des hésitations qui ont pu se faire jour, cette liste distingue trois groupes : en premier lieu, les organismes qualifiés d'autorité administrative indépendante par la loi ou la jurisprudence ; en deuxième lieu, les organismes pour lesquels cette qualification s'impose sans réserve compte tenu de l'acceptation de la notion retenue précédemment ; en troisième lieu, les organismes pour lesquels il peut y avoir doute, mais qui semblent, en définitive, devoir être qualifiés d'autorité administrative indépendante.

Par ailleurs, est évoqué le cas de quelques organismes à propos desquels un débat a pu s'ouvrir, ici ou là, sur leur éventuelle qualification d'autorité administrative indépendante, et pour lesquels une telle qualification paraît devoir être récusée.

### Treize organismes sont des autorités administratives indépendantes par détermination législative ou jurisprudentielle.

Par ordre chronologique de qualification ce sont :

- la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), créée et qualifiée par l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;
- le Médiateur de la République, créé par la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, qualifié par le Conseil d'État d'autorité administrative par la décision *Retail*

---

122 - Voir pour un effort d'établir une liste des autorités administratives indépendantes, Martine Jodeau-Grymberg, « Autorités administratives indépendantes, un essai de recensement », *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, mai 2000. Voir dans le même numéro : Bernard Pêcheur « Des réformes nécessaires » et Claire Bonnat « Le régime juridique ».





du 10 juillet 1981, et dont l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, dans sa rédaction résultant de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989, précise qu'il est une « *autorité indépendante* » ;

– le Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, créé par la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, et qualifié d'autorité administrative indépendante par l'article 27 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation <sup>123</sup> ;

– le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), créé par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 en tant qu'autorité indépendante, et qui fait suite à la Haute autorité de la communication audiovisuelle qualifiée d'autorité administrative indépendante par le Conseil constitutionnel par la décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984 <sup>124</sup> et à la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), qualifiée d'autorité administrative indépendante par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ;

– la Commission de contrôle des campagnes électorales et des financements politiques (CCFP), créée par la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 et qualifiée d'autorité administrative indépendante par le Conseil constitutionnel <sup>125</sup> ;

– la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), créée et qualifiée par l'article 13 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications ;

– la Commission des opérations de bourse (COB), créée par l'ordonnance n° 67-836 du 28 septembre 1967, et qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'article 1<sup>er</sup> de cette ordonnance dans sa rédaction résultant de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières ;

– l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), créée par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 et qualifiée d'autorité administrative indépendante pour le Conseil constitutionnel ; <sup>126</sup>

– la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), créée et qualifiée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 ;

– le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPCD), créé et qualifié par l'article 14 de la loi n° 99-233 du 23 mars 1999 ;

---

123 - On peut s'interroger sur les raisons qui ont conduit le législateur à qualifier cet organisme d'autorité administrative indépendante alors qu'il se borne à une activité d'évaluation, sans portée juridique. Il est à penser que ce choix résulte de la traditionnelle indépendance universitaire et de la volonté du Parlement de bien faire apparaître que l'évaluation des universités ne peut être le fait que d'une autorité dotée elle-même d'indépendance.

124 - Rec., p. 63.

125 - Décision n° 91-1141/1142/1143/1144 DC, « *A.N. Paris (13<sup>ème</sup> circ.)* » du 31 juillet 1991, Rec. p. 114.

126 - Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Rec. p. 99.



- l’Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (ACNUSA), créée et qualifiée par l’article 1<sup>er</sup> de la loi n° 99-588 du 12 juillet 1999, lequel a été codifié à l’article L. 227-1 du Code de l’aviation civile ;
- le Défenseur des enfants, créé par l’article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 en tant qu’autorité indépendante et qui, comme le Médiateur de la République, est une autorité administrative ;
- la Commission nationale de déontologie de la sécurité, créée et qualifiée par la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000.

**Dix-sept organismes doivent être qualifiés d’autorités administratives indépendantes en raison de leurs caractéristiques, conformément aux critères précédemment définis.**

Par ordre chronologique ce sont :

- la Commission centrale permanente, compétente en matière de bénéfices agricoles, prévue à l’article 1652 du Code général des impôts, dont l’origine remonte à une loi du 13 janvier 1941 et qui, composée de trois magistrats en activité ou « honoraires » dont un Conseiller d’État président, décide des éléments à retenir pour le calcul du bénéfice forfaitaire agricole lorsque la question n’a pas été réglée au niveau départemental et dont les décisions « *ne peuvent être attaquées que devant le Conseil d’État par voie du recours pour excès de pouvoir* » ;
- la Commission paritaire des publications et agences de presse, créée par un décret n° 50-360 du 25 mars 1950, et chargée de donner un avis sur les allègements de taxes fiscales et de tarifs postaux en faveur de la presse, en raison de sa composition et du fait que lorsqu’elle émet un avis négatif, lequel peut être contesté devant le juge administratif, l’administration ne peut pas accorder les avantages institués en faveur des publications ;
- le Conseil supérieur de l’agence France-Presse, créé par la loi n° 57-32 du 10 janvier 1957 et chargé de veiller au respect des obligations fondamentales de l’agence, relatives à l’exactitude et à l’objectivité des informations diffusées, en raison de sa composition et des pouvoirs étendus d’injonction et de sanction que ce conseil détient à l’égard du président de l’agence ;
- La Commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l’élection du Président de la République, créée par l’article 10 du décret n° 64-231 du 14 mars 1964, chargée du contrôle du déroulement de la campagne présidentielle, et notamment du respect des dispositions visant à assurer que tous les candidats bénéficient des mêmes facilités. Elle est composée du Vice-président du Conseil d’État qui la préside, des Premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, et de deux membres du Conseil d’État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes ;
- la Commission des sondages, créée par l’article 5 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977, et chargée de proposer les règles tendant à assurer l’objectivité et la qualité des sondages et de veiller à l’application de la loi concernant leur



diffusion et leur commercialisation, en raison de sa composition et de ses pouvoirs d'injonction et d'investigation ;

– la Commission des infractions fiscales, créée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 codifié sous l'article 228 du Livre des procédures fiscales, en raison de sa composition et du fait que son avis conforme est requis sous peine d'irrecevabilité de la plainte avant tout dépôt par l'administration de plainte tendant à l'application de sanctions pénales en matière fiscale ;

– le Bureau central de tarification, créé par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, sous forme d'un article L. 243-4 du Code des assurances et chargé de trancher les litiges pouvant opposer un assuré et un assureur sur le taux de prime à payer en matière d'assurance obligatoire des travaux de bâtiment ; le président est choisi parmi les Conseillers d'État, les conseillers à la Cour de cassation, les conseillers-maîtres à la Cour des comptes ou les professeurs des disciplines juridiques des universités et il est composé paritairement de représentants des entreprises d'assurances et de représentants des assujettis à l'obligation d'assurance ;

– le Médiateur du cinéma, créé par la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982, en raison de son statut et de son pouvoir d'émettre des injonctions et de décider de la publication de procès-verbaux des médiations effectuées ;

– la Commission bancaire, créée par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée qui, si elle a, aux termes de l'article 48 de cette loi, la nature d'une juridiction lorsqu'elle exerce son pouvoir de sanction, doit incontestablement être qualifiée d'autorité administrative indépendante dans l'exercice de sa mission de contrôle du respect des règles jurisprudentielles, par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, de surveillance de la situation financière de ces établissements et de traitement des situations de crise, en raison d'une part de ses pouvoirs de déterminer les documents comptables et prudentiels qui doivent lui être adressés, de faire procéder à des enquêtes sur place et d'adresser aux établissements des mises en garde, recommandations ou injonctions sous peine de sanction et, d'autre part, de sa composition, en dépit de la présence, parmi ses six membres, du directeur du Trésor ou de son représentant ;

– le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), créé par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée (et dont la compétence a été étendue par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières aux entreprises d'investissement), chargé de délivrer les agréments et autorisations de changement de contrôle notamment et en raison de ses pouvoirs de gestion d'un régime d'agréments et d'autorisations et de sa composition qui, au-delà de la présence du directeur du Trésor et du mode de nomination de six membres sur onze par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, prévoit la présence de catégories de personnes qui ne sont pas dans un lien de subordination à l'égard de ce dernier ;



- la Commission des participations et des transferts, créée par la loi n° 86-912 du 6 août 1986 sous l'appellation de « Commission de privatisation » et à laquelle le décret n° 98-315 du 27 avril 1998 a donné son nom actuel, chargée d'assurer la juste évaluation des entreprises à privatiser et dont l'avis conforme s'impose au ministre lorsqu'il décide de faire appel à des acquéreurs hors marché, s'agissant du choix du ou des acquéreurs et des conditions de cession. Les règles très strictes d'incompatibilités imposées par la loi aux membres du collège assurent l'indépendance de celui-ci ;
- le Conseil de la concurrence, créé par l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, en raison de sa composition et de ses pouvoirs et qui, au demeurant, succède, avec des pouvoirs accrus à la Commission de la concurrence, laquelle avait été expressément qualifiée d'autorité administrative indépendante par la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 ;
- la Commission de contrôle des assurances, créée par l'article 30 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, sous forme d'un article L 310-12 du Code des assurances, qui est présidée par un conseiller d'État et dont deux des cinq autres membres sont des magistrats et qui a, à l'égard des entreprises d'assurance, de réassurance et de participation d'assurance, des pouvoirs du même type que ceux de la Commission bancaire à l'égard des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ;
- la Commission de contrôle des institutions et des unions régies par le livre IX du Code du travail et l'article 1050 du Code rural, communément appelée « Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance », prévue par l'article L. 951-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue de la loi n° 94-678 du 8 août 1994 et créée à l'origine par l'article 18 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 sous forme d'un article L. 732-10 du même code ;
- la Commission nationale d'équipement commercial (CNEC), créée par l'article 35 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, en raison de sa composition et de ses pouvoirs ;
- le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF), créé par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 en remplacement du Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, en raison de sa composition et de son pouvoir disciplinaire à l'égard des gestionnaires de l'épargne collective ;
- la Commission de régulation de l'électricité (CRE) créée par la loi n° 2000-101 du 10 février 2000, également conçue par le législateur comme une autorité administrative indépendante avec toutes les caractéristiques correspondantes.

**Quatre organismes paraissent, après hésitation, devoir être qualifiés d'autorité administrative indépendante.**

Ce sont, par ordre chronologique de création :

- la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), créée par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 pour répondre au souci d'assurer une transpa-



rence administrative par l'exercice du droit d'obtenir la communication de documents administratifs. Son indépendance n'est pas contestée, mais le doute pourrait venir de ce qu'elle n'a qu'un pouvoir d'avis, qui ne lie pas l'autorité administrative. Cependant, elle est l'instance incontournable dans l'exercice du droit à la transparence administrative et son autorité morale est établie ;

– la Commission de la sécurité des consommateurs, instituée par la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983, est chargée d'émettre des avis et de proposer toute mesure de nature à améliorer la prévention des risques en matière de sécurité des produits ou services. Elle dispose de pouvoirs précis d'investigation et elle peut porter ses avis à la connaissance du public. Sa composition garantit son indépendance et son autorité morale est acquise ;

– la Commission pour la transparence financière de la vie politique, créée par la loi du 11 mars 1988 modifiée, a une mission d'information sur le non-respect, par les membres du Gouvernement ou certains élus, de leurs obligations de déclaration de situation de leur patrimoine. Son rapport est publié au *Journal officiel*. Aussi, bien qu'elle ne détienne pas de pouvoir de décision, elle doit être qualifiée d'autorité administrative indépendante en raison de son pouvoir de révéler des manquements à des obligations visant à renforcer un contrôle démocratique sur le comportement de la classe politique et qui est à l'origine de la procédure pouvant déboucher sur une déclaration d'inéligibilité des auteurs de ces manquements ;

– le Conseil des marchés financiers (CMF), créé par l'article 27 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières et issu de la fusion du Conseil des bourses de valeurs et du Conseil des marchés à terme. Il a une composition collégiale et un véritable pouvoir. Il prête cependant au débat, la loi le qualifiant en effet d'« *autorité professionnelle* » et l'ayant doté de la personnalité morale, tandis que la Cour d'appel de Paris le qualifie « *d'organisme privé* »<sup>127</sup>. Cependant le Conseil d'État l'a qualifié « *d'organisme administratif* »<sup>128</sup>. Ses règles de composition lui assurent l'indépendance. Il assure avec la Commission des opérations de bourse la régulation des marchés financiers et dispose d'un pouvoir de décision.

**Plusieurs types de motifs conduisent à ne pas retenir la qualification d'autorité administrative indépendante pour des organismes pour lesquels un débat en ce sens a pu être ouvert :<sup>129</sup>**

---

127 - Décision du 11 juin 1997 in *Revue de droit bancaire et de bourse*, p. 167.

128 - CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434 p. 399.

129 - Si le Conseil supérieur de la magistrature, dont l'article 65 de la Constitution détermine la composition et les pouvoirs, ne saurait manifestement pas figurer dans une liste d'autorités administratives indépendantes c'est pour le motif spécifique tiré de ce que cette institution sui generis est un élément du statut constitutionnel de l'autorité judiciaire. D'ailleurs, lorsqu'il statue comme Conseil de discipline des magistrats du siège et est alors présidé non par le Président de la République mais par le Premier président de la Cour de cassation, il statue en qualité de juridiction administrative dont les décisions relèvent, par la voie de la cassation, du Conseil d'État (CE, Assemblée, 12 juillet 1969, *L'Etang*, p. 388).



Tout d'abord des motifs tirés de ce que l'organisme en cause n'est doté que de fonctions consultatives, d'études ou de réflexions. Ainsi, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, institué par le décret n° 83-132 du 23 février 1983 et confirmé par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (article 23 codifié à l'article 1412-1 du Code de la santé). En dépit de son indépendance et de son autorité morale incontestables, il doit être écarté parce qu'il n'intervient pas dans un processus administratif de décision ou de contrôle. Il exerce une fonction purement consultative et s'assimile, en fait, à un « comité de sages » ;

– de même, le Conseil de la politique monétaire, organe de la Banque de France, institué par l'article 7 de la loi n° 93-980 du 4 août 1993, n'est plus chargé depuis 1999 que d'examiner les évolutions monétaires et d'analyser les implications de la politique monétaire décidée dans le cadre du système monétaire des banques centrales de l'Union européenne. Il n'a donc plus de réel pouvoir propre ;

– de même également, la Commission des clauses abusives, instituée par l'article 36 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 lequel a été repris à l'article L. 132 du Code de la consommation. Cette commission n'a qu'une mission purement consultative. Ses avis ne lient pas le ministre et sont insusceptibles d'un recours auprès du juge. Sa saisine n'est que facultative et la publication de ses avis est décidée par le ministre chargé de la consommation.

Ensuite des motifs tirés de ce que l'organisme ne dispose pas de véritable indépendance vis-à-vis du Gouvernement.

– Tel est le cas pour le Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) qui, en vertu de l'article 30 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, est placé sous la présidence du ministre chargé des finances, lequel homologue les règlements élaborés au sein de cet organisme, ainsi que du Comité de la réglementation comptable qui fonctionne dans les mêmes conditions.

Ou encore des motifs tirés du défaut de permanence de l'organisme.

C'est le cas des jurys de concours nationaux.

**Au total, cet inventaire conduit à répertorier 34 organismes pouvant être juridiquement qualifiés d'autorités administratives indépendantes.** On note d'emblée le poids inégal de ces organismes : certains, on va le voir plus précisément, sont dotés de pouvoirs et de responsabilités très étoffés, disposent de services propres importants et occupent une place en vue dans les institutions publiques ; d'autres se bornent à des interventions ponctuelles, ne disposent pas de personnel propre et ne sont guère connus au-delà d'un cercle étroit de spécialistes.

Il pourrait être soutenu qu'au vu de ces réalités, seuls les organismes – de l'ordre d'une dizaine – relevant de la première catégorie devraient être qualifiés d'autorités administratives indépendantes. Mais ce serait faire prévaloir une approche de science administrative sur l'approche juridique et il est apparu préférable de privilégier cette dernière approche, de loin la plus



logique, certaines autorités – en dépit, selon le cas, d'un champ d'action limité, d'un faible pouvoir contraignant ou de moyens matériels réduits – pouvant se révéler des institutions clés pour la protection de certains droits ou libertés. Au surplus, que l'on s'en tienne ou non à une approche restrictive, l'hétérogénéité reste une des caractéristiques de ces institutions, qu'il s'agisse de leurs missions, de leurs pouvoirs ou de leurs statuts. En définitive, si la réalité institutionnelle conduit à distinguer un « premier cercle » d'autorités administratives indépendantes incluant une dizaine d'entre elles, ce premier cercle est loin de constituer un sous ensemble homogène.

## **b) La diversité de missions de la trentaine d'autorités administratives indépendantes existantes**

On a coutume de regrouper les missions des autorités administratives indépendantes existantes en deux grands domaines : la régulation et la protection des libertés publiques. C'est une présentation réductrice, qui aboutit à des regroupements factices. Si l'on veut procéder à une analyse plus fine de la réalité, les principales missions suivantes paraissent devoir être distinguées :

- des missions de médiation, au sens strict du terme : Médiateur de la République, Médiateur du cinéma, Défenseur des enfants, Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, Bureau central de tarification créé en matière d'assurance dans le domaine de la construction ;
- des missions de régulation, au sens donné à ce terme précédemment : régulation de l'audiovisuel avec le CSA, régulation des marchés financiers avec la COB et le CMF, régulation du secteur des banques et entreprises d'investissement avec le CECEI et la Commission bancaire, régulation du secteur de l'assurance avec la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, régulation de l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications avec l'ART et du secteur de l'électricité avec la CRE. À ces missions de régulation sectorielle s'ajoute la mission transversale du Conseil de la concurrence de réguler le fonctionnement de la concurrence dans toute activité de production de biens et services ;
- des missions de protection des libertés publiques, avec la CNIL, la CADA, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité... ;
- des missions de « garant » de l'impartialité de la puissance publique dans des domaines qui, sans que la protection des libertés publiques soit nécessairement en cause de façon directe, ont paru risquer de donner prise au soupçon d'arbitraire, que ce soit dans la prise de décisions individuelles (Commission des infractions fiscales, Commission nationale d'équipement commercial...), dans le traitement de plaintes ou de dysfonctionnements de l'administration (Commission nationale de déontologie de la sécurité...), dans l'appréciation à porter sur la qualification à donner à un dossier ou à un document (Commission consultative du secret de la défense nationale), dans le contrôle d'éléments significatifs pour la vie politique (Commission des sondages, Commission de contrôle des campagnes électorales et des financements politiques, Commission pour la transparence financière de la vie politique...)



– des missions d'évaluations pluridisciplinaires et d'expertise : Commission nationale d'évaluation des établissements publics, à caractère scientifique, culturel ou professionnel, Commission nationale de sécurité des consommateurs ;

– On ne saurait enfin dissimuler que, dans quelques cas ponctuels, les missions de l'autorité ne relèvent pas des précédentes rubriques sans pour autant pouvoir être rattachées à un objectif un peu plus général. Ainsi en va-t-il du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPLD), auquel est tout simplement confiée la mission générale de lutte contre le dopage et qui se trouve doté de l'ensemble des pouvoirs correspondants : prévention, recherche, sanction. On attend bien sûr qu'il assure sa tâche étant tout à la fois impartial et compréhensif, sévère et attentif, efficace et soucieux d'éviter les crises ; tâches qui, en temps normal, relèvent davantage de l'administration classique que d'une autorité indépendante.

Il faut ajouter que chacune des cinq principales missions sus analysées n'a pas nécessairement un contenu homogène. Le Médiateur du cinéma et le Médiateur de la République font bien de la médiation, mais si le Médiateur du cinéma dispose d'un pouvoir d'injonction, il n'en est pas de même du Médiateur de la République. De même il y a peu d'éléments communs entre la Commission consultative du secret de la défense nationale et la Commission nationale de déontologie de la sécurité.

La mission de régulation présente, à première vue, une plus grande unité de contenu. Cependant il s'agit là d'une vue largement doctrinale, car à examiner les choses de plus près, on constate que les autorités ayant une mission de régulation sont loin d'avoir toujours les mêmes pouvoirs.

### **c) L'hétérogénéité des pouvoirs dont disposent les autorités administratives indépendantes**

Conséquence nécessaire de la diversité des missions qui sont confiées aux autorités administratives indépendantes, les pouvoirs dont celles-ci sont dotés sont très hétérogènes dans leur nature et leur étendue. Ces pouvoirs vont de l'avis ou de la recommandation au pouvoir de sanction, en passant par l'édition de mesures réglementaires, le pouvoir d'autorisation, d'investigation, d'injonction. Certaines autorités administratives indépendantes ne sont dotées que de l'un de ces pouvoirs ; d'autres, le plus souvent celles chargées d'une mission de régulation, bénéficient d'une gamme plus ou moins étendue de ces pouvoirs.

– Le pouvoir minimum confié aux autorités administratives indépendantes est celui d'émettre un avis, de formuler des propositions ou des recommandations. Plus ces autorités interviennent dans un domaine régalien de l'activité de l'État, moins elles ont de pouvoirs contraignants. Ainsi, la Commission consultative du secret de la défense nationale ou la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité ne peuvent que rendre des avis auxquels le ministre n'est pas obligé de se conformer.





En revanche, ces avis ont valeur d'avis conformes qui lient l'administration lorsque l'objet de protection des citoyens est plus directement en jeu sans que soit en cause un intérêt national ; ainsi en est-il des avis de la Commission des infractions fiscales, l'administration ne pouvant engager de poursuites pénales pour fraude du contribuable que sur avis conforme de ladite commission. De même, l'autorité ministérielle ne peut accorder certains dégrèvements fiscaux et postaux en cas d'avis défavorable de la Commission paritaire des publications et agences de presse<sup>130</sup>, ou des avis, nécessairement conformes, de la Commission des participations et des transferts, à propos du choix par le ministre du ou des acquéreurs et des conditions de cession, en cas d'opération de privatisation.

D'autres types d'avis sont entourés d'une telle solennité, notamment de par leur caractère public préalable à la décision de l'administration, avec le cas échéant publication au *Journal officiel*, qu'ils revêtent un poids particulier même s'ils ne lient pas formellement le Gouvernement. Ainsi en est-il des avis préalables de l'ART sur les tarifs du service universel ainsi que des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché, avant leur homologation par le ministre (art. L. 36-7.5 du Code des postes et télécommunications) ou des avis du CSA sur « *les cahiers des missions et des charges* » des radios et télévisions publiques.

– Le pouvoir de proposition peut lui aussi revêtir un poids certain ; ainsi du pouvoir de l'ART de proposer les charges du service universel que le ministre a pour mission ensuite de « constater » ou du pouvoir de la CRE de proposer au ministre le tarif d'utilisation des réseaux, ainsi que les charges du service public de la production.

– Plus contraignantes que les avis ou les recommandations, mais moins que les décisions individuelles, des injonctions peuvent être émises par certaines autorités<sup>131</sup>. Elles consistent à ordonner à l'intéressé d'adopter tel ou tel comportement. Dans certains cas, l'injonction s'apparente davantage à un rappel à l'ordre qu'à une mesure de portée décisionnelle<sup>132</sup>. Elles peuvent aussi constituer des décisions faisant grief, comme c'est le cas avec les injonctions du Conseil de la concurrence ou les mises en demeure formulées par la CNIL ou le CSA. L'autorité peut conforter la portée effective de son injonction en lui conférant une certaine publicité, comme c'est le cas pour le Médiateur du cinéma. Ce mécanisme de la mise en demeure et de l'injonction revêt une grande efficacité ; marque de son intérêt et de sa souplesse au regard de la sanction proprement dite. En 1999, le CSA a prononcé 80 mises en demeure ; 11 ont été suivies, quelques mois plus tard, d'une mesure de suspension et 6 d'une autre mesure de sanction.

---

130 - À noter que, s'agissant d'un traitement automatisé d'informations nominatives effectué pour le compte d'une personne publique ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, il ne peut être passé outre à l'avis motivé défavorable de la CNIL que par décret pris sur avis conforme du Conseil d'État.

131 - Sur les possibilités de mise en œuvre du pouvoir d'injonction, voir CE, 8 décembre 2000, *SNC Delubac et Cie, Banque Delubac et Cie*, n° 205165.

132 - N. Decoopman, *le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes* : JCP 1987, ed. G.I. 3 303.



– Le pouvoir de prendre des décisions individuelles, souvent créatrices de droit, attribué à des autorités administratives indépendantes se révèle multiforme. Il peut s’agir de délivrer l’autorisation d’exercer une activité : ainsi en va-t-il des agréments délivrés par la COB aux organismes gestionnaires pour le compte de tiers ou par le CECEI aux établissements de crédit et aux entreprises d’investissement ou des autorisations d’ouverture de grandes surfaces ou de « multiplex » par la CNEC. Il peut s’agir d’opérer l’attribution de ressources rares, telles que les fréquences de télécommunication, ou les numéros de téléphone. Il peut s’agir de mises au point (Commission des sondages), de mesures conservatoires (Conseil de la concurrence), ou même de nominations (CSA, avec la nomination des responsables des sociétés de programmes du secteur public). Les décisions individuelles peuvent parfois prendre une forme tacite : ainsi, le silence gardé pendant six mois par la Commission de contrôle des campagnes électorales et du financement politique sur un compte de campagne vaut approbation de ce compte. Enfin constituent des décisions individuelles les règlements des différends entre opérateurs réalisés par les autorités de régulation.

– Un pouvoir réglementaire délimité peut être confié par habilitation législative aux autorités administratives indépendantes, dans les conditions évoquées précédemment.

Certaines autorités de régulation importantes ne bénéficient pas de ce pouvoir. C’est le cas de la Commission bancaire et du CECEI (le pouvoir réglementaire étant confié en la matière à un organisme spécifique, le Comité de réglementation bancaire et financière, présidé par le ministre chargé de l’économie et des finances où les deux organismes sont représentés et qui, en fait, agit largement sous leur impulsion), du Conseil de la concurrence, de la Commission de contrôle des assurances, de la Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance...

La CNIL est, pour sa part, habilitée à émettre des normes simplifiées concernant les catégories courantes de traitements automatisés et des règlements-types en vue d’assurer la sécurité des systèmes. Quant à la Commission des sondages, elle est habilitée à « *définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des sondages* ».

D’une manière générale, on constate que, pour des raisons juridiques, déjà évoquées, ou politiques, ce n’est vraiment que lorsque le domaine est technique et nécessite, comme par exemple dans le secteur boursier, l’association de professionnels pour que la norme apparaisse légitime que la loi confie un tel pouvoir à un régulateur indépendant, et le plus souvent, sous réserve de l’homologation ministérielle. Tel est le cas pour la COB, le CMF, l’ART et la CRE...

– De nombreuses autorités ont un pouvoir d’investigation lié à la mission de contrôle qui leur est confiée. Dans certains cas c’est l’obligation faite par la loi aux « partenaires » de l’autorité de lui transmettre certaines informations qui lui permet de remplir sa mission : les organismes spécialisés en matière de sondage doivent déposer auprès de la Commission des sondages des notices informatives sur chaque enquête d’opinion effectuée ; les organismes privés effectuant des traitements automatisés comportant des informations nominatives doivent faire parvenir une déclaration préalable à la CNIL ; le CPLD est



informé des opérations de contrôle, des faits de dopage portés à la connaissance de l'administration ou des fédérations sportives ainsi que des sanctions prises par ces dernières.

Dans d'autres cas, la loi détermine la nature des informations que l'autorité est en droit d'obtenir des personnes soumises à son contrôle, ou de diverses sources et la formulation des textes est souvent extensive. C'est ainsi que, par exemple, la Commission de sécurité des consommateurs « *peut se faire communiquer tous les renseignements utiles à l'accomplissement de sa mission* »<sup>133</sup>.

Diverses autorités sont habilitées à ordonner des convocations ou à procéder à des auditions (Médiateur de la République,...) ou encore à procéder à des enquêtes sur pièces et sur place, par l'intermédiaire d'agents placés sous leur autorité ou de corps spécialisés d'enquêteurs ou d'inspecteurs (CNIL, COB, Conseil de la concurrence, Commission bancaire, Commission de contrôle des assurances, ART...).

Doivent, en revanche, être autorisées par une ordonnance motivée du président du TGI et se déroulent avec l'assistance des officiers de police judiciaire désignés à cet effet, les perquisitions domiciliaires ou la saisie de documents ou de pièces à conviction.

– Il y a enfin le pouvoir de sanction, dont le régime a été présenté précédemment et qui est encore à l'origine de bien des interrogations sur lesquelles on reviendra. On se bornera ici à relever le développement progressif de l'attribution d'un pouvoir de sanction à des autorités administratives indépendantes.

Ce développement est né tout à la fois, comme le relève Catherine Teitgen-Colly,<sup>134</sup> d'exigences de répression et d'exigences de régulation. Les premières autorités administratives indépendantes à avoir été dotées d'un « pouvoir répressif » ont été la COB en 1967 (pouvoir de prononcer la radiation de valeurs mobilières de la cote), la Haute autorité de la communication audiovisuelle en 1982 (pouvoir de suspendre l'autorisation d'exploiter un réseau câblé), puis le Conseil de la concurrence en 1986. La Commission bancaire, qui en 1984, a succédé à la Commission de contrôle des banques créée en 1941, a été expressément qualifiée, par le législateur de 1984, de juridiction lorsqu'elle exerce ses pouvoirs de sanction. C'est à partir de 1989 que le mouvement s'est accéléré au profit, notamment, de la COB puis du CMF, de l'ART et de la CRE.

Il existe en fait deux grandes catégories de sanctions<sup>135</sup> : les sanctions à caractère professionnel ou fonctionnel, apparues les premières, qui restreignent les capacités d'action des opérateurs concernés et peuvent même aboutir à leur cessation d'activité et les sanctions pécuniaires qui commencent

---

133 - Voir également, à propos du CSA, Article 19 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée.

134 - *Petites Affiches*, 17 janvier 1990, p. 25.

135 - *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 décembre 1994, Documentation française, 1995.



à apparaître dans les années 1980 <sup>136</sup>. Au titre des premières, on peut citer : « *l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis* » que peut prononcer la COB à l'encontre des prestataires de services d'investissements ou le retrait ou la suspension de l'autorisation octroyée aux exploitants de réseaux ou fournisseurs de services, qui peut être prononcé par l'ART. Au titre des secondes, on peut citer les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence (qui peut infliger une amende pouvant atteindre 5 % du chiffre d'affaires hors taxe d'une entreprise) ainsi que par le CSA ou la COB...

À noter que toutes les autorités administratives indépendantes, qu'elles aient ou non un pouvoir propre de sanction, doivent, comme toute autorité administrative, saisir le parquet, sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale, de tout fait pénalement répréhensible au regard des dispositions législatives dont il leur incombe de contrôler le respect <sup>137</sup>.

Encore une fois, l'idée maîtresse à retenir est celle d'une combinaison variable de ces pouvoirs au sein de chaque autorité.

Une autorité peut ne détenir que l'un des pouvoirs inventoriés. Elle peut aussi en détenir plusieurs, voire tous. Il n'est pas possible d'établir une typologie significative des autorités administratives indépendantes selon la gradation des pouvoirs qu'elles détiennent. On peut seulement relever une ligne de partage entre les autorités de régulation qui, en raison de leur mission même, disposent, pour la plupart, d'une gamme étendue d'outils juridiques et les autres autorités. On peut d'ailleurs ajouter que les pouvoirs de ces autorités administratives indépendantes débordent du cadre juridique pour relever de l'incitation, de la persuasion, de l'information, autant d'éléments qui fondent à la fois l'influence et la confiance.

#### **d) L'hétérogénéité des statuts des autorités administratives indépendantes**

Aussi significative que l'hétérogénéité des pouvoirs des autorités administratives indépendantes est celle de leurs statuts : pour ce qui concerne à la fois l'importance du collège, la fonction de président, le régime de désignation des membres de l'autorité, la durée et les conditions d'exercice du mandat, les prérogatives des ministres à l'égard de l'institution.

##### ***L'importance du collège***

Si les autorités administratives indépendantes françaises présentent la caractéristique commune d'être des instances collégiales, à trois exceptions seulement – celles des médiateurs : Médiateur de la République, Médiateur du cinéma, Défenseur des enfants – pour lesquelles la fonction se prête bien à

---

136 - Ces sanctions professionnelles doivent être distinguées des décisions par lesquelles ces mêmes autorités sont amenées à retirer des agréments ou des autorisations qu'elles ont octroyés, lorsque les conditions d'octroi ne sont plus remplies.

137 - Sur un refus de la CNIL de faire application de l'article 40 du Code de procédure pénale voir CE, Section, 27 octobre 1999, *Solana*, p. 333.



son exercice par une personne unique, il est frappant de constater la composition très variable de ces collèges, sans que l'on puisse toujours cerner le motif qui a pu guider le législateur.

Ainsi déjà du nombre des membres du collège qui va de 3, pour la Commission de contrôle des interceptions de sécurité, à 21 pour la Commission paritaire des publications et agences de presse. On peut penser que le chiffre de 3 retenu pour la première autorité citée l'a été pour des raisons de confidentialité, comme celui de 5 fixé pour la Commission consultative du secret de la défense nationale et que pour la seconde, c'est le souci de répondre aux exigences du pluralisme. On peut estimer, de façon générale, que c'est la même exigence d'associer le maximum de parties prenantes, en termes, soit de courants de pensée, soit de capacités d'expertise, soit de représentation des intérêts concernés qui explique les collèges nombreux comme celui de la CNIL (17), du Conseil de la concurrence (17), du Conseil des marchés financiers (15), du Comité d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (15), ou encore celui du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (11).

La majorité des autorités administratives indépendantes ont des collèges qui se situent entre ces deux formules extrêmes, avec 5 à 10 membres, la fourchette haute étant, au demeurant, le plus souvent pratiquée (9 membres au CPLD, 10 à la CADA et à la COB...). Les chiffres mesurés de 5 ou 6 membres (ART, CRE, Commission bancaire, Commission de contrôle des assurances,...) se trouvent de ce fait une exception.

### *La fonction de président du collège*

Toutes ces autorités ont, bien sûr, un président qui anime le collège et dirige les services et peut se distinguer des autres membres par son mode de désignation, la durée de son mandat ou l'exercice de certaines prérogatives. Ce président peut être désigné *ès qualité*, cas du gouverneur de la Banque de France qui préside de droit la Commission bancaire ou le CECEI. Il peut être le membre émanant de tel organisme ou institution ; ainsi le membre du Conseil d'État, élu par l'Assemblée générale du Conseil d'État comme membre du Conseil supérieur de l'AFP, préside cette autorité ; de même les membres du Conseil d'État désignés respectivement membre de la CNEC, de la Commission de contrôle des assurances, du Conseil de discipline de la gestion financière, du CPLD, de la Commission paritaire des publications et agences de presse, du Comité des infractions fiscales..., président ces autorités et le magistrat de l'ordre judiciaire désigné à la Commission des clauses abusives préside celle-ci. Le plus souvent le président est choisi par l'autorité disposant du pouvoir de nomination ; mais ce choix peut être encadré, ainsi le président de la Commission nationale de contrôle des entreprises de sécurité est désigné sur une liste de quatre noms établie conjointement par le Vice-président du Conseil d'État et le Premier président de la Cour de cassation. Enfin, le président peut être élu au sein du collège. C'est le cas du président du CMF, de celui de la CNIL (ainsi que des deux vice-présidents de cette autorité), de la Commission de contrôle de campagnes électorales et des financements politiques.

Ce président fixe l'ordre du jour des réunions du collège et a généralement voix prépondérante en cas de partage des voix (cas de la CNIL, de la COB, de



la CNEC, du CSA, du CECEI...). Il exerce l'autorité sur les services de l'institution, même s'il n'a pas toujours le pouvoir de nomination de la personnalité qui dirigera ces services. Si, en effet, s'agissant notamment des dernières autorités administratives indépendantes instituées, comme l'ART et la CRE, il est le plus souvent prévu que le président nomme le responsable des services, il existe des exceptions notables. C'est ainsi un décret du Président de la République qui est prévu pour la nomination du directeur général des services du CSA et le rapporteur général du Conseil de la Concurrence est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie, il est vrai sur proposition du président dudit conseil<sup>138</sup>. Le président peut aussi disposer de pouvoirs propres ou de pouvoirs dont il est expressément prévu que le collège peut les lui déléguer. Ces pouvoirs propres consistent le plus souvent en pouvoirs touchant à la procédure d'instruction des affaires ; ainsi, le président du Conseil de la Concurrence peut décider qu'une affaire sera portée devant la Commission permanente, sans établissement préalable d'un rapport et il peut refuser la communication de pièces mettant en cause le secret des affaires. Mais ils peuvent consister dans le pouvoir de saisir le juge compétent aux fins de prononcer une injonction ou une sanction. Ainsi le président du CSA peut demander au président de la Section du contentieux du Conseil d'État d'ordonner, sous injonction, à un défendeur de se mettre en conformité avec la loi. Au titre des possibilités de délégations de pouvoirs par le collège, on peut citer la COB et la CNIL : la COB peut déléguer au président le pouvoir de viser les documents destinés à l'information du public et d'agréeer les organismes de placements collectifs en valeurs mobilières et les gérants de portefeuilles ; la CNIL peut déléguer au président la délivrance de récépissés, les avertissements, la dénonciation des infractions, la réponse aux plaintes...

Ce président peut avoir un statut distinct des autres membres, ainsi le président de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires et le président de la COB sont nommés à temps plein sur un emploi public correspondant, alors que les autres membres n'occupent pas d'emplois publics. Au Conseil de la concurrence, cette situation particulière concerne outre le président, deux vice-présidents. Le président de la COB est, au surplus, nommé pour un mandat de six ans non renouvelable tandis que les neuf autres membres de cette autorité administrative indépendante sont nommés pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois.

### ***Le mode de désignation des membres des autorités administratives indépendantes***

On constate que, conformément à l'article 13 de la Constitution, les membres des autorités administratives indépendantes occupant un emploi public permanent sont nommés par décret. Ce décret est en général un décret simple du Président de la République ; mais, dans certains cas, un décret en conseil des ministres est expressément prévu<sup>139</sup>. S'agissant des membres n'occupant pas un emploi public, les modes de nomination sont plus divers : décret du Prési-

---

138 - Ce mode de nomination n'est pas sans poser une question de principe au regard de l'indépendance de l'autorité administrative indépendante.



dent de la République, en conseil des ministres ou non, décret du Premier ministre, arrêté ministériel.

Sont ainsi nommés par décret en conseil des ministres : deux des trois médiateurs, le Médiateur de la République et le Défenseur des Enfants, (le Médiateur du cinéma est nommé par décret du Premier ministre) ; le président de la Commission des opérations de bourse ; les quinze membres du Conseil national de l'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel ou professionnel ; le président et cinq membres de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, les neuf membres de la Commission des sondages.

Sont nommés par décret simple du Président de la République l'ensemble des membres du CSA, de la CNEC, de la Commission des infractions fiscales, du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage, du Conseil de la concurrence, de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Il en va de même pour le président de la Commission de sécurité des consommateurs, un des trois membres de la CNCIS, trois des cinq membres de l'ART, trois des cinq membres de la Commission consultative du secret de la défense nationale, trois des six membres de la CRE, cinq des dix-sept membres de la CNIL...

Sont également nommés par décret, mais du Premier ministre, outre le Médiateur du cinéma déjà évoqué, les membres du Conseil de la concurrence qui n'occupent pas un emploi public, c'est-à-dire les membres autres que le président et les trois vice-présidents, les sept membres de la Commission des participations et des transferts, quatre membres de la CADA...

Encore faut-il préciser que tant le Président de la République que le Premier ministre ne sont pas libres dans le choix de nombreux membres d'autorités administratives indépendantes qu'ils nomment par décret. Plusieurs hypothèses se présentent.

Il existe des membres de droit nommés formellement par décret : c'est le cas du Vice-président du Conseil d'État, du Premier président de la Cour de cassation et du Premier président de la Cour des comptes qui sont membres de droit de la Commission pour la transparence financière de la vie politique et de la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du Président de la République.

De nombreux membres nommés par décret le sont sur proposition ou désignation par d'autres autorités, sans que l'on puisse déterminer précisément la différence entre proposition et désignation : les neuf membres du CSA sont désignés par nomination, respectivement par le Président de la République,

---

139 - On rappellera qu'en vertu de l'article 13 de la Constitution, il n'est pourvu en conseil des ministres qu'aux emplois énumérés audit article 13 et à ceux déterminés par une loi organique. L'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires renvoie, à son article 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> alinéa, à un décret en conseil des ministres le soin de dresser la liste des emplois de direction dans les établissements publics, les entreprises publiques et les sociétés nationales dont l'importance justifie cette nomination par décret en conseil des ministres. Elle ne prévoit une exception que pour « *les emplois pour lesquels cette procédure est actuellement prévue par une disposition législative ou réglementaire particulière* ».



le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale ; le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat proposent le nom de deux personnalités qualifiées à la CNIL ; le Vice-président du Conseil d'État, les Premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes proposent la nomination de six membres de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, des neuf membres de la Commission des sondages, de quatre membres de la CADA et des trois membres de la Commission consultative du secret de la défense nationale.<sup>140</sup>

**D'autres membres d'autorités administratives indépendantes sont nommés par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, ou encore par le Président du Conseil économique et social.**

– Le Président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat nomment chacun un membre au sein de l'ART, de la CRE,<sup>141</sup> de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, de la CNEC, de la CNCIS, de la COB, de la Commission consultative du secret de la défense nationale (qui sont nécessairement des parlementaires), de la CADA. Ils désignent, en plus, conjointement un autre membre de la CADA.

– Le Président du Conseil économique et social, pour sa part, nomme un membre de la CRE et un de la COB.

**Un certain pouvoir de nomination est confié à des ministres qui agissent par arrêté, le plus souvent après consultation des organisations professionnelles concernées ou des Présidents des hautes instances juridictionnelles, quelquefois pour la nomination de membres de droit.**

– C'est ainsi le ministre chargé de l'économie qui nomme les seize membres du Conseil des marchés financiers, soit quatorze après consultation des organisations professionnelles ou syndicales représentatives des activités financières, les deux autres étant « *des personnalités qualifiées* ». Le même ministre nomme également tous les membres de la Commission de contrôle des assurances dont trois sur proposition du Vice-président du Conseil d'État et des Premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes.

---

140 - L'illustration la plus flagrante des contraintes pesant sur le choix des membres d'une autorité administrative indépendante nommés par décret du Président de la République semble être le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage, dans lequel siègent obligatoirement trois membres des juridictions administratives et judiciaires choisis par le Vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour des comptes et le procureur général près la Cour de cassation ; trois personnalités choisies pour leurs compétences respectivement par le président de l'Académie nationale de pharmacie, le président de l'Académie des sciences et le président de l'Académie nationale de médecine ; enfin trois personnalités qualifiées dans le domaine du sport, à savoir un sportif de haut niveau désigné par le président du Comité national olympique et sportif français, un membre du conseil d'administration de ce comité désigné par son président et enfin une personnalité désignée par le président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Au total, neuf membres dont le Président de la République entérine, par décret, la désignation.

141 - On notera, s'agissant de la CRE et de l'ART dont les membres sont permanents et occupent donc un emploi public, la particularité de ce mode de nomination, alors que l'article 13 de la Constitution réserve au Président de la République la nomination aux emplois civils et militaires de l'État, sauf délégation au Premier ministre dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 précitée.





Il nomme quatre des six membres de la Commission bancaire, les deux autres étant, de droit, le gouverneur de la Banque de France et le directeur du Trésor. Il nomme également sept des neuf membres du Conseil de discipline de la gestion financière, un autre étant désigné par le Vice-président du Conseil d'État et un autre par le président de la COB.

– Le ministre chargé de la consommation nomme, pour sa part, les membres de la Commission de sécurité des consommateurs.

– Le ministre chargé de la communication nomme les membres de la Commission paritaire des publications et agences de presse.

**Enfin, certaines autorités administratives indépendantes connaissent des modes de désignation originaux de leurs membres.**

L'élection est pratiquée pour quelques rares autorités administratives indépendantes. Ainsi, outre les cinq membres nommés par décret, dont deux sur proposition des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, la CNIL est composée de membres élus, quatre au sein du Parlement, deux au sein du Conseil économique et social, deux au sein de l'Assemblée générale du Conseil d'État, deux au sein de l'Assemblée générale de la Cour des comptes et deux au sein de l'Assemblée générale de la Cour de cassation. De même, sont élus par ces mêmes assemblées générales, à raison de deux pour chacune, six membres de la Commission pour la transparence financière de la vie politique. Deux membres du Conseil supérieur de l'AFP sont élus, l'un par l'Assemblée générale du Conseil d'État et l'autre par celle de la Cour de cassation. Des membres d'autorités administratives indépendantes sont désignés par les présidents d'autres institutions, voire par des organisations professionnelles. Ainsi, au sein de la COB, siège un membre désigné par le gouverneur de la Banque de France et un désigné par le Conseil national de la comptabilité. Les membres non élus du Conseil supérieur de l'AFP sont désignés par des organisations professionnelles.

***– Les membres des autorités administratives indépendantes doivent le plus souvent être choisis en raison de leur profil professionnel***

Pour la quasi-totalité des autorités administratives indépendantes, les personnalités nommées doivent être choisies soit à raison des fonctions qu'elles exercent dans certaines institutions, soit des catégories socio-professionnelles auxquelles elle appartiennent ou de compétences qu'elles détiennent dans un domaine particulier, expressément définies par la loi instituant chaque autorité.

Un exemple très clair de ces contraintes est fourni par la Commission nationale d'équipement commercial : la majorité des membres se trouvent choisis en raison de leur corps d'origine (Conseil d'État, Inspection générale des finances, Cour des comptes et Inspection générale de l'équipement ou de la culture) et les autres doivent l'être pour leurs compétences en matière de distribution, de consommation, d'aménagement du territoire ou d'emploi ou encore de distribution cinématographique.

S'agissant des institutions d'origine, le Conseil d'État, la Cour des comptes, la Cour de cassation et, dans une moindre mesure, l'Inspection générale des



finances, constituent la ressource au sein de laquelle les textes obligent à puiser. Il faut par ailleurs noter que tous les membres d'autorités administratives indépendantes désignés par les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ne sont pas nécessairement des parlementaires. Les textes relatifs à la CADA, la CNIL et la Commission consultative du secret de la défense nationale font, de ce fait, figure d'exception en prévoyant explicitement que des députés et sénateurs siègent en leur sein.

S'agissant de la nature des compétences requises, elle est pour chaque autorité administrative indépendante fonction du secteur d'activité concerné. Si cette règle est une constante, la précision des compétences requises est variable. La formule la plus générale prévoit que doivent être désignées des « *personnalités qualifiées* » pour leur connaissance de l'activité objet de la régulation ou de la médiation pratiquée par l'autorité administrative indépendante en cause.

La consultation des « *organisations professionnelles* », lorsqu'elle est prévue, a aussi pour objet de sélectionner les membres d'autorités administratives indépendantes à raison de leur connaissance du milieu professionnel concerné.

Des qualifications particulières sont exigées pour tout ou partie des membres de certaines autorités administratives indépendantes. Ainsi, au sein du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage, trois membres doivent avoir compétence dans les domaines de la pharmacologie, de la toxicologie et de la médecine du sport. Des compétences en matière d'aéronautique ou d'environnement sont expressément exigées des membres de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires. Plusieurs membres du CMF doivent être fournisseurs ou acheteurs d'instruments financiers.

#### ***– La durée et les conditions d'exercice et de renouvellement des mandats sont variables***

Quatre paramètres principaux entrent en ligne de compte pour dessiner le profil d'un mandat au sein d'une autorité administrative indépendante : la durée du mandat, son caractère renouvelable ou non, l'existence ou non d'une obligation de se consacrer à plein temps aux fonctions au sein de l'autorité administrative indépendante, et enfin, corrélée à ce dernier paramètre surtout, l'importance des incompatibilités fixées par la loi entre l'exercice du mandat et d'autres fonctions.

En effet, quelques règles sont communes à tous les mandats dans une autorité administrative indépendante.

La règle générale et implicite est l'absence d'obligation de se consacrer à plein temps au mandat ; les exceptions sont signalées et cela se comprend ; les personnes qui doivent se consacrer à temps plein au mandat sont nommées de ce fait sur un emploi public et rémunérées à ce titre. De plus en plus, il est prévu que les membres d'une autorité administrative indépendante doivent faire connaître les intérêts qu'ils détiennent dans le secteur soumis à la régulation de l'autorité à laquelle ils appartiennent et ils ne doivent pas délibérer dans une affaire où ils ont un intérêt. Cette exigence déontologique visant à éviter le conflit d'intérêts est accrue dans certains cas et peut déboucher sur



une incompatibilité ; ainsi entre l'appartenance à la CNIL et la détention d'une participation dans une entreprise de fabrication de matériels utilisés en informatique ou en télécommunications ou de fournitures de services en informatique ou en télécommunications ; ainsi, également, entre l'appartenance à l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires et la détention directe ou indirecte d'intérêts dans une entreprise des secteurs aéronautiques ou aéroportuaires ; les membres de la Commission de contrôle des assurances ne peuvent percevoir une rémunération d'une entreprise d'assurance durant leur mandat et pendant les cinq ans qui suivent.

Une autre règle est l'obligation de respecter le secret professionnel. Cette obligation est expressément rappelée pour les membres qui ne sont pas déjà soumis à cette obligation en vertu de leur statut d'agent public et lorsque la méconnaissance de cette obligation est sanctionnée pénalement (ainsi les membres du Conseil de discipline de la gestion financière, du CPLD ou du CECEI).

Une autre contrainte, parfois fixée par les textes instituant les autorités administratives indépendantes, est la limite de 65 ans qui s'impose pour la nomination de la plupart des membres, mais ne fait pas obstacle à ce que les mandats entamés avant cet âge soient poursuivis jusqu'à leur terme normal (cas du CSA et de l'ART). Dans le cas de membres non permanents, cette règle n'est pas d'une opportunité évidente.

Enfin, en contrepartie de ces contraintes, une protection générale est accordée aux membres d'autorités administratives indépendantes tenant à l'irrévocabilité de leur mandat, garantie de leur indépendance.

S'agissant de la durée des mandats et de leur caractère renouvelable ou non, deux types de mandat peuvent être distingués : les mandats courts et renouvelables ; les mandats plus longs pour lesquels la règle est l'impossibilité de renouvellement et qui sont accompagnés d'incompatibilités spécifiques.

Les mandats courts et généralement renouvelables vont, le plus souvent, de trois à cinq ans :

– Les mandats de trois ans sont expressément renouvelables au sein de la Commission paritaire des publications et agences de presse, du Conseil supérieur de l'AFP, de la CADA, de la Commission des clauses abusives. Le mandat de même durée (à l'exception du président) est renouvelable une fois pour les membres de la Commission de sécurité des consommateurs. S'agissant de la Commission des infractions fiscales et de la Commission des sondages, le caractère renouvelable peut être présumé en l'absence de clause expressément contraire ;

– Le mandat de quatre ans du Médiateur du cinéma est expressément renouvelable, celui des membres de la COB (à l'exception du président) ainsi que celui de tous les membres du Conseil des marchés financiers l'est une fois. Le mandat de même durée des membres du Conseil de discipline de la gestion financière peut être présumé renouvelable en l'absence de clause expressément contraire ;



– Le mandat de cinq ans du président de la Commission de sécurité des consommateurs est renouvelable une fois. Les textes n’interdisent pas explicitement le renouvellement du mandat des membres de la CNIL et de la Commission de contrôle des assurances.

– Les mandats de six ans ne peuvent, en règle générale, être renouvelés (CSA, CNEC, ART, CRE...), le Conseil de la concurrence faisant là figure d’exception. Certains de ces mandats doivent être exercés à plein temps comme ceux des membres du CSA, de l’ART et de la CRE. Il font l’objet d’un régime d’incompatibilités très strict et notamment de l’interdiction de l’exercice parallèle d’un mandat politique, en particulier pour ce qui est de la CRE, dont les membres sont interdits de tout mandat électif communal, départemental, régional, national ou européen et ne peuvent non plus être membres du Conseil économique et social.

Il convient, enfin, de signaler l’extension progressive de la formule du renouvellement différencié des membres de ces autorités, soit par moitié (CMF, ACNUSA...), soit par tiers (CSA, CPLD, ART, CRE...).

***– Les prérogatives des ministres et de leurs services à l’égard des autorités administratives indépendantes sont variables***

Par principe, les ministres ne disposent pas de pouvoir d’autorité au sens strict du terme à l’égard des autorités administratives indépendantes, en tout cas pas de pouvoir hiérarchique et pas de pouvoir de tutelle.

Mais cela ne clôt pas, pour autant, la question de l’éventuel exercice de prérogatives par les ministres et leurs services à l’égard des autorités administratives indépendantes. Et il n’est question à ce stade du raisonnement, ni du pouvoir de pression que peuvent exercer les ministres à l’égard des autorités administratives indépendantes en matière de moyens humains et financiers – problème qui sera examiné plus tard – ni du pouvoir de contrôle de légalité déjà évoqué. Il s’agit de la possibilité donnée aux ministres d’être plus ou moins présents dans le fonctionnement même des autorités et ainsi de faire apparaître leur propre vue sur les affaires que les autorités administratives indépendantes traitent.

Cette possibilité se concrétise juridiquement par l’existence d’un commissaire du Gouvernement auprès de l’autorité administrative indépendante, prévue par les textes dans une dizaine de cas, essentiellement dans les secteurs économiques et financiers, mais pas seulement.

Il y a un commissaire du Gouvernement de droit auprès de la Commission de contrôle des assurances (le directeur du Trésor), du Conseil de la concurrence (le directeur général de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes) de la CNIL (une personne désignée par le Premier ministre), du CMF, du Conseil de discipline de la gestion financière (désigné par le ministre chargé de l’économie et des finances), de la Commission de sécurité des consommateurs (désigné par le ministre chargé de la consommation), de la CNEC (désigné par le ministre du Commerce, par le ministre de la Culture ou par le ministre chargé du Tourisme selon la nature des demandes), de la CRE (désigné par le ministre chargé de l’Énergie).



Les pouvoirs de ces commissaires du gouvernement sont variables. Dans certains cas, le commissaire assiste aux séances, sans voix délibérative, et peut être simplement entendu pour faire valoir le point de vue du Gouvernement, comme au Conseil de la concurrence, ou rapporter les dossiers comme devant la CNEC. Il lui est parfois reconnu la possibilité de faire inscrire une question à l'ordre du jour ; ainsi le commissaire du Gouvernement près la CRE peut faire inscrire à l'ordre du jour toute question intéressant la politique énergétique, la sécurité ou la sûreté des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité ou toute question entrant dans les compétences de la CRE. Dans d'autres cas, il a le droit de demander à l'autorité administrative indépendante une seconde délibération : tel est le cas, sous dix jours, à la CNIL, sous quatre jours devant la Commission de sécurité des consommateurs, sous trois jours au CMF. Le commissaire se retire toujours lorsque le collège délibère sur les décisions individuelles.

Le ministre se voit par ailleurs reconnaître, dans un grand nombre de cas, un pouvoir d'homologation des règlements pris par les autorités administratives indépendantes, cas par exemple des règlements de la COB, de l'ART, de l'ACNUSA...

## 2.3. Les éléments d'appréciation

Il ne saurait être question pour le Conseil d'État, dans le cadre de cette étude, de se prononcer sur la manière dont les autorités administratives indépendantes existantes ont assumé leurs missions. Un jugement global serait en toute hypothèse dépourvu de sens dès lors que les autorités administratives indépendantes recensées n'ont pas, comme il a été abondamment souligné, de fonctions et de pouvoirs identiques, qu'elles interviennent dans des domaines très divers et au surplus ont été créées à des dates très différentes.

Au surplus, chaque autorité administrative indépendante n'est qu'un maillon d'un droit sectoriel et l'appréciation portée sur son action est indissociable de l'évaluation de la pertinence globale de ce droit. C'est particulièrement vrai dans les secteurs de la banque, des assurances et des marchés financiers où les partages de compétences opérés par les textes en vigueur, qui ne sont d'ailleurs pas homogènes, ne facilitent pas l'appréciation de l'exercice de ses responsabilités par chacun des intervenants. D'une manière générale enfin, l'objet de cette étude n'est ni de porter un jugement sur la conception d'ensemble de chaque droit sectoriel, ni de dresser un palmarès des autorités administratives indépendantes existantes, mais de retirer quelques enseignements de l'observation de ces institutions.

On versera au débat les éléments de réflexion ci-après, tenant à diverses données à prendre en compte si l'on veut apprécier la façon dont une autorité assure sa mission, et aux conséquences de la création progressive d'autorités administratives indépendantes sur le rôle et le fonctionnement des administrations centrales.



S'agissant de savoir si une autorité administrative indépendante accomplit effectivement sa mission légale, la question est a priori plus facile à résoudre lorsque cette autorité administrative indépendante n'a pas de pouvoir d'auto-saisine (par exemple la CNEC, la CADA ou la Commission des infractions fiscales). Il suffit d'examiner dans quelles conditions, dans quel délai, et avec quelles conséquences objectives, elle a traité les questions qui lui étaient effectivement posées. L'appréciation peut être objectivement portée. À la condition, du moins, que les objectifs assignés à cette autorité soient suffisamment clairs. Ce qui n'est pas toujours le cas. Quelquefois on demande à l'autorité administrative indépendante la quadrature du cercle.

Ainsi la CNEC doit notamment prendre en compte « *l'effet potentiel* » d'un projet de création de grande surface sur « *l'équilibre souhaitable entre les différentes formes de commerce* » ou « *la nécessité d'une concurrence suffisante au sein de chaque forme de commerce et d'artisanat* ». En outre, la réticence des préfets à faire appel des décisions favorables intervenues parallèlement à des décisions défavorables empêche la CNEC d'avoir une approche d'ensemble des décisions à prendre dans un secteur. Si en matière de « *multiplex* », la situation devrait être réglée dans le cadre du projet de loi portant sur les nouvelles régulations économiques <sup>142</sup> par une disposition, au demeurant assez originale, prévoyant de confier au Médiateur du cinéma, c'est-à-dire à une autre autorité administrative indépendante, le soin de faire appel devant la CNEC des décisions favorables des commissions départementales, il n'en est pas de même en matière de commerce de détail.

– L'appréciation sur la façon dont l'autorité administrative indépendante accomplit sa mission est plus délicate si elle est investie d'une mission de surveillance et de contrôle d'un secteur avec pouvoir de prendre des initiatives à cet égard. Il n'est cependant guère douteux que l'autorité administrative indépendante a, en tout cas, une obligation de moyens. Un grief de carence risque dès lors d'être formulé à son égard, en cas de manquement marqué à une règle qu'elle a pour mission de faire respecter, comme cela a pu être le cas récemment pour la Commission bancaire ou la Commission de contrôle des assurances. L'hypothèse d'un tel grief – qui d'ailleurs pourrait aussi concerner, dans le domaine sensible et fortement médiatisé du sport, le CPLD, qui peut de sa propre initiative, réformer toute décision de sanction ou de relaxe prise par l'organe disciplinaire d'une fédération – ne saurait être perdue de vue par l'autorité elle-même.

– Il peut y avoir un décalage entre les ambitions initiales du législateur et l'évolution technologique, rendant la mission de l'autorité administrative indépendante quasi-impossible. Ainsi en est-il du contrôle confié à la CNIL sur les traitements informatiques : la CNIL est consciente qu'une masse importante des traitements informatiques qui devraient donner lieu à déclaration auprès d'elle pour contrôle ne sont pas déclarés. Elle ne peut que constater qu'elle n'a pas les moyens de procéder à des contrôles systématiques permettant d'obtenir un respect intégral des dispositions de la loi de

---

142 - Projet de loi portant sur les nouvelles régulations économiques, n° 2250, déposé le 15 mars 2000 à l'Assemblée nationale.



1978 qui se révèlent au demeurant, sur ce point, en large partie dépassées et que la transposition en droit interne de la directive européenne du 24 octobre 1995 doit permettre de rendre plus réalistes<sup>143</sup>. Il en est de même de la Commission des sondages, chargée de veiller au respect des dispositions de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication de certains sondages d'opinion et notamment de l'article 11 de ladite loi qui interdit la diffusion et le commentaire de tout sondage pendant la semaine précédant chaque tour de scrutin. La commission n'a pas manqué de relever que cette dernière disposition a perdu beaucoup de sa pertinence avec le développement des médias informatiques. Mais il n'est pas en son pouvoir de remédier au décalage entre le droit et le fait, pas plus que cela n'a été possible au juge administratif<sup>144</sup>.

– De façon plus prosaïque, mais bien réaliste, il convient de relever que les autorités administratives indépendantes, comme toute institution, ne peuvent assumer leur mission que pour autant qu'on leur en donne les moyens. Et on verra que plusieurs d'entre elles apparaissent clairement insuffisamment dotées ; il ne peut être ainsi fait grief au Conseil de la concurrence de peiner à résorber un certain retard dans le traitement des dossiers dont il est saisi, dès lors que les emplois budgétaires dont il est doté ne dépassent pas, au 31 décembre 2000, 25 et qu'il doit, pour le reste, négocier des mises à disposition, lentes à venir, de l'administration des finances. Et que dire des cas où le Gouvernement tarde même à composer le collège d'une autorité dont il a pourtant accru récemment la responsabilité, comme la CNEC ? Lors du renouvellement du mandat de la moitié des huit membres du collège, qui venait à expiration le 26 décembre 1999, les décrets de nomination ne sont intervenus que le 22 février 2000 pour trois membres et le 25 août 2000 pour le quatrième ; la CNEC a dû interrompre ses travaux pendant deux mois, prenant un retard qu'elle n'avait pas résorbé en fin d'année et alors qu'elle est censée statuer dans un délai de quatre mois à compter de sa saisine.

De même, la Commission de contrôle des campagnes électorales et des financements politiques ne peut pas, comme le relevait récemment son président, « en l'absence de pouvoir d'investigation » et « avec les moyens en hommes et en argent dont elle dispose », « faire un contrôle sérieux de la gestion des partis politiques »<sup>145</sup>.

– On ne peut également ignorer que les inflexions de jurisprudence auxquelles a été amené à procéder le juge, administratif comme judiciaire, ont pu avoir un effet sensible sur le fonctionnement de certaines autorités administratives indépendantes ; ainsi la COB, dont certains pouvoirs ont été pratiquement inutilisables pendant toute une période. De même, le CSA a été amené à tirer les conséquences d'une décision du Conseil d'État du 20 octobre 2000<sup>146</sup> qui précise les modalités selon lesquelles les organismes

---

143 - Directive européenne du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; voir sur cette transposition le rapport au Premier ministre, *Données personnelles et société de l'information*, établi par un groupe de travail présidé par Guy Braibant, Documentation française.

144 - CE, Section, 2 juin 1999, *Meyet*, p. 161.

145 - Interview de Jacques Bonnet, *le Monde*, 9 décembre 2000.

146 - CE, Section, 20 octobre 2000, *Sté Habib Bank Ltd*, n° 180122.



investis d'un pouvoir de sanction peuvent s'auto-saisir dans le respect du principe d'impartialité et à ne pas donner suite à plusieurs procédures de sanction pour pratiques relevant, à ses yeux, de la publicité clandestine <sup>147</sup>. Il n'est pas possible de mettre au débit de ces autorités les difficultés qu'elles ont rencontrées de ce fait et qui ne peuvent pas toujours être surmontées par la seule modification de leur pratique ou de leur règlement intérieur.

– La plus ou moins grande utilisation, par une autorité administrative indépendante, de ses pouvoirs de sanction – comme cela a pu être relevé à propos du CSA qui, de 1989 à 1994, a sévi en infligeant 130 MF d'amende aux opérateurs, alors que de 1995 à 2000, il n'a prononcé des sanctions qu'à hauteur de moins de 4,2 MF – n'est en soi un critère ni de sa capacité à détecter les manquements aux règles qu'elle a pour charge de faire respecter ni d'une meilleure façon de régler les problèmes. Cela reflète plutôt une évolution sans le temps de la méthode de régulation, sans qu'une méthode soit nécessairement meilleure que l'autre. L'usage comme le non-usage de la sanction ont leurs avantages et leurs inconvénients. Une régulation efficace suppose, en effet, que le régulateur soit respecté et craint et sache, le cas échéant, sanctionner. Les opérateurs attendent dans l'ensemble que les manquements ne restent pas sans sanction. Si dès lors la méthode douce doit avoir sa place, elle ne saurait être exclusive.

– La question de savoir si l'écho donné par les médias à une autorité administrative indépendante est un indicateur utile de son impact n'est pas simple. Il est clair que les médias ne s'intéressent pas également à toutes ces institutions et que certaines ressentent beaucoup plus fortement que d'autres le besoin, ou simplement l'utilité, de s'exprimer dans les médias en raison de la nature même de leur mission, de la conception qu'elles ont de leur rôle ou des difficultés auxquelles elles se heurtent.

**Il convient aussi de s'interroger sur les conséquences de la création progressive, par le législateur, d'une trentaine d'autorités administratives indépendantes sur le rôle et le fonctionnement des administrations centrales.** Ces conséquences ne semblent pas univoques. Certes, il y a eu perte d'attributions, en particulier pour les administrations intervenant dans le domaine économique et financier ; mais cette perte porte, en très large partie, sur des attributions de caractère opérationnel, qui ne relèvent pas nécessairement des responsabilités mêmes des administrations centrales de l'État, dès lors que l'objectif est de recentrer l'État sur ses responsabilités stratégiques, comme cela a été affirmé à plusieurs reprises dans le cadre d'orientations gouvernementales sur la réforme de l'État. La création d'autorités administratives indépendantes peut, en réalité, conduire les administrations centrales concernées à se consacrer plus pleinement et plus efficacement à l'exercice des responsabilités qui sont de leur ressort. Il n'est, dès lors, pas évident d'affirmer que ces administrations aient été durablement affectées en profondeur.

---

147 - Communiqué n° 437 du 4 déc. 2000.





D'ailleurs, dans de nombreux cas, la création d'une autorité administrative indépendante n'a eu qu'une incidence marginale sur l'organisation et le fonctionnement des administrations traditionnelles. Ainsi en est-il des autorités dont la mission de garant de l'impartialité de la puissance publique reste ponctuelle et peut s'exercer sans services propres.

Plus problématique est certainement le cas de l'autorité administrative indépendante dont la création vient, en quelque sorte, consacrer une certaine impuissance de l'administration et qui va, pour partie, se substituer à celle-ci ; comme c'est le cas du Comité de prévention et de lutte contre le dopage. Il peut y avoir là un risque de perte de substance de l'administration, dont tant l'autorité administrative indépendante que l'administration doivent être conscientes pour éviter qu'un tel phénomène ne se réalise.

Il reste qu'on ne saurait passer sous silence le risque que la multiplication d'autorités administratives indépendantes contribue à conforter la méfiance des citoyens à l'égard des administrations, voire même des juridictions. Lorsque la création par la loi d'une de ces autorités est justifiée au nom de l'efficacité, du professionnalisme et de l'impartialité, l'opinion publique peut être amenée à en déduire que les formes classiques d'intervention de l'État ne sont ni efficaces, ni professionnelles, ni impartiales. Le danger d'un recours fréquent aux autorités administratives indépendantes est donc de ternir l'image des institutions publiques traditionnelles.

Il peut y avoir risque également de freiner l'adaptation de l'administration. Il est en effet plus difficile d'exiger des agents de l'administration classique qu'ils soient des « *acteurs de la réforme de l'État* », qu'ils contribuent à la modernisation des méthodes de travail et à l'évolution des compétences, si la création d'une autorité administrative indépendante est envisagée chaque fois qu'un sujet paraît sensible ou complexe.

– Enfin, on ne saurait ignorer la solidarité, née de la conscience d'appartenir à un « club », qui existe entre les autorités administratives indépendantes les plus importantes actuellement et qui peut les conduire à faire ressortir la singularité de leur situation par rapport aux administrations classiques.

Au terme de cette présentation de l'état des lieux, il est possible d'affirmer que les autorités administratives indépendantes existantes créées par la loi ont acquis une place solide dans l'appareil d'État et constituent un mode d'action publique accepté, qui a donné des preuves d'efficacité et contribue à une image de modernisation et d'adaptation des institutions publiques. Il n'existe d'ailleurs pas de proposition tendant à leur suppression, à la différence de ce qu'il en est en Italie, ni de contestation fondamentale de leur régime.

Cela ne saurait, pour autant, exclure ni la prise en considération des problèmes concrets qu'elles posent ni, par voie de conséquence, la recherche d'une ligne de conduite générale pour l'avenir.





---

## Troisième partie

# Recommandations

Cette troisième partie, consacrée aux recommandations, est orientée par le souci d'aider les pouvoirs publics à analyser et à régler les problèmes concrets que posent les autorités administratives indépendantes et à déterminer leur politique en matière de création de nouvelles autorités.

### 3.1. Tirer les leçons des difficultés rencontrées, à l'expérience, par les autorités administratives indépendantes existantes

---

On ne saurait, en préambule, trop insister sur l'irréalisme d'un modèle juridique uniforme. En recherchant à ramener les autorités administratives indépendantes à une forme unique, on les priverait de ce qui est leur raison d'être même : apporter une réponse adaptée à un problème spécifique, tailler à l'État dans chaque secteur une place proportionnée aux principes dont il doit assurer le maintien, dessiner une nouvelle forme d'intervention publique, à mi-chemin entre les services classiques ou les administrations de mission et les services faisant l'objet d'une décentralisation fonctionnelle. Chaque autorité administrative indépendante est, comme il a été dit, un maillon d'un droit sectoriel et le rôle confié à chacune d'elles s'inscrit toujours dans un contexte juridique et historique précis.

En outre, la composition, les attributions, le degré d'indépendance et le périmètre d'action de chaque autorité doivent pouvoir évoluer en fonction des changements qui affectent son environnement.

Pas plus qu'il n'existe de modèle commun à tous les secteurs d'activité, il n'existe de solution intemporelle. L'évolution des autorités administratives indépendantes ne peut être contrainte *a priori*. D'une décennie à l'autre, les mutations technologiques, l'évolution des structures économiques et politiques, les points de fixation du débat démocratique redessinent inévitablement le champ et les modes d'action de l'État et conditionnent dès lors la ligne, voire l'existence même de telle ou telle institution.



Cela dit, les travaux conduits dans le cadre du présent rapport ont permis de faire apparaître différents problèmes concrets qui se posent à propos de telles ou telles autorités administratives indépendantes. Trois types de questions ont été plus particulièrement répertoriés : l'insertion dans l'environnement institutionnel, le fonctionnement et les conditions d'exercice des missions et, enfin, le contrôle.

C'est à cette fin que la présente étude vise à utiliser les données et enseignements qui se dégagent de près de trente ans d'expérimentation du concept d'autorité administrative indépendante pour définir quelques objectifs.

### **3.1.1. Clarifier l'insertion des autorités administratives indépendantes dans leur environnement institutionnel**

Le premier type de problèmes rencontrés par les autorités administratives indépendantes concerne leur insertion dans l'environnement où elles sont amenées à assurer leur mission : juridictions, administrations traditionnelles, autres autorités administratives indépendantes, institutions homologues à l'échelon européen ou mondial <sup>148</sup>.

La question particulièrement importante des rapports entre les autorités administratives indépendantes et le Parlement ne sera pas traitée ici, mais dans un développement ultérieur consacré au contrôle de ces institutions.

#### **a) L'articulation des autorités administratives indépendantes avec les juridictions**

Les considérations qui suivent sont essentiellement consacrées à l'articulation entre les autorités administratives indépendantes de régulation d'un marché ou d'un secteur et les juridictions qui les contrôlent.

Il convient toutefois de signaler que la mission même de certaines autorités administratives indépendantes implique qu'elles aient avec les juridictions des rapports de collaboration. Ainsi le Défenseur des enfants qui est saisi, pour une part importante des saisines <sup>149</sup>, d'affaires concernant le droit de visite ou l'hébergement des enfants à la suite d'un divorce ou d'une séparation, est fréquemment conduit à s'adresser au procureur de la République ou au juge des enfants et au juge des affaires familiales pour leur demander des informations susceptibles de l'aider dans son travail. Pour sa part, la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), qui est chargée de donner un avis au ministre lorsque celui-ci est saisi par une juridiction d'une demande de déclassification d'un document ou d'un dossier classé secret défense et dont l'avis a jusqu'à aujourd'hui toujours été suivi par le ministre a, de ce fait, un impact direct sur la conduite des investigations de la juridiction.

---

148 - Sur ces problèmes, voir la contribution de M. Bruno Genevois, *Mélanges Sabourin*, « Les conflits de compétence concernant les autorités administratives indépendantes », à paraître.

149 - Plus de 60 % des saisines, selon le premier rapport de la Défenseure des enfants.



Il peut résulter de ces situations des incompréhensions sinon même des tensions. Ainsi, la spécificité de l'action du Défenseur des enfants n'est pas toujours aisément perçue par les magistrats judiciaires qui ont tendance à considérer que ses investigations empiètent sur leur responsabilité. Un groupe de travail doit se réunir prochainement entre les services du Défenseur des enfants et ceux du ministre de la justice pour examiner des modalités pratiques d'intervention du Défenseur des enfants auprès des autorités judiciaires.

De même, une véritable incompréhension s'est manifestée récemment entre la CCSDN et les magistrats en charge du dossier de l'« affaire Elf » : les magistrats ont manifesté leur mécontentement à propos des documents qui leur ont été communiqués, qu'ils jugent très insuffisants, la CCSDN relevant, par la voix de son président, que la demande des magistrats était trop vague et succincte pour que la commission puisse émettre un avis précis à l'intention du ministre <sup>150</sup>. Ce dernier incident ne mériterait aucune mention dans le présent rapport s'il n'avait été porté à la connaissance des médias et si, à cette occasion, l'impartialité de la CCSDN n'avait pu être mise en doute, en toute gratuité. Le déroulement de cet incident regrettable permet du moins de rappeler la nécessaire sérénité qui s'impose aux magistrats comme aux administrations.

Si l'on revient à la question plus fondamentale de l'articulation entre autorités administratives indépendantes chargées de la régulation d'un marché ou d'un secteur et juridictions qui les contrôlent, aucun problème ne devrait plus, *a priori*, se poser aujourd'hui, les principes déterminant leurs relations étant maintenant bien acquis.

En premier lieu, les autorités administratives indépendantes ne sont pas, au regard du droit interne, des juridictions comme le Conseil constitutionnel l'a rappelé à plusieurs reprises <sup>151</sup>, et leur qualification légale n'est pas susceptible d'être modifiée du seul fait que tant le Conseil d'État que la Cour de Cassation ont été conduits à juger que, lorsqu'elles font usage d'un pouvoir de sanction, elles doivent être regardées comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et en ont déduit qu'elles devaient respecter certaines obligations procédurales dans l'exercice de ce pouvoir. Quelle que soit la nature de la décision prise par une autorité administrative indépendante, le recours juridictionnel ouvert contre cette décision n'est donc pas un recours en cassation mais, selon les cas, un recours pour excès de pouvoir ou un recours de plein contentieux, comme il en va des recours contre les décisions de toute autorité administrative <sup>152</sup>.

En deuxième lieu, autorités administratives indépendantes et juridictions sont appelées à se renforcer mutuellement. Ainsi, certaines peuvent faire appel au

---

150 - Cf. interview de Pierre Lelong, président de la CCSDN, *le Monde*, 17 novembre 2000.

151 - Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Rec. p. 18 pour le CSA ; décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Rec., p. 71 pour la COB.

152 - Sauf pour les sanctions prises par la Commission bancaire ; dans ce cas celle-ci se prononce comme juridiction et sa décision relève du Conseil d'État en cassation.



juge des référés pour qu'il prononce des injonctions à l'encontre des opérateurs. Le président du CSA peut demander au Conseil d'État de statuer en référé par voie d'ordonnance pour prononcer des injonctions, des mesures conservatoires ou les astreintes nécessitées par l'urgence. De même, le président de la COB peut demander au président du Tribunal de grande instance de Paris de statuer en la forme de référé en cas de pratiques de nature à porter atteinte aux droits des épargnants en vue de la mise en œuvre d'une procédure de maintien des cours ou du respect de la procédure des offres publiques d'achat (OPA).

À l'inverse, les juridictions peuvent faire appel à l'expertise des autorités administratives indépendantes et à leurs moyens, dans le processus de décision juridictionnelle et de règlement des litiges qui leur sont soumis. C'est ainsi que dans l'affaire *Société EDA* jugée par une décision de Section du 26 mars 1999<sup>153</sup>, le Conseil d'État a, avant dire droit sur les conclusions de la société requérante, demandé, pour la première fois<sup>154</sup>, au Conseil de la concurrence de lui fournir certains éléments d'appréciation de nature à faciliter son contrôle. Il a ainsi fait application de l'article 26 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui ouvre la possibilité aux juridictions de saisir pour avis le Conseil de la concurrence « *sur les pratiques anticoncurrentielles... dont elles sont saisies* », faculté dont use, plusieurs fois par an, le juge judiciaire qui préfère cette formule à celle, plus longue et aléatoire, du recours à des experts. De même, le Tribunal de commerce de Paris a consulté à trois reprises, en 1999, l'ART dans des procédures de référé.

En troisième lieu, les questions de principe soulevées par le passé sur les risques d'atteinte au principe de séparation des pouvoirs ou d'empiètement sur les prérogatives de l'autorité judiciaire ont été tranchées dans des conditions qu'il n'est pas inutile de rappeler.

Au nom du principe de la séparation des pouvoirs avaient été contestés, devant le Conseil constitutionnel, les pouvoirs de sanction accordés en 1989 au CSA et à la COB parce que ces institutions disposaient par ailleurs de pouvoirs de réglementation, d'édition de décisions individuelles, de contrôle et d'investigation. Le juge constitutionnel a validé le principe de l'exercice du pouvoir de sanction par les autorités administratives indépendantes en admettant d'abord par une décision 88-248 DC du 17 janvier 1989<sup>155</sup> sur l'instance régulatrice de l'audiovisuel, que l'exercice du pouvoir de sanction dans la limite de l'accomplissement de la mission de cette instance ne portait pas atteinte au principe de séparation des pouvoirs, puis en autorisant, dans sa décision 89-260 DC du 28 juillet 1989<sup>156</sup>, la dévolution de ce pouvoir à l'autorité boursière, et au-delà à toute autorité administrative indépendante, « *dès lors, d'une part que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice des pouvoirs de*

---

153 - Rec., p. 107.

154 - Voir pour un deuxième usage de cette faculté par le Conseil d'État, 15 mars 2000, *Société CEGEDIM*, n° 200886.

155 - Rec., p. 18.

156 - Rec., p. 71.



*sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».*

Le problème de la méconnaissance du principe selon lequel, conformément à l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle avait été soulevé en 1982 à propos des écoutes téléphoniques. La Commission d'étude sur les écoutes téléphoniques présidée par M. Robert Schmelck, alors Premier Président de la Cour de Cassation, avait recommandé la création d'une autorité de contrôle des décisions administratives portant atteinte, en dehors des mesures de police judiciaire, au secret des conversations téléphoniques. Certains auteurs s'étaient demandé si l'autorité judiciaire n'était pas seule compétente en la matière. Tel n'a pas été l'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État, qui a approuvé formellement la création d'une autorité administrative indépendante lors de l'examen du projet de loi relatif aux interceptions de sécurité<sup>157</sup>, au motif que ces mesures de police administrative ne portent pas atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution<sup>158</sup>. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette position dans sa décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999<sup>159</sup> qui a cessé de rattacher la protection de la vie privée à l'article 66 de la Constitution, pour la faire découler de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

**Si les questions de principe sont tranchées pour l'essentiel, la situation concrète n'est pas pour autant pleinement satisfaisante.**

– Il convient d'abord de relever que dans certains cas, notamment en matière boursière, un même fait peut donner lieu à sanction administrative et à sanction pénale. Certes, cette situation est encadrée juridiquement : par ses décisions n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 et surtout n° 97-395 DC du 30 décembre 1997<sup>160</sup>, le Conseil constitutionnel a admis qu'il puisse y avoir cumul de sanctions sous réserve que le montant global ne dépasse le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. Par ailleurs, le principe d'indépendance des instances disciplinaires et pénales s'applique, dans le respect de l'autorité de la chose jugée par le juge répressif, en ce qui concerne la constatation de l'existence matérielle des faits<sup>161</sup>. Il n'est toujours pas évident qu'en pratique ces principes soient compris et admis par les professionnels.

– Dans un autre ordre d'idées, on constate que, dans certains cas, un même litige peut faire l'objet de manière alternative, au libre choix des demandeurs, d'un règlement devant une autorité administrative indépendante ou devant une juridiction de droit commun. C'est notamment le cas pour les atteintes au droit de la concurrence, où les plaignants peuvent s'adresser soit au Conseil de la concurrence, soit au juge judiciaire, ou encore pour les conflits susceptibles de se produire en matière d'interconnexion aux réseaux des

---

157 - Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991.

158 - Rapport public annuel du Conseil d'État 1991, p. 62, *EDCE* n° 43, la Documentation française.

159 - *Rec.*, p. 100.

160 - *Rec.*, p. 333.

161 - Cf. CE, 14 juin 1991, *Ass. Radio solidarité*, p. 232.



télécommunications, où l'opérateur peut s'adresser soit à l'Autorité de régulation des télécommunications, soit au juge judiciaire.

– **L'éclatement de la compétence de contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes peut accroître l'impression de confusion.** À l'origine et conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 <sup>162</sup>, selon lequel « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif... », la juridiction administrative avait une compétence exclusive pour connaître des décisions de ces autorités administratives. Toutefois, dans cinq cas, le législateur a décidé que l'activité de certaines autorités administratives indépendantes relèverait de la compétence du juge judiciaire (précisément la Cour d'appel de Paris), en totalité (le Conseil de la concurrence) ou en partie (la COB, le CMF, l'ART et la CRE) ; et le Conseil constitutionnel en a accepté le principe dès lors que l'aménagement des règles de compétence juridictionnelle ainsi voulu par le législateur est « *précis et limité* » et « *justifié par les nécessités d'une bonne administration* » de la justice (même décision).

Il s'en suit que si le contentieux des actes réglementaires des autorités administratives indépendantes relève toujours du juge administratif, même en matière économique, il n'en est pas de même pour les actes individuels (délivrance ou retrait d'une autorisation, sanction, injonction). Pour ces derniers, il y a partage de compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire, s'agissant des actes de certaines autorités de régulation intervenant en matière économique (COB, ART, CRE et Conseil de la Concurrence), tandis que tous les actes de toutes les autres autorités administratives indépendantes relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

On se trouve donc actuellement dans une situation assez curieuse en ce qui concerne notamment les sanctions infligées par les autorités de régulation des marchés financiers : la Cour d'appel de Paris est compétente pour connaître d'une sanction pécuniaire infligée par la COB tandis que le Conseil d'État est compétent pour connaître d'une sanction pécuniaire infligée par le Conseil des marchés financiers, la Commission bancaire ou le Conseil de discipline de la gestion financière.

La logique juridique est plus apparente pour le cas de l'ART, où le Conseil d'État est compétent pour toutes les décisions de l'autorité à l'exception de celles qui relèvent du pouvoir de règlement des différends entre opérateurs prévu à l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications, pour lesquelles la Cour d'appel de Paris, par dérogation au droit commun, est compétente en cas de recours. C'est donc au Conseil d'État qu'il revient de contrôler, en cas de recours, le prix des services universels homologués par le

---

162 - Rec., p. 8.





ministre, et à la Cour d'appel de Paris de connaître des décisions de l'ART tranchant des différends sur le prix équitable d'accès au réseau.

**Il paraît indispensable, de façon générale, de s'en tenir au principe fondamental ci-dessus rappelé, en vertu duquel le contentieux des actes des autorités administratives relève du juge administratif, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 juillet 1996<sup>163</sup>, par une réserve d'interprétation, à propos du contrôle de l'activité de l'ART en indiquant que « dans le silence de la loi, le contentieux de l'ART relève de manière générale du juge administratif ; ce n'est que dans le cas particulier où elle intervient pour trancher des litiges contractuels, privés, que la loi prévoit une exception ».**

En effet, les justifications passées des aménagements apportés au principe par le législateur ont perdu de leur poids. Les raisons généralement avancées en opportunité pour justifier la compétence du juge judiciaire sont l'expérience des affaires, la célérité, l'indépendance à l'égard de l'administration, ou la proximité du droit de la concurrence avec le droit commercial. Si elles ont pu avoir, il y a plus de quinze ans, une certaine signification, ces justifications ne sont toutefois plus guère pertinentes au regard tant de la fonction même de la juridiction administrative, qui est de concilier l'intérêt général et les intérêts particuliers, que de sa capacité maintenant acquise à juger rapidement lorsque c'est nécessaire.

Au surplus et de façon de plus en plus évidente, le droit de la concurrence n'est pas plus privé que public. Il concerne des personnes morales relevant des deux régimes et depuis les décisions des 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*<sup>164</sup>, et 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*<sup>165</sup>, le Conseil d'État a intégré les dispositions de l'ordonnance de 1986 dans les normes de référence sur lesquelles repose son contrôle de la légalité des actes administratifs.

**Dès lors, s'il n'y a pas, en l'état actuel des choses, de raisons majeures de revenir sur le choix effectué en 1987 de faire relever le Conseil de la concurrence de la Cour d'appel de Paris, au moins convient-il de laisser le Tribunal des conflits opérer la conciliation entre cette règle de compétence juridictionnelle et les principes fondamentaux du droit public.**

À cet égard, sa décision du 18 octobre 1999, *Air France c/ TAT European Airlines*, mérite quelque attention. Dans une affaire où « *Aéroports de Paris* », voulant regrouper par aérogare les différentes compagnies utilisatrices de ses installations, avait imposé à *TAT* de quitter le site d'Orly-Ouest pour s'installer à Orly-Sud, refusé à cette société d'ouvrir de nouvelles liaisons à partir d'Orly-Ouest et obligé cette compagnie – à la différence d'*Air France* – à utiliser ses services d'assistance, et où le Conseil de la concurrence, approuvé par la Cour d'appel de Paris, s'était reconnu compétent pour sanctionner ces décisions favorables à *Air France* pour entente illicite et abus

---

163 - Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, Rec., p. 99.

164 - p. 406.

165 - p. 491.



de position dominante, le Tribunal des conflits a jugé que les deux premières mesures étaient indissociables de la gestion du domaine public dont il n'appartient qu'au juge administratif de connaître, tandis que la dernière était détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif et pouvait donc être examinée par l'autorité de régulation de la concurrence.

Cet arrêt du Tribunal des conflits n'a au demeurant rien de novateur ou de surprenant. Il ne fait qu'appliquer les dispositions de l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence aux termes desquelles : « *Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Cela signifie *a contrario* que celles des activités des personnes publiques qui ne sont pas des activités de production, de distribution et de services et mettent en jeu des prérogatives de puissance publique ne relèvent pas desdites règles, même si elles ont une incidence sur la vie économique. Cet arrêt est dans la droite ligne de la jurisprudence tant du Tribunal des conflits que de la Cour de Cassation <sup>166</sup>.

Ainsi, afin de prendre en compte simultanément les exigences de fonctionnement concurrentiel du marché et l'irréductible spécificité de l'intervention des autorités publiques par rapport à la règle de concurrence, il appartient :

- à l'autorité de régulation de la concurrence de sanctionner les pratiques prohibées par le droit de la concurrence, même celles pouvant être mises en œuvre par les personnes publiques, dès lors qu'elles n'agissent pas dans le cadre de leurs prérogatives de puissance publique et que la solution du litige ne nécessite pas pour le Conseil de la concurrence ou la Cour d'appel de Paris de statuer, par la voie de l'exception, sur la légalité d'un acte administratif ;
- au juge administratif et à lui seul de contrôler la légalité d'un acte administratif ou la validité d'un contrat administratif par rapport aux dispositions de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et plus généralement à toutes les règles nationales ou communautaires du droit de la concurrence.

L'objection a été faite que la jurisprudence du Tribunal des conflits aboutit à priver le Conseil de la concurrence de son rôle de régulation pour toutes les affaires où sont en cause des prérogatives de puissance publique et il a été, par voie de conséquence, proposé de priver d'effet cette jurisprudence par voie législative <sup>167</sup>. D'autres s'interrogent sur le point de savoir si la solution ne serait pas, au contraire, de modifier les textes de façon à ce que le Conseil de la concurrence relève du contrôle du Conseil d'État lorsque les pratiques

---

166 - TC, 6 juin 1989, *Préfet de la région d'Île de France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris*, p. 293 ; TC, 4 novembre 1996, *Société Datasport c/ Ligue nationale de football*, p. 551 ; Cass. Com, 14 décembre 1993, *Société Couach Plascoa*, CJEG 1994, p. 124, note de M. le Conseiller Léonnet, D. 1994, IR p. 15 et DA 1999 fasc. 8 p. 1 note J.-J. Israël.

167 - Un amendement parlementaire au projet de loi sur les nouvelles régulations économiques ayant cet objet, adopté par l'Assemblée nationale mais supprimé par le Sénat, a été écarté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale avec l'accord du Gouvernement le 23 janvier 2001 (*JO Débats AN*, 24 janvier 2001, p. 733).



anticoncurrentielles mises en cause devant lui ne sont pas détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Il paraît actuellement bien préférable d'en rester au constat que la voie de droit déjà ouverte à une entreprise concurrente pour obtenir la censure d'un acte administratif qui violerait le droit de la concurrence, avec possibilité de demander la suspension immédiate de ses effets, est la saisine du juge administratif et que ce juge, comme le Conseil d'État l'a déjà fait dans l'affaire de Section, *Société Eda* précitée et à propos des tarifs pratiqués par l'INSEE pour la cession d'éléments du fichier SIREN<sup>168</sup>, a la faculté, si besoin est, de recueillir l'avis du Conseil de la concurrence. L'usage effectif de cette voie procédurale par les conseils des entreprises permettra de faire progresser la réflexion commune des juristes privatistes et publicistes.

## **b) La combinaison de compétences entre les autorités administratives indépendantes et les administrations centrales**

– Le contentieux administratif est riche de décisions par lesquelles le juge administratif est amené à régler un conflit de compétences entre autorités administratives indépendantes et administrations centrales. Dans certains cas, les litiges n'ont rien de préoccupant et ne sont que la traduction du flou des textes ou des hésitations du législateur sur le bon équilibre à assurer entre pouvoir conféré à l'autorité administrative indépendante et pouvoir à conserver au ministre. Ainsi du partage entre l'autorité de régulation audiovisuelle chargée de déterminer « *les règles générales de programmation* »<sup>169</sup> et le Gouvernement chargé de fixer par décret en Conseil d'État « *le régime de diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles* », partage qui a été réglé fort classiquement par le Conseil d'État<sup>170</sup>.

**• Dans d'autres cas, en dehors le plus souvent d'ailleurs de tout contentieux, se révèlent des tensions plus fortes, qui ont leur source dans la difficulté de coexistence de plusieurs autorités dans un même secteur ou dans le fait que, dans des situations particulières lourdes de conséquences, l'autorité gouvernementale ne peut rester inerte.**

L'affaire « *BNP – Société générale* » a été un bon révélateur de ce type de difficultés. Le Conseil des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), même s'il n'a été paradoxalement informé des projets de fusion que très tardivement, a été en première ligne du fait de la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée qui dispose que « *toute personne ... doit obtenir une autorisation du CECEI préalablement à la réalisation de toute opération de prise de participation... lorsque cette opération a pour effet de permettre à cette personne ... d'acquérir le pouvoir effectif de contrôle sur la*

---

168 - CE, 15 mars 2000, *Société CEGEDIM*, n° 200886 précité.

169 - Article 27 II de la loi.

170 - CE, 16 novembre 1990, SA « *La Cinq* », p. 329.



*gestion* ». Mais son pouvoir d'attribuer les agréments ne peut être exercé qu'après avis du CMF et de la COB, dont les présidents siègent pourtant en son sein, et contrairement à la situation dans d'autres pays européens, il partage les compétences de supervision bancaire avec la Commission bancaire qui a un pouvoir disciplinaire. De plus, les problèmes posés débordent largement la seule réglementation prudentielle en matière bancaire pour toucher au droit de la concurrence et au contrôle des concentrations. Or si, en vertu de l'article 89 de la loi bancaire précitée, les dispositions des articles 7 à 10 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (relatives aux pratiques anticoncurrentielles), s'appliquent aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque et les opérations connexes à leur activité et si les infractions à ces dispositions sont poursuivies, sauf consultation de la Commission bancaire, selon les règles de droit commun, il n'est rien dit du contrôle des concentrations. C'est pourquoi il est communément admis qu'il appartient au seul CECEI, sur le fondement de la loi bancaire, d'autoriser les opérations de concentration bancaire. Mais dès lors que le droit commun, en matière de concentration, est que c'est le ministre de l'économie et des finances qui, après consultation du Conseil de la Concurrence, peut refuser ou modifier les conditions d'une opération envisagée, un malaise a pu être ressenti, s'agissant du mode de traitement d'un « séisme de telle ampleur »<sup>171</sup> que celui résultant de l'affaire « *BNP-Société générale* ».

• **Les conflits de compétence entre les administrations centrales et les autorités administratives indépendantes sont nets lorsque ces dernières ont besoin d'affirmer leur légitimité et que les tensions sont avivées par la complexité des dispositions législatives régissant leurs interventions.**

L'exemple des rapports entre la CRE, créée par la loi n° 2000-101 du 10 février 2000, et les services du secrétariat d'État à l'industrie, en constitue une bonne illustration. Les services du ministère demeurent compétents pour les questions de politique énergétique, de service public, et conservent la tutelle de l'opérateur historique ; conformément à la directive communautaire qui en prévoyait la création, le régulateur est compétent pour superviser l'accès aux réseaux et veiller, en liaison avec le Conseil de la concurrence, à l'ouverture du marché.

Dans la pratique, la très grande complexité de la loi a renforcé les difficultés qu'on observe traditionnellement quand est créée une autorité qui doit affirmer sa légitimité, face à une administration classique devant s'adapter à un rôle nouveau. La masse de décrets (plus de quarante) nécessaires à l'application de la loi multiplie les occasions de divergence d'interprétation du rôle de chacun. L'administration estime que le régulateur interprète de façon trop extensive son rôle, et doit désormais tenir compte d'une instance parfois vigoureusement critique de ces décisions : le régulateur conteste la multiplication de ce qu'il estime être des entorses réglementaires aux orientations du législateur. Ces divergences se sont manifestées par exemple sur le problème

---

171 - *Le Figaro*, 24 avril 1999.



de la consultation de la CRE sur les textes relatifs à l'accès aux réseaux, à propos desquels la CRE a émis un avis contestant la conception de l'administration.

Au-delà des difficultés de départ, que le travail en commun des services de l'administration et du régulateur permet peu à peu de surmonter, la prévention et la solution de ces problèmes passent par une attention accrue du législateur à la définition des compétences des différents acteurs, qui doit être la plus nette possible <sup>172</sup>.

La difficulté à définir une ligne de partage claire a même pu faire renoncer à l'institution d'une autorité administrative indépendante. Ainsi, dans le secteur du nucléaire, le projet de loi relatif à la transparence en matière nucléaire, à la sûreté nucléaire et à la protection contre les rayonnements ionisants, qui avait été soumis au Conseil d'État en 1999, prévoyait l'instauration d'une autorité administrative indépendante à laquelle auraient été transférées de larges compétences actuellement exercées par le Gouvernement. L'Assemblée générale du Conseil d'État, tout en admettant qu'une telle autorité puisse exercer des missions d'information et d'expertise offrant des garanties d'objectivité et d'impartialité, a refusé les transferts de pouvoir de décision et de contrôle dans les domaines de police spéciale que sont la sûreté nucléaire et la radioprotection, dès lors que les dispositions envisagées conduisaient à une répartition des compétences incertaine et incohérente entre le Gouvernement et l'autorité en cause <sup>173</sup>.

• **Le pouvoir réglementaire est au cœur des tensions entre les autorités administratives indépendantes et l'administration.** Dans les secteurs qui subissent des évolutions techniques permanentes, comme l'audiovisuel ou les télécommunications, les régulateurs sont tentés d'adapter la norme aux situations qui se présentent, sans toujours en avoir le pouvoir.

Ainsi, par une décision du 3 juillet 2000, *Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres* <sup>174</sup>, a été annulé par le Conseil d'État un communiqué du 22 février 2000 du CSA, autorisant la publicité télévisée pour les sites Internet d'entreprises de presse, de distribution, du cinéma et de

---

172 - À titre d'exemple de dispositions enchevêtrant les compétences, on peut citer les articles de la loi n° 2000-101 du 10 février 2000 régissant le soutien aux énergies renouvelables que le Gouvernement souhaite encourager. Il peut le faire par le biais d'obligations d'achat, dont le régime est défini par un décret en Conseil d'État, un décret simple, autant d'arrêtés que de filières énergétiques (soumis à l'avis de la CRE, contrairement aux décrets), et par des contrats. Il peut aussi le faire par voie d'appels d'offres : ceux-ci sont réalisés pour l'exécution d'une programmation pluriannuelle des investissements de production – alors que ceux de réseaux sont approuvés par la CRE ou dépendent indirectement des tarifs de réseaux qu'elle propose – ; ils sont décidés par le ministre, mais « *mis en œuvre* » par la CRE, quoique le choix des candidats incombe au ministre en vertu de l'article 8 de la loi. Dans les deux cas, le financement des charges en résultant dépendra d'un fonds, créé par décret en Conseil d'État, dont les charges et produits sont définis par la CRE mais arrêtés par le ministre.

Les mêmes difficultés de répartition de compétence ont pu être relevées dans d'autres secteurs. Ainsi, en matière de télécommunications, lorsqu'il est prévu que l'autorité « *propose* » l'évaluation du coût net du service universel et le montant des contributions des opérateurs et qu'est donnée compétence au ministre pour « *constater* » cette évaluation.

173 - Cf. Rapport public 2000 du Conseil d'État, p 105, *EDCE* n° 51, La Documentation française.

174 - N° 218358.



l'édition, alors que toute forme de publicité à la télévision dans ces secteurs dits « protégés » est interdite par un décret n° 92-280 du 27 mars 1992. L'article 27 de la loi n° 86-107 du 30 septembre 1986 modifiée confie, en effet, au Gouvernement et non au CSA le soin de fixer les principes généraux définissant les obligations concernant la publicité et le parrainage à la télévision. Au-delà de la censure juridictionnelle dont il a fait l'objet, le CSA s'est finalement félicité d'avoir incité le Gouvernement à se pencher sur cette question, sur laquelle de nombreux rapports n'avaient pas réussi à attirer efficacement l'attention.

De même, l'Autorité de régulation des télécommunications n'a pas reçu de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 un pouvoir réglementaire exclusif dans ses domaines de compétence. Le ministre chargé des télécommunications conserve notamment, en vertu de l'article L. 90 du Code des postes et télécommunications, la faculté de déterminer les catégories d'installations radioélectriques d'émission pour la manœuvre desquelles la possession d'un certificat est obligatoire et les conditions d'obtention de ce certificat. C'est ce qui a conduit le Conseil d'État, par une décision du 26 janvier 2000<sup>175</sup>, à relever d'office l'incompétence de l'ART pour fixer les conditions de délivrance des certificats et indicatifs d'opérateurs pour les radioamateurs et à annuler les mesures prises à cet égard par cette autorité, alors même qu'elles avaient été homologuées par le ministre et à annuler la décision d'homologation.

• **Les autorités administratives indépendantes ont de plus en plus recours à une forme de quasi-réglementation.** Les opérateurs soulignent que certaines instances de régulation ont une tendance à user de leur compétence pour délivrer des autorisations ou des agréments, pour fixer des règles générales auxquelles elles entendent subordonner la délivrance de ces titres.

Par exemple la CNIL a pu ne pas se contenter de s'opposer à un fichier, elle a déterminé dans le détail ce que peut contenir ledit fichier et le contenu du service correspondant. Ainsi, concernant le fichier de France Télécom des messages téléphoniques pour des destinataires non joignables, s'est-elle immiscée en profondeur dans la conduite du projet pour en établir la conformité avec les principes dont elle est la garante. De même, l'ART a pu demander à France Télécom la mise en place d'un « *service de facturation et de recouvrement pour compte de tiers* » à l'occasion du renouvellement annuel du catalogue d'interconnexion. De même, font l'objet de critiques fréquentes les exigences formulées à l'occasion du visa, par la COB, des notices d'information relatives à des projets d'offres publiques.

Cette forme nouvelle et dissimulée d'édiction de normes, quelles que soient les réserves qu'elle peut appeler, a une certaine efficacité. Bien souvent, l'entreprise n'a en effet guère le moyen de s'opposer à l'autorité si elle a besoin de son aval pour mener une opération. En outre, dès lors que le calendrier est tendu, la possibilité d'exercer un recours juridictionnel reste très largement théorique. Cependant elle n'est pas sans provoquer des résistances. Le CECEI a ainsi fait l'objet de vives critiques durant le rapprochement

---

175 - CE, 26 janvier 2000, *Pauc*, n° 197 709.



*BNP-Paribas*, pour avoir posé la règle finalement déterminante, mais inconnue jusqu'alors, selon laquelle, dans l'hypothèse où l'un des candidats n'obtiendrait pas la majorité des droits de vote, il fallait qu'il « *solicite une nouvelle autorisation du comité, qui se prononcerait notamment au regard de l'existence d'un pouvoir effectif de contrôle des établissements concernés* ».

• **Il s'avère dès lors important de clarifier la répartition des rôles entre Gouvernement et autorités administratives indépendantes existantes, quant à l'exercice du pouvoir réglementaire.**

L'attribution d'un pouvoir réglementaire strictement encadré aux autorités administratives indépendantes, on l'a vu, n'est pas contraire à la Constitution. **Il serait même opportun d'avoir plus largement recours à ce pouvoir réglementaire encadré dans les domaines qui connaissent une mutation technique rapide et où les administrations centrales n'ont pas nécessairement une expertise établie.** Conférer un pouvoir réglementaire à une autorité de régulation se justifie en effet dès lors que la réglementation appelle une adaptation régulière, d'ordre technique, compte tenu de la vitesse d'évolution des métiers, des marchés régulés ou des stratégies des acteurs. La fonction même de régulation d'un secteur implique, en effet, comme on l'a vu dans la première partie de cette étude, que l'autorité qui en est chargée ait la possibilité de tirer les conséquences de l'application qu'elle fait des normes, par une adaptation rapide de ces normes elles-mêmes. Le critère général à mettre en œuvre pourrait être que le Gouvernement conserve une compétence réglementaire exclusive lorsque les intérêts extérieurs au milieu régulé doivent évidemment être pris en compte, tandis que l'autorité administrative indépendante ait compétence pour fixer les règles dont la portée juridique, économique et sociale est en fait limitée au milieu où interagissent les intérêts dont elle est comptable, qu'il s'agisse des relations des professionnels entre eux ou de leurs relations avec le public.

Le principe de l'homologation par le ministre des règlements pris par les autorités administratives indépendantes – au moins pour ceux qui n'ont pas pour simple objet de préciser des règles ou normes édictées par décret – devrait être maintenu, comme garantie contre des tentations sournoises de corporatisme et comme gage de conformité des mesures prises avec l'ensemble de l'ordonnement juridique, la gestion de cette homologation devant être assurée avec le souci de ne pas ralentir l'adaptation de la norme « en temps réel » (avec, par exemple, un mécanisme d'homologation tacite) et le refus d'homologation ne pouvant intervenir que pour des motifs dûment explicités d'intérêt général.

• **La situation du CSA est devenue particulièrement exemplaire de la difficulté d'une autorité de régulation à faire face aux mutations permanentes d'un secteur dans lequel le cadre législatif n'évolue pas assez rapidement.** Qu'il s'agisse de la télévision par satellite, des quotas de musique française ou de la publication des sondages, le CSA estime se heurter à des règles obsolètes et disposer d'un pouvoir réglementaire insuffisant, opinion d'ailleurs partagée par des observateurs de l'institution ayant une connaissance sérieuse du secteur concerné, lesquels relèvent en outre le clivage entre le secteur privé où son contrôle est relativement large, en parti-



culier en ce qui concerne la définition des cahiers des charges, et le secteur public.

Certes, ses efforts dans le domaine de la signalétique sur la violence à la télévision montrent la faculté d'une instance de régulation, de convaincre les opérateurs d'accepter de suivre des règles de bonne conduite définies dans la concertation. Cependant ce mode d'action qui repose nécessairement sur le consensus et sur l'adhésion de l'ensemble des acteurs, ne peut, en cas de non respect, donner lieu à mesures de contrainte, de telles règles de bonne conduite n'étant juridiquement pas opposables aux tiers.

• **Une meilleure connaissance de la « doctrine » d'une autorité de régulation doit être encouragée.** Comme on l'a déjà évoqué, même si une autorité de régulation n'a pas de pouvoir réglementaire dans un domaine déterminé, l'usage qu'elle fait de sa compétence en matière de décisions individuelles procède inévitablement d'une ligne directrice générale. En fait, la connaissance, par le milieu concerné, de cette ligne directrice peut en assurer l'effectivité en orientant fortement la pratique des opérateurs. D'où l'importance de la recherche d'une plus grande transparence dans la manière pour une autorité de régulation d'établir sa « doctrine » ou « ses lignes directrices » face aux situations individuelles qu'elle a à gérer. Les opérateurs, qui ont besoin de sécurité juridique et de prévisibilité, doivent pouvoir connaître les critères permanents sur lesquels sont fondées les décisions individuelles des autorités de régulation. Ceci est de nature à dissiper les soupçons qui peuvent parfois peser s'agissant de certaines autorités sur l'éventuel favoritisme dont procéderait telle ou telle décision « négociée » au hasard de rencontres informelles. Il s'agirait en fait de promouvoir la diffusion par l'autorité de régulation dans le milieu concerné de sortes de « directives », ne dispensant évidemment pas de l'examen individuel de chaque dossier et ne pouvant prédéterminer de manière absolue la décision à prendre, mais donnant aux opérateurs économiques une visibilité accrue de ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire.

La publication des « *non-action letters* » adressées par la *Securities and Exchanges Commission* (SEC) américaine en réponse aux questions posées par les intermédiaires financiers sur une pratique ponctuelle leur garantissant qu'aucune action ne sera engagée s'ils se conforment aux prescriptions est un exemple intéressant de ce qui peut être mis en place dans un régime juridique différent. Il n'est certainement pas aisé de transposer un tel système au droit français, mais la publication d'une doctrine par les autorités administratives indépendantes doit permettre d'atteindre la sécurité juridique et la prévisibilité obtenues par ce mécanisme.

• **La participation d'une autorité administrative indépendante à l'élaboration de normes relevant de la compétence du Gouvernement ou du Parlement doit être davantage formalisée.** Si la consultation des instances de régulation, quotidiennement en charge d'appliquer la réglementation, est indispensable pour faire évoluer celle-ci et si la publication de leurs avis est une source de dynamisation du débat public, il semble néanmoins que des règles doivent être posées pour éviter certaines pratiques ou incertitudes. Autant en effet il ne saurait y avoir d'objection à ce que – dès lors qu'elle doit





être légalement consultée sur un projet de texte – l’avis de l’autorité administrative indépendante soit publié au plus tard lors de la publication du texte en cause et à sa convenance, autant, lorsque la consultation n’est que facultative, la divulgation ne doit pas pouvoir intervenir à la seule discrétion de l’autorité consultée, qui plus est avant publication du texte en cause. C’est d’ailleurs la pratique du Conseil de la concurrence qui, lorsqu’il est saisi pour avis par le Gouvernement ou par les commissions parlementaires, ne publie cet avis qu’avec l’autorisation de l’autorité qui l’a demandé.

### **c) La coexistence des autorités administratives indépendantes entre elles**

Tout comme la coexistence entre autorités administratives indépendantes et administrations traditionnelles, la coexistence des autorités administratives indépendantes entre elles est une source potentielle de difficultés et de tensions. Les problèmes peuvent naître de la coexistence de plusieurs instances dans un même secteur (communication avec le CSA et l’ART, marchés financiers avec la COB et le CMF, assurance des personnes avec la Commission de contrôle des assurances et la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance), comme de la coexistence d’autorités à vocation horizontale (Conseil de la concurrence) et d’autorités à vocation sectorielle (l’ART, la CRE, la Commission bancaire...).

**La réalité montre que si certains problèmes de répartition de compétence ont pu être correctement surmontés jusqu’à présent, il serait illusoire d’estimer la question réglée.**

- Des problèmes ont pu être réglés correctement, soit que le juge tranche le conflit, soit que le législateur entre suffisamment dans le détail pour que les découpages de compétences et les procédures de coordination qu’il instaure permettent de prévenir les éventuelles difficultés, soit surtout que les autorités aient su travailler entre elles avec suffisamment d’intelligence.

C’est ainsi que la délicate question de la répartition de compétences entre la CNIL et la CADA, pour ce qui est du droit d’accès des individus aux informations nominatives contenues dans un fichier manuel de l’administration, a été tranchée par la décision d’Assemblée du Conseil d’État du 19 mai 1983, *Bertin*<sup>176</sup>, avant que la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l’administration ne procède enfin à la coordination des textes relatifs aux documents administratifs, à l’informatique et aux archives.

C’est ainsi que le législateur a réglé avec vigilance les combinaisons de compétences entre le Conseil de la concurrence, autorité à vocation transversale, et le CSA et l’ART, autorités à vocation plus sectorielle. S’agissant de la répartition de compétence entre le Conseil de la concurrence et l’ART, il a pris soin, dès l’élaboration de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 créant l’ART, de déterminer avec une grande précision les rapports entre ces deux autorités dans les domaines susceptibles d’entraîner des divergences, notam-

---

176 - p. 208.



ment en matière d'interconnexion et d'accès aux réseaux. Ainsi, des mécanismes d'information et de saisine réciproque sont mis en place sur les clauses types des cahiers des charges relatives à la concurrence (article L. 33-1), la procédure de conciliation (L. 36-9), les abus de position dominante ou les pratiques anticoncurrentielles (L. 36-10), les litiges d'interconnexion (L. 36-8). En 1999, l'ART a donc rendu plusieurs avis au Conseil de la concurrence, notamment au sujet de l'option « *Primaliste* » proposée par *Itinéris* et a demandé au Conseil plusieurs avis, soit à titre obligatoire, pour établir la liste des opérateurs dits « *puissants* », soit à titre facultatif, par exemple sur le portail vocal mis en place par France Telecom. L'ART a également saisi deux fois le Conseil de la concurrence « au contentieux » avec, dans un cas, une demande de mesures conservatoires qui a entraîné une décision d'injonction de la part du Conseil de la concurrence <sup>177</sup>.

S'agissant de la répartition de compétences entre le Conseil de la concurrence et le CSA, elle a été plus difficile à établir et n'a pu être définitivement réglée que par la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000. Le problème était, il est vrai, d'autant plus délicat qu'intervenant dans une situation marquée par l'évolution des missions du CSA. Le CSA, conçu initialement essentiellement dans le but de préserver le pluralisme en matière audiovisuelle, a en effet un rôle grandissant en matière de régulation économique. Ainsi il peut, en application de l'article 17 de la loi n° 86-107 du 30 septembre 1986 modifiée, adresser des recommandations au Gouvernement sur le développement de la concurrence dans son secteur ; ce qui n'est donc pas sans poser des problèmes de coordination avec le Conseil de la concurrence, notamment en matière de concentration.

Le CSA devait ainsi examiner la conformité des rapprochements dans son secteur au dispositif anti-concentration spécifique au domaine audiovisuel qui interdit par exemple qu'une même personne dispose de plus de la moitié du capital ou des droits de vote de l'une des principales chaînes de télévision diffusées en France. Mais il ne pouvait contrôler ces opérations au regard du droit de la concurrence. Inversement, si le Conseil de la concurrence devait statuer sur les questions d'atteinte à la concurrence, après consultation éventuelle du CSA, il ne pouvait, en revanche, se prononcer sur les effets de ces opérations sur le marché de la télévision, mais seulement sur les marchés connexes. Ainsi, le Conseil de la concurrence a étudié l'impact du rapprochement entre la *SLT* et *Fun Radio* sur les seuls marchés de la vente d'espaces publicitaires et, dans le projet de fusion *Canal Plus/Nethold*, il n'a pu s'intéresser qu'au marché des capacités satellitaires, des systèmes de contrôle d'accès, des droits de retransmissions sportives et des droits cinématographiques.

La loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 est venue clarifier les règles applicables, en soumettant le contrôle des concentrations économiques dans le domaine audiovisuel au droit commun de la concurrence, en prévoyant même la saisine automatique du Conseil de la concurrence « *pour toute concentration ou projet de concentration concernant directement ou non un éditeur ou un*

---

177 - Conseil de la concurrence, décision n° 00 – mc – 19 du 5 décembre 2000.



*distributeur de service de communication audiovisuelle* ». En ce cas le Conseil de la concurrence recueille l'avis du CSA.

• Il n'est pas sûr que d'autres problèmes ne pourront surgir à l'avenir s'agissant des autorités précitées. Les évolutions technologiques notamment sont susceptibles d'entraîner la confrontation de plusieurs instances de régulation. C'est notamment le cas entre le CSA et l'ART du fait du processus de convergence numérique entre l'audiovisuel et les télécommunications. Le partage actuel animé par le principe de « *neutralité technologique de la régulation* » reste pertinent ; le CSA contrôle les contenus, tandis que l'ART ne s'occupe que des technologies qui les véhiculent. Sur la question commune des bandes de fréquences, un mécanisme d'avis réciproques a été mis en place qui fonctionne de manière satisfaisante <sup>178</sup>.

Mais la répartition des rôles pourrait ne plus être adaptée lorsque la principale dichotomie, déjà consacrée par les textes communautaires, distinguera les infrastructures, les services et les contenus. Une nouvelle délimitation des frontières ne manquera pas de devoir être établie.

Toute l'efficacité du système repose en définitive sur la bonne intelligence entre les autorités de régulation, faute de quoi les opérateurs auront vite fait de tester chacune d'entre elles et de jouer, le cas échéant, l'une contre l'autre. Il y a place pour un scénario de complémentarité : chacun apportant à l'autre son expertise. La mise en demeure par l'ART à *France Telecom* de lui soumettre une nouvelle proposition tarifaire avant toute extension géographique de ses offres ADSL, couplée avec l'injonction du Conseil de la concurrence, sur avis de l'ART, de proposer ce service à ses concurrents, en est une bonne illustration <sup>179</sup>.

Il est toutefois des conditions à cela : que la procédure de coordination soit organisée à partir de la reconnaissance de la pleine autonomie de chaque autorité, aucune autorité n'étant placée dans une situation subordonnée par rapport à une autre, comme il avait pu être envisagé un temps en matière de concurrence avec des systèmes d'avis conformes et de renvois complexes en cas d'avis non conformes ; que la compréhension ne soit pas à sens unique : chaque autorité doit comprendre qu'elle ne « déroge » pas en saisissant une autre autorité pour connaître son avis sur un dossier dont elle est saisie.

Le juge peut contribuer à créer ce climat de bonne intelligence, en procédant lui-même aux consultations utiles. Ainsi la Cour d'appel de Paris veille à demander à la COB son avis sur les affaires portées devant elle concernant le CMF.

Par-delà ces dispositifs de consultation réciproque ou de travail en commun entre autorités administratives indépendantes, une solution au problème né de l'intervention de plusieurs autorités administratives indépendantes dans un même secteur ou dans des secteurs proches peut être recherchée par la dési-

---

178 - Cf. consultation du CSA par l'ART en 1999 sur la bande 470-830 MHz utilisée par les micros sans fil à la télévision.

179 - Conseil de la concurrence, décision n° 00 -mc-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société *9 Télécom Réseau*.



gnation de membres communs à plusieurs autorités ou la représentation organisée d'une autorité administrative au sein du collège de l'autre, comme cela se pratique d'ores et déjà entre le CECEI, la COB et le CMF ou encore par un rapprochement des autorités compétentes (Commission de contrôle des assurances et Commission de contrôle des mutuelles et institutions de prévoyance).

Le regroupement des autorités administratives indépendantes peut, bien sûr, constituer dans certains cas la solution la plus simple notamment pour mettre fin à des imbrications de compétences difficiles à gérer ou mal vécues par les opérateurs.

Tel est le sens du projet prévu par le Gouvernement de mettre fin à la coexistence des deux autorités de régulation (COB et CMF) existant dans le domaine des marchés financiers, domaine où la lisibilité par des opérateurs étrangers du système national de régulation est un impératif particulièrement fort compte tenu des phénomènes de concurrence qui s'exercent de manière croissante entre places.

Mais la question d'un regroupement peut se poser dans d'autres hypothèses. Ainsi on relève, dans le domaine des libertés publiques, la coexistence d'autorités multiples (CNIL, CADA, CNCIS, Commission du Secret de la Défense Nationale...). Certaines de ces autorités ont des champs d'action assez larges, d'autres strictement délimités. Une réflexion paraît s'imposer sur la possibilité d'assurer certains regroupements entre ces autorités, une approche trop unidimensionnelle pouvant s'avérer à la longue difficile à assumer ou trop réductrice.

#### **d) L'insertion des autorités administratives indépendantes dans leur environnement international**

**Le phénomène de mondialisation touche naturellement les autorités administratives indépendantes.** Celles-ci sont en effet de plus en plus confrontées à la montée en puissance d'une régulation transnationale qui dépasse leur propre emprise et se traduit par l'adoption de règles communes ou par la création d'instances internationales. Deux tendances se dégagent actuellement :

– d'une part, des **instances** nouvelles à compétences spécifiques émergent progressivement au niveau international et communautaire. Au niveau international, l'Organisation mondiale du commerce (OMC), instituée par les accords de Marrakech en 1994, a acquis une réelle consistance que n'avait pas le GATT, au travers notamment de son organe de règlement des différends. Cette instance permanente contribue, en effet, à l'élaboration de nouvelles normes, s'agissant, par exemple, des télécommunications à l'occasion du litige actuel porté devant elle entre les États-Unis et le Mexique. À l'échelon communautaire, de nombreux projets sont à l'étude, depuis celui d'une autorité en matière de traitement informatisé des données à caractère personnel prévue dans la Charte de l'Union européenne sur les droits fondamentaux, jusqu'à celui d'une Agence sanitaire des aliments, constituée sur le modèle de l'AFSSA française ;



– d'autre part, des **réseaux** se structurent de plus en plus entre les autorités administratives indépendantes existantes. Au niveau international, le Comité de Bâle en matière financière en est la meilleure illustration sur un plan historique puisqu'il permet aux banques centrales et aux instances de régulation nationales (comme la Commission bancaire en France) d'élaborer, en commun dans le domaine prudentiel, en dehors des autorités gouvernementales, des règles applicables dans tous les pays.

À l'échelon européen, les organismes chargés du contrôle des opérations de bourse sont regroupés, depuis 1997, dans un organe de concertation et d'harmonisation dénommé « *Forum européen des commissions de valeurs* » (FESCO). Les autorités nationales en matière de télécommunications se sont réunies en un « *groupe des régulateurs indépendants* » qui se propose de rapprocher les pratiques et les expériences et qui est devenu progressivement un interlocuteur de la Commission européenne. Ce groupe se trouve ainsi en mesure de contribuer à l'élaboration des directives communautaires dans ce secteur. La Commission nationale pour l'informatique et les libertés (CNIL) pour sa part est présente dans deux organes composés exclusivement de représentants de ses homologues, au poids croissant : l'autorité de contrôle commune de Schengen et l'autorité de contrôle commune d'Europol. Le Défenseur des enfants français, à peine institué, vient de se voir confier la présidence du réseau européen ENOC (European Network of Ombudspersons for children) qui regroupe 15 pays européens et dont le secrétariat est assuré par l'UNICEF.

Le pré-rapport du Comité des sages sur la régulation du marché européen des valeurs mobilières, présidé par M. Alexandre Lamfalussy, consacré à la création d'un marché financier intégré, montre que les deux démarches peuvent être conjointement menées puisqu'il préconise à la fois l'instauration d'une nouvelle instance, le Comité européen des valeurs mobilières, et la mise en réseaux des instances existantes au sein d'un Comité des autorités de régulation.

**La multiplication des niveaux de régulation constitue un véritable défi non seulement pour les autorités administratives indépendantes mais aussi pour les États et les institutions européennes.**

À titre d'exemple, s'agissant de l'octroi de licences d'exploitation des services de télécommunication par satellites à vocation mondiale, on a pu regretter l'absence de guichets européens et de licences valables pour l'ensemble de l'Europe et l'obligation corrélative pour les opérateurs d'obtenir une licence pays par pays, ce qui les a poussés à demander une licence aux autorités américaines, assurés que, forts de ce précédent, ils obtiendraient plus sûrement une licence dans les différents pays européens. Toutefois, deux solides objections s'opposent à ce que ces instances spécifiques soient systématiquement créées au niveau communautaire :

– D'une part, les marchés, qu'il s'agisse de la sphère financière ou du secteur des télécommunications, sont déjà mondialisés et au-delà des interventions des directions compétentes de la Commission européenne, notamment pour la promotion de normes communes (comme la directive sur les OPA attendue depuis plusieurs années par les opérateurs pour aligner les règles sur les prati-



ques en vigueur sur toutes les places du monde), l'existence d'une autorité communautaire de régulation ne s'impose pas.

– D'autre part, la centralisation de la régulation au niveau européen n'est pas une fin en soi et la mise en réseaux des autorités existantes peut constituer une alternative. Ainsi, en matière de télécommunications, les critiques des autorités de régulation nationales contre la mise en place d'un « *Groupe à haut niveau des communications* » *ad hoc*, semblent légitimes dès lors qu'elles ont déjà tissé entre elles des liens d'étroite concertation.

La Commission européenne est, au demeurant, particulièrement consciente de la nécessité de savoir s'appuyer sur les instances nationales compétentes et de mieux articuler niveau communautaire et niveau national.

La régulation de la concurrence présente un exemple particulièrement intéressant de ce point de vue. Il l'est d'autant plus qu'il existe depuis toujours au niveau communautaire une réglementation de la concurrence : les articles 81 et 82 du Traité de Rome qui prohibent les ententes et les abus de position dominante. Ces articles sont d'application directe et la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1982 a habilité le Conseil de la concurrence à user de ses pouvoirs pour faire application de ces textes. L'articulation entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence pour le traitement des affaires relevant de ces articles est définie par une communication de la Commission du 15 octobre 1997 qui prévoit des règles d'informations réciproques et de répartition des dossiers, voire de sursis à statuer en cas de saisine concomitante. Seule la mise en œuvre des dispositions de l'ancien article 85-3 du Traité, permettant d'exempter certains accords ou certaines pratiques, restait entièrement centralisée au niveau de la Commission. Toutefois, celle-ci s'est engagée dans une modification profonde de ses procédures en renonçant notamment à son pouvoir exclusif d'exempter les accords. Lorsqu'elle aura été adoptée, cette réforme conduira, d'une part, à une décentralisation des tâches de la Commission vers les autorités nationales de concurrence et, d'autre part, à une organisation de ces autorités en un véritable réseau permettant d'échanger des informations et de coopérer sur certains dossiers, afin de sauvegarder la cohérence de l'application du droit communautaire.

La plupart des autorités administratives indépendantes ont pris la mesure des enjeux internationaux qui se présentent à elles et nombreuses sont celles qui ont, comme il vient d'être dit, développé une intense collaboration avec leurs homologues. En atteste de manière éclatante la présence d'une rubrique très étoffée consacrée à cette activité dans la majorité des rapports publics annuels. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel a ainsi noué des contacts avec les instances en phase de création dans les pays d'Europe de l'Est mais aussi sur le continent africain. Celles-ci sont en effet très désireuses de bénéficier de l'expérience française pour maintenir le pluralisme dans un contexte de développement de la concurrence. Le rôle tenu sur la scène internationale par les autorités administratives indépendantes devient ainsi un élément non-négligeable de la capacité française à diffuser une certaine forme de modèle d'administration et de régulation <sup>180</sup>.

Il convient, enfin, d'attirer l'attention du Gouvernement sur la nécessité de veiller à ce que la montée en puissance des autorités administratives indépen-



dantes sur la scène internationale n'entraîne aucune dispersion dans la représentation ou l'expression de la France dans les enceintes internationales. Il importe en effet que, du moins dans les réunions de négociations d'engagement, la France parle d'une seule voix, qui ne peut être que celle du Gouvernement, après arbitrage interministériel des positions à adopter. Autant, en effet, il est concevable et même naturel que les autorités administratives indépendantes françaises s'expriment librement, au même titre que leurs homologues étrangères correspondantes, dans les réunions visant à organiser une libre discussion entre experts en vue d'alimenter des réflexions mutuelles ou portant sur des sujets techniques sans portée politique, autant il est important que dès qu'il s'agit d'une réunion à vocation décisionnelle, ce soient les seules autorités placées sous la responsabilité du Gouvernement qui s'expriment.

### **3.1.2. Aider les autorités administratives indépendantes à régler les problèmes de fonctionnement et d'exercice de leurs pouvoirs qu'elles peuvent rencontrer**

Parmi les problèmes soulevés propos des autorités administratives indépendantes, ceux relatifs à leurs conditions générales de fonctionnement et d'exercice de leurs missions ne sont ni les plus simples, ni les moins importants ; car ils touchent au cœur même de la justification de ces institutions qui est l'exercice d'une fonction d'autorité dans des conditions d'indépendance à l'égard tant du milieu soumis à cette autorité que du pouvoir exécutif. Certaines difficultés sont aujourd'hui perceptibles : les garanties d'indépendance, dans leur volet organique comme dans leur volet fonctionnel, ne sont pas également satisfaisantes pour toutes les autorités administratives indépendantes ; l'affirmation de l'autorité de certains organismes de régulation tend à se faire aux dépens de la collégialité de leur fonctionnement ; les moyens dont elles disposent ne sont pas toujours adaptés ; enfin, les conditions d'exercice de leurs pouvoirs et notamment les modalités procédurales d'exercice du pouvoir de sanction de ces autorités ont pu être des sources d'incertitude.

#### **a) L'organisation et le fonctionnement de la collégialité**

Même si les trois autorités constituées par une personnalité unique témoignent largement de ce que, en tout cas dans le domaine de la médiation, la collégialité n'est pas rigoureusement indispensable, la collégialité a incontestablement la vertu de rendre possible la pluridisciplinarité. Dans la pratique il est peu d'institutions où l'on trouve, comme à la COB, au CSA ou à la CNIL par exemple, pareille diversité de profils, d'expériences et de compétences.

La collégialité est donc unanimement reconnue comme un élément, en règle très générale, consubstantiel à la notion même d'autorité administrative indépendante.

---

180 - Voir, à titre d'exemple, la thèse de doctorat de l'Université de Panthéon-Assas (Paris II) de Claudia Jimenez-Bergon, de nationalité colombienne : *Autorités administratives indépendantes françaises et superintendances colombiennes*.



Cela dit, l'expérience a montré que l'organisation et le fonctionnement de la collégialité ne vont pas de soi.

**• L'organisation de la collégialité pose d'abord les deux questions étroitement liées du format du collège et de l'équilibre entre les profils de ses membres**

De manière empirique, c'est à l'évidence le domaine d'intervention et la nature des pouvoirs conférés à chaque institution qui ont largement déterminé l'équilibre retenu sur ces deux points. Comment pourrait-il en aller autrement ?

Toutefois quelques réflexions entendues méritent d'être notées. L'importance du collège de certaines institutions (CNIL, CMF,...) pose des problèmes pratiques lorsque les textes n'ont pas prévu qu'en cas d'urgence notamment, le collège pouvait délibérer en formation restreinte. La présence, prévue dans certains cas, parmi les membres du collège, de parlementaires ne semble pas soulever de difficultés dans des collèges conçus comme devant être représentatifs d'une grande variété d'approches ou de courants de pensée<sup>181</sup> ; elle a pu faire l'objet de réserves, dans d'autres cas, soit que l'on ait pu craindre une approche trop politique, soit pour des raisons pratiques liées à la difficulté pour les parlementaires d'être présents.

Par ailleurs, si la sagesse est une qualité universellement désirable et volontiers attribuée aux anciens par l'opinion commune, elle ne peut être la seule clef de composition des autorités de régulation. Ces institutions, à la différence des commissions de sages, ne sont pas seulement chargées de dépassionner un débat, de donner un avis, mais bien d'exercer une autorité dans des domaines complexes et à l'égard de milieux sensibles. Non seulement les règles de composition du collège fixées par les textes mais aussi, par la suite, le choix des personnes doivent faire une place suffisante à l'expertise et à l'expérience professionnelle préalable utile.

Comme le soulignait déjà le Conseil d'État dans l'étude qu'il a consacrée aux autorités administratives indépendantes en 1983, et même s'il est indispensable de prévoir un noyau dur constitué de personnalités ayant la culture de l'indépendance et la pratique de la collégialité, il faut se méfier de la facilité consistant à prévoir une composition de collège ne comprenant que des membres des juridictions suprêmes et des corps d'inspection. Outre que le vivier en cause a ses propres limites, une telle orientation serait en retrait sur l'objectif souhaitable d'ouverture des instances de régulation aux professionnels dans le domaine économique, en vue d'une meilleure information de ces instances sur la réalité des problèmes à régler et d'une possibilité d'arbitrage interne entre différents intérêts économiques.

Certes, il ne faut pas se dissimuler qu'une ouverture plus grande d'une instance de régulation aux professionnels du secteur régulé présente des

---

181 - À noter toutefois le débat très vif qui s'était développé sur la présence de parlementaires au sein de la CNIL, lors du vote de la loi de 1978, le ministre en charge du dossier s'y étant opposé jusqu'au stade du vote du texte élaboré par la Commission mixte paritaire.





risques d'inféodation de cette instance aux opérateurs de ce secteur. Elle justifie donc l'application d'un régime clair d'incompatibilités. En effet, selon la conception qui a prévalu en France et dont il n'y a pas lieu de s'écarter, les autorités administratives indépendantes sont censées, même lorsqu'elles sont des institutions très proches du monde professionnel, être composées de personnes choisies en fonction de leur aptitude à se dégager des intérêts particuliers et donc à être aussi indépendantes des groupes d'intérêts de toute nature que du pouvoir politique.

Enfin, la présence parfois prévue par les textes de membres *es qualités* au sein de certaines autorités administratives indépendantes, peut également présenter des difficultés : lorsqu'une autorité administrative indépendante accueille des représentants d'organismes spécialisés désignés par les instances de gestion de ces organismes ou des représentants de catégories professionnelles très étroitement ciblées, l'impression peut prévaloir que ces membres sont les porte-parole d'intérêts extérieurs plutôt que chargés d'élaborer, avec leurs collègues, la position commune de l'autorité administrative indépendante.

**• Par ailleurs, la question de savoir si le mandat de tous les membres du collège ou de certains d'entre eux implique un emploi public à plein temps ne paraît pas avoir été traitée de façon toujours réaliste**

Dans le cas des autorités qui ne sont pas chargées de la surveillance permanente d'un marché et qui se bornent à intervenir au coup par coup ou à titre consultatif, le choix de ne pas nommer des membres permanents à temps plein n'appelle pas de remarques de principe et n'a pas suscité jusqu'ici de difficultés pratiques. L'accroissement du nombre d'affaires que doit traiter la Commission nationale d'équipement commercial pourrait être cependant de nature à nuancer cette appréciation.

En revanche, la composition exclusive par des membres non permanents est plus sujette à difficultés s'agissant d'organismes chargés de la surveillance quotidienne d'un marché, comme la Commission de contrôle des assurances, ou d'un secteur sensible comme le CPLD. Il s'avère ainsi que le président de cette autorité se trouve absorbé pour le quasi équivalent d'un mi-temps par sa fonction, ce qui ne se combine pas aisément avec des fonctions à plein temps par ailleurs et ce qui permet mal une association permanente du collège à l'action conduite.

On peut comprendre la nécessité de nommer dans de tels collèges des professionnels qui ne peuvent pas aisément se distraire de leur profession ; encore faut-il alors un certain noyau dur de permanents, comme c'est par exemple le cas du Conseil de la concurrence <sup>182</sup>, si l'on veut que l'autorité administrative indépendante soit concrètement en mesure d'asseoir sa légitimité et d'exercer pleinement sa mission <sup>183</sup>.

---

182 - qui comporte quatre membres à temps plein, le président et trois vice-présidents.

183 - Par ailleurs, dans le cas où une autorité administrative indépendante chargée de la régulation d'un secteur ne comprend que des membres permanents, mérite d'être posée la question de savoir si la règle ne devrait pas être qu'un dirigeant d'une entreprise du secteur en cause ne peut être nommé membre de cette autorité qu'après une période minimum de « *viduité* ».



• **Le statut des membres des collèges est souvent imprécis**

Il a été insisté dans l'état des lieux sur le caractère hétérogène du statut des membres des collèges et sur l'absence de ligne directrice en la matière. L'attention du législateur s'est effectivement concentrée sur la durée du mandat et son caractère renouvelable ou non ; pour le reste – régime des incompatibilités et règles déontologiques – les textes sont dans l'ensemble muets ou parcellaires avec, ici ou là, cependant, des précisions drastiques. Quelques institutions seulement ont débattu et adopté, dans leur règlement intérieur, ou par consensus verbal, des principes déontologiques communs. Certes, la question d'un régime d'incompatibilités ne se pose en fait, sauf exception, que dans le cas des membres permanents des collèges qui, en cette qualité, occupent un emploi public à plein temps. En revanche la question de la déontologie se pose pour tous les membres, permanents ou non, de collèges.

Le caractère lacunaire des textes pour certaines autorités n'a, en l'état actuel des choses, entraîné de problème particulier dans aucune institution. Cette situation ne paraît toutefois pas pouvoir perdurer sans risque ; il n'est pas bon que pour les membres permanents de toute autorité de régulation, ne soient pas édictées les règles relatives aux incompatibilités entre la qualité de membre de l'autorité et l'exercice de responsabilités professionnelles dans le secteur soumis au contrôle, ou la détention d'un mandat politique, au moins national, ou l'exercice d'une fonction dirigeante dans un parti politique.

Il est de même regrettable que les textes ne précisent le plus souvent pas dans quelles conditions, il peut être mis fin au mandat de tout membre qui méconnaît les règles de déontologie qui s'imposent à lui ou se met dans une situation rendant la poursuite de sa mission impossible ou dans quelles conditions l'empêchement d'un membre est constaté <sup>184</sup>.

Tout ne relève probablement pas de la loi ou du décret et nombre de règles déontologiques peuvent être fixées dans un règlement intérieur propre à chaque institution ; encore conviendrait-il qu'à chaque échelon, ce qui doit être explicité, le soit.

Dernière observation sur le « statut » des membres des autorités administratives indépendantes : le caractère difficilement explicable de l'hétérogénéité des régimes de rémunération de ces membres, qu'ils soient permanents ou non ; le président et les membres du CSA, de l'ART, de la CRE bénéficient respectivement des échelles lettre G et F, soit les plus hautes rémunérations de la fonction publique ; le président du Conseil de la concurrence et un des vice-présidents bénéficient, pour leur part, de l'échelle E et les deux autres vice-présidents de l'échelle C. Les vacations des membres non permanents, au demeurant fort modestes, varient de 400 Francs à 1 200 Francs <sup>185</sup> la séance. Certaines autorités administratives indépendantes fonctionnent sans

---

184 - Voir sur ce point, le cas du CPLD : l'empêchement d'un membre est constaté par le Conseil qui statue à la majorité des 2/3.

185 - Sur la nature de ces indemnités au regard du droit à pension, voir CE, 3 mai 2000, *Benoist* n°184951.



régime de vacances (CECEI), ou uniquement pour le président (CCSDN). Là où elles existent, les vacances peuvent être gelées durablement, malgré leur faible niveau, pour des raisons mal explicitées ; le régime et le montant des vacances au Conseil de la concurrence sont toujours fixés par un arrêté du 18 mars 1988. Un minimum de remise en ordre s'impose pour le moins.

• **Le fonctionnement de la collégialité n'est pas toujours satisfaisant**

Dans certaines autorités administratives indépendantes, la collégialité apparaît comme réellement et fortement vécue et dicte tant les méthodes de travail adoptées par l'institution, qui visent à garantir une réelle délibération du collège, que le comportement externe des membres du collège, qui est dicté par un respect scrupuleux du secret des délibérations.

On peut noter que ce résultat est atteint dans des institutions très diverses. Il n'est pas nécessairement lié à la taille restreinte du collège et au fait que ses membres soient permanents, non plus qu'à l'ancienneté de l'institution, comme le montrent des exemples aussi différents que la CNEC, l'ART ou le CECEI. Il reste toutefois que le caractère restreint du collège facilite la réalité de la collégialité.

D'autres autorités administratives indépendantes correspondent moins bien à cette image d'une réelle collégialité. L'emprise d'un président s'appuyant sur le directeur des services représente un premier risque de dérive, lié à l'ambiguïté du rôle du président, chargé d'animer la collégialité mais aussi, éventuellement, de réagir immédiatement à l'actualité et en tout cas de définir le juste rôle des services de l'institution lorsqu'il en existe. Certains collèges ressentent ainsi comme une atteinte à leurs prérogatives les prises de position publiques de leur président, sur une situation appelant une réaction urgente par exemple, ou le mode d'organisation interne qu'il a défini. Le risque est alors d'un effritement du collège, qui en vient à ressembler à une collection de personnalités, dont certaines ont du mal à trouver leur rôle. Le problème devient aigu dans le cas où l'incapacité de certains membres du collège à respecter le secret des délibérations induit une suspicion sur les motifs réels des décisions prises. Le CSA présente, de ce point de vue, une difficulté particulière : nombre de ses décisions font en effet l'objet d'interprétations allusives alimentées par des confidences plus ou moins orientées, à tel point que le Parlement a pensé pouvoir et devoir mettre fin à ce jeu de supputations sur les prétendues positions de tel ou tel membre, en votant, lors du débat sur le projet de loi qui allait devenir la loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 sur l'audiovisuel, une disposition <sup>186</sup> allant jusqu'à supprimer le secret des délibérations relatives à la désignation du président de *France Télévision* et des sociétés de programmes, en faisant valoir par la bouche du rapporteur du projet que cette disposition avait pour objet « *de faire progresser la transparence des décisions du CSA ; il pourrait ainsi devenir une instance de régulation adulte, respectée, dont l'autorité ne serait pas contestée* » <sup>187</sup>. Le

---

186 - La disposition adoptée par le Parlement prévoyait que la nomination par le Conseil supérieur de l'audiovisuel de la Société *France Télévision*, ainsi que des présidents des sociétés nationales de programmes « font l'objet d'une décision motivée assortie de la publication des auditions et débats du Conseil qui s'y rapportent ».



Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition inconstitutionnelle <sup>188</sup>, mais cette volonté du législateur est significative.

De même le collège a pu être présenté comme fonctionnant selon un régime dit de « *psychologie des groupes* » aux résultats imprévisibles <sup>189</sup>, ce qui pose problème au regard de l'exigence souvent prônée par les opérateurs à l'égard d'une autorité administrative indépendante de continuité dans son action et de prévisibilité dans ses réactions.

On observe par ailleurs, dans certaines autorités administratives indépendantes, une tendance des structures administratives à assumer sinon en dehors de tout contrôle, du moins largement en marge du collège, des décisions nombreuses et importantes. Ainsi à la COB – compte tenu au demeurant du nombre extrêmement élevé des décisions à prendre, et souvent dans l'urgence – beaucoup de celle-ci sont prises par le président, par délégation du collège, avec l'aide des services. Ce régime donne souvent l'impression d'une toute puissance des services et en tout cas d'une certaine impuissance du collège, auquel ne sont soumises que les décisions les plus importantes et auquel il n'est que rendu compte des autres. Il en va ainsi des visas des notes d'information, ce qui a été perçu, par les opérateurs régulés, comme un dysfonctionnement mis au passif du collège.

Cause ou conséquence, on observe, dans les cas d'éviction plus ou moins ponctuelle du collège, la constitution d'un condominium formé d'une part du président, souvent seul à être investi du pouvoir de nomination aux emplois budgétaires dont dispose l'institution et, d'autre part, du directeur ou du secrétaire général. Un tel état de fait, en favorisant le risque d'un transfert de responsabilité vers les services, rejoint les craintes que peut susciter la dynamique d'évolution de certaines autorités administratives indépendantes qui ne parviendraient pas à échapper à la lourdeur administrative et à la bureaucratisation. Depuis la fin des années 1980, certaines autorités administratives indépendantes ont été dotées de fortes capacités d'expertise, ce qui, certes, leur a permis d'asseoir leur autorité par rapport aux professionnels du secteur qu'elles régulent. Toutefois, cette dynamique d'évolution ne doit pas conduire à évincer les membres des collèges, au profit des services.

Le risque est d'autant plus marqué que l'on se trouve en présence d'autorités riches en compétences et en effectifs avec, dès lors, la nécessité de confier certaines marges de manœuvre à ces structures administratives et le risque d'amorce d'un pouvoir « institutionnel » de celles-ci. On rappellera à titre d'exemple que le CSA compte 270 agents, la COB 250 personnes, l'ART 135 et la CNIL 61.

Les différentes autorités devraient dès lors veiller à se doter de règles de fonctionnement interne aptes à les aider à résoudre les difficultés évoquées précédemment, à la fois par la définition claire des prérogatives du président, en particulier en cas d'urgence, et des modalités selon lesquelles le président

---

187 - JO, débats Assemblée Nationale, 22 mars 2000, p. 2490.

188 - Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, JO du 2 août 2000, p. 119222.

189 - Monique Dagnaud, *l'État et les Médias*, p. 42.



est amené à en rendre compte au collège ; par une organisation du travail qui permette à chaque membre du collège de participer, s'il le souhaite, à la réflexion conduite dans chaque domaine de compétence de l'autorité ; et par l'élaboration d'un code de déontologie précisant les obligations s'imposant aux membres du collège, comme aux agents ; les délégations de pouvoir du collège au Président, lorsqu'elles sont prévues par la loi, doivent être encadrées par une doctrine et donner lieu à compte-rendus réguliers au collège pour que celui-ci puisse affirmer cette doctrine.

Par ailleurs, de façon à faire mieux apparaître que les services, bien que placés sous l'autorité du président, sont les services de l'autorité collégiale, on peut songer à un régime de nomination du responsable de ces services et des principaux directeurs, donnant toute sa place au collège, soit que celui-ci doive être consulté avant la nomination prononcée par le président, alors qu'actuellement il peut apprendre bien souvent la nomination fortuitement, soit que la nomination relève du collège sur proposition du président, comme c'est le cas actuellement pour le CMF.

Enfin il convient d'attirer l'attention sur l'importance des choix des personnes appelées à présider des collèges. Ils donnent en effet la tonalité qui présidera aux travaux de ceux-ci et à l'exercice de ses pouvoirs par l'autorité.

## **b) L'adaptation des moyens humains et financiers**

L'indépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes implique, par-delà l'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle, qu'elles disposent des moyens humains et financiers nécessaires et qu'elles jouissent d'une réelle autonomie de gestion matérielle et financière. L'autonomie de gestion financière leur est suffisamment assurée ; le président de l'autorité est l'ordonnateur des dépenses de celles-ci ; le budget dont il dispose est un budget globalisé qu'il utilise en fonction de ses besoins ; dans la plupart des autorités administratives indépendantes, il a même été prévu la suppression du contrôle financier préalable instauré par la loi du 10 août 1922.

La situation est plus contrastée pour ce qui est des moyens financiers et humains.

Certes les autorités administratives indépendantes, en tout cas celles pour lesquelles l'existence de services propres constitue une exigence découlant de la nature générale de leur mission, disposent de services propres placés le plus souvent sous l'autorité du président. Certes aussi elles disposent, comme on le verra, d'une certaine souplesse dans le recrutement et la gestion de leurs agents. Enfin, n'ayant pas de fonctions de gestion, d'exploitation ou de fourniture de prestations, elles n'ont, dès lors, besoin que de moyens limités.

Encore faut-il que ces moyens financiers existent. Or étant, sauf exception rarissime, financées exclusivement sur crédits budgétaires, les autorités administratives indépendantes ne sont pas dans une situation fondamentalement différente des administrations classiques et sont, comme ces dernières, soumises au principe de l'annualité budgétaire.



Elles reçoivent une dotation annuelle, inscrite au budget du Premier ministre (CADA, CSA) ou d'un ministère (la justice pour la CNIL ou la Commission des sondages ; les finances notamment pour la Commission de contrôle des assurances, le Conseil de la concurrence ou la Commission des comptes de campagne et du financement politique ; l'éducation nationale pour le Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel).

Concrètement, ce financement sur fonds publics peut se traduire, pour certaines autorités administratives indépendantes, par l'attribution de moyens financiers calculés au plus juste qui ne leur permettent pas, qu'il s'agisse des effectifs budgétaires, du fonctionnement ou de l'équipement, d'exercer l'ensemble de leurs compétences de veille, d'information, de surveillance et de contrôle. Les rapports publics d'autorités telles que le CSA ou le Conseil de la concurrence soulignent régulièrement qu'elles ne disposent pas des moyens de remplir leur mission de régulation à l'échelle nécessaire, ni avec la rapidité et l'efficacité requises. De ce point de vue, l'ouverture prévue par certains textes institutifs, qui disposent que l'autorité de régulation propose, lors de l'élaboration du projet de loi de finances, les crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions <sup>190</sup> paraît en pratique de peu de poids.

À l'image des agences de régulation anglo-saxonnes, dont le financement est généralement assuré par des contributions versées, sur la base d'une tarification officielle, par les professionnels du secteur régulé, la COB a, il est vrai, obtenu la garantie d'un financement propre, qui prend la forme de redevances <sup>191</sup> de deux types principaux : des redevances liées aux opérations financières effectuées par tout organisme autre que l'État et aux interventions de la COB à l'occasion de ces opérations ; des redevances assises sur les encours de fonds gérés dans le cadre d'une formule de gestion collective de l'épargne. En 1999, ces redevances lui ont procuré 353, 4 millions de francs.

Deux autres autorités indépendantes bénéficient de la possibilité de disposer de ressources débudgétisées, à titre de complément ; toutefois, cette faculté est demeurée pour l'heure pure théorie. La CNIL s'est ainsi vue autorisée, depuis sa création, à percevoir auprès de ses utilisateurs des rémunérations pour services rendus, en contrepartie des frais qu'elle engage pour l'accomplissement des formalités préalables à la mise en œuvre de traitements automatisés. De même, la loi prévoit que les ressources de l'ART « *comprendent des rémunérations pour services rendus ainsi que des taxes et redevances dans les conditions fixées par la loi de finances et en décret au Conseil d'État* » <sup>192</sup>, mais cet organisme continue d'être financé exclusivement par des crédits budgétaires inscrits au budget du secrétariat d'État à l'industrie.

---

190 - Voir, s'agissant du CSA, l'article 5 de la loi n° 89-25.

191 - En vertu de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du n° 67-833 du 28 septembre 1967 dans sa rédaction issue de l'article 2 de la loi n° 84-1208 du 29 décembre 1984 et de l'article 8-1 du décret n° 68-23 du 3 janvier 1968 ajouté par le décret n° 85-809 du 31 juillet 1985.

192 - Article L. 36-4 du Code des Postes et Télécommunications issu de l'article 6 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996.



Le Conseil des marchés financiers fixe en toute autonomie son budget alimenté par les cotisations fixes ou variables des opérateurs de son domaine de compétence, ses personnels ayant d'ailleurs un statut de droit privé. Cependant, il présente la particularité d'avoir été doté de la personnalité morale et qualifié d'autorité « *professionnelle* » par le législateur.

Le financement d'une autorité administrative indépendante par des « *redevances* » pose un problème de droit sérieux. En effet, le service rendu par l'autorité de régulation d'un marché, s'il profite dans une certaine mesure aux opérateurs, relève plutôt de la mission d'intérêt général d'assurer le bon fonctionnement du marché. À ce titre, les « *redevances* » en cause doivent être rangées parmi les impôts de toute nature avec les exigences constitutionnelles qui en découlent de détermination par la loi de leur régime. Par ailleurs, ce mode de financement, qui fait des ressortissants de l'autorité ses contribuables, n'est pas neutre et peut, à la différence d'un financement sur crédits budgétaires, être source d'une distanciation de cette autorité par rapport à l'État.

Il paraît donc nécessaire de rechercher à l'intérieur du cadre budgétaire les ressources des autorités administratives indépendantes. Certaines dispositions de la réforme en cours <sup>193</sup> de l'ordonnance organique n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances pourraient être utilisées en ce sens. Ainsi en est-il de la disposition prévoyant la fixation de crédits par programme <sup>194</sup> pluriannuel ; cette notion devrait pouvoir être appliquée non seulement aux services d'un ministère, mais aussi à celles des autorités administratives indépendantes dont les missions et, par voie de conséquence, les services dont elles disposent, impliquent un volume budgétaire d'une certaine importance avec globalisation des crédits. On peut songer aussi à l'inscription du budget de ces dernières dans un tableau particulier de la loi de finances, comme cela est prévu en Italie. Les budgets des autorités administratives indépendantes pourraient également être rattachés globalement directement aux services du Premier ministre. En toute hypothèse, il paraît souhaitable que les autorités administratives indépendantes puissent discuter directement de leur budget avec le ministre chargé du budget (direction du budget), sans l'entremise du ministère en charge globalement des activités dans lesquelles œuvre l'autorité administrative indépendante, ce ministère pouvant ne pas avoir intérêt à défendre avec vigueur le budget de l'autorité administrative indépendante.

S'agissant des moyens humains, la situation est complexe. Pour une part, elle est liée à ce qui a été dit des moyens budgétaires : c'est en effet le budget annuel qui détermine les effectifs budgétaires affectés à l'autorité. Mais pas complètement, car beaucoup d'autorités fonctionnent non seulement avec leurs effectifs budgétaires, mais aussi avec des agents mis à disposition par l'administration, en fait essentiellement par le ministre de l'économie et des

---

193 - Proposition de loi organique n° 2540 déposée le 11 juillet 2000 par le Rapporteur général de la Commission des finances de l'Assemblée nationale.

194 - Cf. article 11, dernier alinéa, de la proposition de loi organique : « *Un programme regroupe l'ensemble des crédits concourant à la réalisation d'une mission spécifique d'un même ministère et définie en fonction d'un ensemble cohérent d'objectifs* ».



finances. Il s'en suit que non seulement l'autorité doit « négocier » chaque année dans le cadre de la procédure budgétaire le nombre de ses emplois, mais également négocier les mises à disposition.

De plus, le système des mises à disposition est d'une gestion difficile : à chaque départ d'un agent mis à disposition, l'autorité administrative indépendante doit négocier son remplacement qui intervient le plus souvent avec des mois de décalage ; en outre – et surtout – elle n'a pas le choix de la personne que l'on veut bien mettre à sa disposition ; et doit le plus souvent « prendre » celle qu'on lui envoie.

Le cas du Conseil de la concurrence est, de ce point de vue, un quasi-cas d'école : sur un effectif de 110 agents en 2000, seulement 24 % correspondent à des emplois budgétaires affectés à l'autorité et 76 % à des agents mis à disposition par diverses directions du ministère des finances. Cette situation est en passe de se régler progressivement dans le cadre d'un processus pluriannuel, une première étape étant franchie dans le budget 2001. Mais on voit ce qu'une telle situation a de proprement anormal au regard de l'affichage du principe d'indépendance des autorités administratives indépendantes et de l'efficacité que l'on peut attendre de ces institutions.

Le Gouvernement serait bien inspiré de mettre à jour rapidement la situation de l'ensemble des autorités administratives indépendantes en attendant d'obtenir un effectif correct ; on ne voit pas pourquoi les autorités administratives indépendantes en sous-effectifs devraient attendre plusieurs années pour être dotées de quelques dizaines d'emplois supplémentaires et être ainsi en état de fonctionner normalement.

S'agissant des conditions de recrutement des agents sur emplois budgétaires, la situation est en principe claire. La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, qui reprend les termes de la loi n° 83-481 du 11 juin 1983 précédemment évoquée, leur permet d'échapper, sur la seule base d'un décret au Conseil d'État, à l'obligation de recruter des fonctionnaires titulaires sur les emplois permanents dont elles disposent. L'article 3 de cette loi ouvre en effet la possibilité de déroger à cette obligation pour « 3°- les emplois et catégories d'emplois de certaines institutions administratives spécialisées de l'État dotées, de par la loi, d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission ; la liste de ces institutions et des emplois concernés est fixée par décret en Conseil d'État ».

Il convient de noter toutefois que le décret en Conseil d'État n'a été pris que pour quelques autorités indépendantes (CNIL, COB, Médiateur, Comité national d'évaluation des établissements publics, Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse), avec d'ailleurs un champ de dérogation variable, tous emplois pour la CNIL ou la COB, seulement les emplois de niveau de la catégorie A pour la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse. Pour d'autres autorités, le principe de dérogation a été inscrit directement dans la loi les instituant (ART, CRE, Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires) ; mais là aussi dans des conditions variables : l'ART peut recruter des contractuels en toute liberté et selon le régime qu'elle veut ; les deux autres autorités ne peuvent le faire que dans les mêmes conditions que leur ministère de « rattachement », c'est-à-dire donc





selon les règles très restrictives du droit commun applicables à l'ensemble des services de l'État (« *s'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes* » ou « *pour les emplois du niveau de la catégorie A, lorsque la nature des fonctions et si les besoins du service le justifient* »), et ce pour une durée maximum de 3 ans renouvelable, ce qui donc est plus restrictif que le régime prévu par l'article 3 – 3° précité de la loi de 1984. Quant aux autorités non bénéficiaires du décret en Conseil d'État ou d'une législation spécifique, elles sont soumises à ce régime général de droit commun.

La circonstance qu'aucun décret en Conseil d'État n'a été pris pour permettre à certaines autorités administratives indépendantes de déroger au régime de droit commun ne soulève en soi pas de difficultés. Il appartient aux autorités concernées de faire, le cas échéant, les démarches nécessaires. Plus gênante nous paraît la situation des autorités administratives indépendantes qui ont fait l'objet d'une loi leur interdisant, en réalité, de bénéficier du régime dérogatoire prévu par la loi de 1984 sur la seule base d'un décret en Conseil d'État, ce qui leur supprime un élément de souplesse intéressant. Il paraîtrait souhaitable de réouvrir à ces autorités le régime dérogatoire spécifique.

La latitude de recrutement ne règle d'ailleurs pas tous les problèmes, car dès lors que les autorités administratives indépendantes recrutent sur contrat des agents de l'État par voie de détachement, elles doivent au coup par coup obtenir l'accord de l'administration d'origine de ces agents sur le traitement qu'elles leur offrent, la décision de détachement étant suspendue à cet accord. Il peut en résulter des allées et venues plus ou moins longues et des velléités inévitables de la direction du budget de s'immiscer dans la politique de rémunération des autorités administratives indépendantes.

Cette position de la direction du budget quant à la rémunération des personnels détachés n'est pas sans effet sur la latitude dont l'autorité administrative indépendante peut disposer dans son recrutement d'agents venant du secteur privé, car si elle ne veut pas avoir deux catégories de personnels aux différences de rémunérations trop tranchées avec les problèmes de gestion qui peuvent en découler, elle doit ajuster les rémunérations accordées à ces derniers personnels sur celles accordées aux fonctionnaires détachés sur contrat. L'autorité peut, de ce fait, connaître des difficultés de recrutement.

Il serait dès lors bon que la direction du budget considère que les autorités administratives indépendantes justifient un régime spécifique distinct de celui appliqué à l'administration « classique » en matière de rémunérations des fonctionnaires accueillis par voie de détachement.

Enfin, on soulignera que, paradoxalement, il y a des différences assez curieuses de niveau indiciaire des emplois d'encadrement des services des autorités administratives indépendantes, certains directeurs généraux de ces services étant rémunérés comme des directeurs d'administration centrale, ce qui se conçoit bien, d'autres étant rémunérés comme des chefs de service, malgré un niveau de responsabilité au moins équivalent (cas, par exemple, du rapporteur général du Conseil de la concurrence). Un minimum d'harmonisation s'impose.



**Reste un problème qui concerne au demeurant tout autant les membres permanents des collèges venant du secteur privé que les agents des services de ces institutions qui sont dans la même situation.** C'est celui de l'impact des règles qui encadrent le départ vers le secteur privé des agents publics, règles qui s'appliquent pleinement à toute personne ayant la qualité d'agent public. Ces règles sont issues à la fois du Code pénal (article 432-13 sur la prise illégale d'intérêt) et du statut général de la fonction publique (article 72 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et décret n° 91-109 du 17 janvier 1991 pour la fonction publique de l'État). La crainte de ne pouvoir retrouver un emploi dans le secteur privé dans leur domaine de compétence après passage dans une autorité administrative indépendante peut dissuader beaucoup de candidats potentiels de prendre le risque d'accepter de venir travailler quelques années dans une institution de cette nature. Certes les commissions de déontologie mises en place au sein des trois fonctions publiques pour contrôler la bonne application de la loi manifestent une très grande attention à l'égard de ces situations et s'efforcent de mettre en place une jurisprudence qui assure le plein respect de la loi sans esprit tatillon. Il reste que la législation en la matière, empreinte d'une méfiance peut-être excessive et de ce fait difficile à appliquer, gagnerait à être revue ; l'application des règles déontologiques pourrait en particulier être plus rigoureuse si leur portée dans le temps était réduite, comme c'est le cas au Royaume-Uni.

### **c) Les conditions d'exercice des pouvoirs, et notamment du pouvoir de sanction**

**• On ne reviendra pas sur les griefs, déjà analysés, concernant les conditions dans lesquelles certaines autorités administratives exercent les pouvoirs dont elles disposent de prendre des décisions individuelles autres que des sanctions, si ce n'est pour énoncer trois recommandations.**

Premièrement, le collège doit veiller à ne pas laisser prise à des reproches d'encadrement insuffisant des services de l'institution. Il n'est pas normal que certaines autorités administratives indépendantes se trouvent taxées d'une propension à la co-décision avec les opérateurs contrôlés au motif que leurs services chercheraient en fait à influencer les projets même de ces derniers en abusant de demandes de compléments de dossiers ou d'engagements divers.

Deuxièmement, un règlement intérieur de l'institution adopté par le collège est une garantie normale de transparence externe des procédures et méthodes de travail, au moins dans les cas des autorités de régulation ; ces autorités peuvent y trouver un surcroît de légitimité.

Troisièmement, le milieu, objet de la régulation, attend de l'autorité qu'elle se fasse respecter et au besoin sanctionne. Une attitude trop durablement compréhensive ou trop encline à la négociation peut s'avérer contre productive à cet égard.

**• Les conditions d'exercice du pouvoir de sanction, pour celles des autorités administratives indépendantes qui en disposent, exigent une mise au**



**point un peu plus développée, tant elles ont pu susciter « d’effervescence mentale »** <sup>195</sup>.

De nombreuses critiques se sont fait jour, au cours du temps et de façon de plus en plus pressante pour dénoncer les malfaçons ou les insuffisances de la procédure appliquée en matière de sanction par ces institutions. En dépit de dispositions textuelles prévoyant le plus souvent que, devant ces organismes, « *la procédure est pleinement contradictoire* » <sup>196</sup>, des atteintes à la présomption d’innocence, à l’exigence de proportionnalité de la sanction par rapport au manquement relevé, ou une insuffisante information des intéressés aux différents stades de la procédure ont pu être dénoncées <sup>197</sup>, en partie liées, dans certains cas, au manque de culture juridictionnelle de ces autorités. Or c’est sous la réserve expresse que ces droits soient garantis que le Conseil constitutionnel a reconnu la faculté pour le législateur de doter les autorités administratives indépendantes d’un pouvoir répressif.

Le juge a fait preuve, sur ce point, d’une vigilance certaine dans la période récente, notamment en exigeant une mise en demeure préalable aux mesures de sanction. Ainsi en a-t-il été, du moins dans un premier temps, pour ce qui est des sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l’audiovisuel sur la base des articles 42 et 42-1 de la loi du 30 septembre 1986, le Conseil d’État se fondant expressément, pour exiger cette mise en demeure, sur l’interprétation donnée en ce sens par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 248 DC du 17 janvier 1989, aux dits articles, pour reconnaître leur conformité à la Constitution <sup>198</sup>. Le Conseil d’État a étendu cette exigence aux sanctions prononcées par la Commission de contrôle des assurances <sup>199</sup>, sans ignorer pour autant les conséquences pratiques d’une telle jurisprudence qui revient à ne permettre une sanction qu’en cas de récidive.

Ces progrès jurisprudentiels n’ont pas toutefois pas suffi à faire taire les critiques. La procédure suivie pas les autorités administratives indépendantes en matière de sanctions a continué de susciter des réserves. Si cette situation tient au fait que les textes institutifs des autorités administratives indépendantes sont le plus souvent lacunaires sur ce qui touche à la procédure suivie devant elles, beaucoup de ces organismes n’ont pas immédiatement cherché, comme cela vient d’être dit sur un plan plus général, de solution dans l’élaboration d’un règlement intérieur explicitant, à l’attention de leur public, les règles qu’ils suivent.

La question nourrit l’actualité juridique depuis que les Cours suprêmes françaises ont admis <sup>200</sup> que les stipulations de l’article 6 §1 de la Convention

---

195 - Voir notamment chronique de jurisprudence du Conseil d’État, Mattias Guyomar et Pierre Collin, *AJDA*, 20 février 2000.

196 - Voir, par exemple, pour le Conseil de la concurrence, l’article 18 de l’ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

197 - Dans l’affaire *Skyrock*, le CSA a ainsi été critiqué pour ne pas avoir respecté les principes généraux de la procédure : il avait en effet interdit à cette radio d’émettre pendant une journée sans mise en demeure préalable et n’avait pas organisé de débat contradictoire.

198 - CE, Ass., 11 mars 1994, *SA « La Cinq »*, p. 118, avec les conclusions de P. Frydman.

199 - CE, 21 février 1996, *Mutuelle antillaise des assurances et autres*, Tp 737.

200 - Cassation, Ass. plen, 5 février 1999, *COB c/ Oury* ; CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, p. 399.



européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatives aux différents aspects de l'équité dans le procès<sup>201</sup>, étaient invocables à l'encontre des décisions de sanction rendues par les autorités administratives indépendantes dès l'étape du prononcé de la sanction par celles-ci<sup>202</sup>. La solution n'allait pas de soi. Les cours suprêmes françaises ont dû en effet admettre que les décisions que rendent les autorités administratives indépendantes en matière disciplinaire entrent dans le champ de l'article 6 de la CEDH alors même qu'au sens du droit interne elles ne sont pas des juridictions – à l'exception de la Commission bancaire – et que les sanctions qu'elles prononcent ne sont pas des sanctions pénales.

Pour le décider, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont partiellement adopté le raisonnement des juges de Strasbourg, pour lesquels les qualifications juridiques nationales ne sont pas déterminantes. Dans une démarche pragmatique, la Cour européenne ne s'intéresse en effet qu'à la situation de la personne qui se trouve en face d'un organe et non à la qualification formelle de cet organe, juridiction, autorité administrative, voire simple agent public. Si ces organes peuvent prendre une décision de sanction sévère, qui a un caractère à la fois préventif et répressif, en vue de protéger une norme à caractère général<sup>203</sup>, les juges de Strasbourg estiment que les garanties de l'article 6 de la Convention trouvent à s'appliquer.

Or les autorités de régulation des marchés par exemple, comme la Commission des opérations de bourse et le Conseil des marchés financiers, peuvent prononcer des sanctions lourdes, qui ont un caractère à la fois répressif et préventif ; quand bien même celles-ci sont qualifiées par la loi nationale de sanctions administratives, elles sont ainsi des accusations rendues en matière pénale au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Si le droit interne ne qualifie pas les autorités administratives indépendantes de juridictions, elles sont, quand elles engagent des procédures pouvant être suivies du prononcé d'une sanction – eu égard à leur nature, à leur composition et à leurs attributions – des tribunaux au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). En conséquence, le Conseil d'État a admis que les stipulations de cet article étaient applicables aux autorités administratives indépendantes lorsqu'elles statuaient en matière disciplinaire et la Cour de cassation a pour sa part admis directement, sans expliciter la même analyse, que les stipulations de l'article 6 de la CEDH devaient être respectées dès la phase administrative.

Certes la jurisprudence de la CEDH atténue les exigences pesant directement sur l'organisme prenant la sanction, dès lors que la décision de celui-ci est « *soumise au contrôle d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridic-*

---

201 - Aux termes du paragraphe 1 de l'article 6 de la CEDH : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

202 - Sur la distinction entre sanctions et mesures conservatoires, voir CE, 22 novembre 2000, *Mutuelle inter-jeunes*, n° 211285 et *Amirshahi et autres* n° 215317.

203 - Selon les trois critères dégagés par la Cour de Strasbourg dans son arrêt du 21 février 1984, *Öztürk*, n° requête : 8544/79, série A n° 73.



tion et offrant les garanties de l'article 6 »<sup>204</sup>. Dans cette hypothèse la cour examine « si la procédure a revêtu dans son ensemble un caractère équitable, eu égard aux irrégularités éventuellement intervenues avant le renvoi de l'affaire devant les juges du fond, en vérifiant en pareil cas qu'il a pu y être porté remède devant eux »<sup>205</sup>.

En d'autres termes, il y a des irrégularités auxquelles il peut être remédié devant le juge et il y a inversement des règles dont « l'inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ».

La question devient dès lors de savoir quelles sont ces règles dont la transgression vicie la sanction dès le départ ; la CEDH n'a pas encore donné de réponse sur ce point, mais elle a été sur le sujet assez largement devancée par le juge national, la Cour de cassation comme le Conseil d'État jugeant par exemple que si l'absence de séance publique lors du prononcé de la sanction ne viciait pas irrémédiablement la procédure suivie, il n'en était pas de même de la violation du principe d'impartialité<sup>206</sup>.

Les exigences liées au respect du principe d'impartialité nourrissent donc un débat aux enjeux particulièrement importants pour les autorités de régulation.

Dans son interprétation de l'impartialité garantie par l'article 6 de la CEDH<sup>207</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme consacre l'exigence d'impartialité objective, sur la base de ce que certains ont appelé la théorie de l'apparence : il ne suffit pas que la juridiction, dans son fonctionnement, satisfasse aux principes d'équité, d'objectivité et d'impartialité ; elle doit objectivement donner l'impression qu'elle peut les satisfaire<sup>208</sup>. La Cour s'attache ainsi concrètement à évaluer si, dans chaque espèce, il y a eu un cumul de fonctions ou tout autre élément de nature à inspirer au justiciable une inquiétude légitime quant à l'impartialité des juges qui vont trancher son affaire. Elle condamne notamment l'exercice effectif par un ou plusieurs juges de deux fonctions : celles de juge d'instruction et de juge du fond<sup>209</sup>.

La procédure pénale, qui repose sur la séparation de trois phases successives – l'ouverture d'une information par le parquet, qui rédige un réquisitoire introductif, la saisine du juge d'instruction et la transmission au juge du siège – assure d'une manière particulièrement visible la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

En revanche, les autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction cumulent **par nature** les pouvoirs de décider d'engager des enquêtes sur les agissements des entreprises du secteur qu'elles régulent, d'en tirer les conclusions pour ouvrir une procédure disciplinaire, si elles estiment

---

204 - CEDH, Affaire *Helle c/ Finlande* du 19 décembre 1997, Rec., 1997-VIII.

205 - CEDH, 26 septembre 1996, *Mialhe c/ France (n°2)*, Rec., 1996-IV.

206 - CE, 9 avril 1999, *GIE Oddo-Futures*, n° 182421.

207 - CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, n° requête : 7819/77 ; 7878/77, série A n° 80.

208 - 17 janvier 1990, *Delcourt c/ Belgique*, n° requête : 2689/65, série A n° 11.

209 - Notamment, CEDH, 26 octobre 1984, *de Cubber c/ Belgique* n° requête : 9186/80, série A n° 86 ; 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, n° requête 10486/83, série A n° 154.



que les faits relevés sont susceptibles de donner matière à sanction, d'instruire l'affaire et, *in fine* le cas échéant, de prononcer des sanctions.

Deux types de questions relatives à la conformité de la procédure de sanction devant les autorités administratives indépendantes aux exigences découlant de l'article 6 §1 de la CEDH ont été tranchées par les juridictions suprêmes françaises : celle de savoir à quelles conditions la participation du rapporteur au délibéré est compatible avec l'exigence d'impartialité objective et celle de savoir si l'auto-saisine de l'autorité est contraire à l'exigence d'équité.

La Cour de cassation a estimé que la participation du membre du collège de la COB qui a été désigné comme rapporteur de l'affaire au délibéré de la formation de jugement méconnaissait l'exigence d'impartialité objective rappelée par l'article 6 §1<sup>210</sup>, en estimant que son rôle d'instruction du dossier l'amène à préjuger du litige. Elle en a jugé de même pour la présence au délibéré du rapporteur et du rapporteur général du Conseil de la concurrence, alors même qu'ils ne prenaient pas part au vote. Le Conseil d'État<sup>211</sup> a, en revanche, considéré que le rapporteur près le Conseil des marchés financiers, dont le rôle est pourtant analogue à celui du rapporteur devant la COB, ne procède qu'à des mesures qui pourraient être décidées par le collège lui-même et ne peut être assimilé au juge d'instruction en matière pénale car il n'est pas à l'origine de la saisine, ne formule pas les griefs et ne prend aucune des mesures de contrainte qui pourraient être assimilées à un préjugement de la culpabilité<sup>212</sup>.

Plus récemment, le Conseil d'État a jugé que la faculté conférée à la Commission bancaire qui, lorsqu'elle fait usage de son pouvoir de sanction, est une juridiction, comme aux organismes administratifs<sup>213</sup> qui, eu égard « à leur nature, leur composition et leurs attributions », peuvent être qualifiés de tribunal au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de se saisir de leur propre mouvement d'affaires qui entrent dans leur domaine de compétence n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncée par les stipulations de l'article 6 §1<sup>214</sup>. Toutefois, il a rappelé que ce pouvoir de saisine d'office ne peut être mis en œuvre que suivant des modalités respectueuses de l'exigence d'impartialité : l'acte d'auto-saisine doit être rédigé en des termes qui ne puissent pas être interprétés comme une anticipation de l'issue de l'affaire ; il ne peut consister ainsi qu'en un exposé neutre des faits dont la personne mise en cause devra répondre ainsi que de la qualification juridique qu'ils pourraient éventuellement recevoir.

---

210 - C. cass., Assemblée plénière, 5 février 1999, *COB c/ Oury* ; n° de pourvoi : 97-16440, Bulletin 1999 A. P. n° 1, p. 1 ; C. cass. com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard SGE*, n° de pourvoi : 97-15617, Bulletin n° 1999 IV n° 158, p. 133.

211 - CE, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, p. 399.

212 - Dans une affaire concernant le pouvoir disciplinaire du barreau, la Cour de cassation a retenu un raisonnement plus proche de celui du Conseil d'État (1<sup>re</sup> Ch. civile, 23 mai 2000, *Gazette du Palais*, 1<sup>er</sup> août 2000, notre P. Sargos).

213 - Il est intéressant de relever qu'à l'occasion du litige concernant la Commission bancaire statuant sur ce point comme une juridiction, le Conseil d'État a, par une incidente, clairement fait apparaître que la solution valait également pour les organismes administratifs pouvant être qualifiés de tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH.

214 - CE, Section, 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Ltd*, n° 180122.



Reste une difficulté majeure tenant au fait que par un arrêt du 7 mars 2000, *Société KPMG fiduciaire de France* <sup>215</sup>, la Cour d'appel de Paris, tout en relevant que le cumul par la COB des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'était pas, par lui-même, contraire à l'exigence d'impartialité, a jugé que les conditions dans lesquelles le collège les avait successivement exercées avaient irrémédiablement vicié l'ensemble de la procédure.

Cette jurisprudence a conduit à un décret en Conseil d'État <sup>216</sup> ayant pour objet de parer – par la répartition des rôles entre le directeur général des services de la COB, le président du collège, le membre du collège qu'il désigne rapporteur, et les autres membres du collège – à l'objection de manquement apparent de l'institution à l'exigence d'impartialité et d'éviter qu'une institution d'État, à laquelle la loi a donné un pouvoir de sanction dans des conditions non contestées par le Conseil constitutionnel se trouve frappée d'incapacité d'exercer ce pouvoir.

**Au-delà du problème de la COB la question est de déterminer quelles conséquences il convient de tirer de l'orientation de l'arrêt KPMG.**

**À court terme**, il est clair qu'il appartient à chaque autorité administrative indépendante dotée de pouvoir de sanction d'apprécier si les textes qui la régissent et surtout ses pratiques risquent de donner prise au type de grief qui a abouti à l'arrêt *KPMG*, notamment, mais non exclusivement, lorsque le juge dont elle relève est le juge judiciaire, et de prendre toute mesure concrète utile à cet égard ; notamment en prévoyant dans son règlement intérieur, dans le prolongement de ce qui a été dit plus haut, les conditions d'intervention de son pouvoir de sanction. L'absence de telles dispositions dans un règlement intérieur ne peut que s'avérer gênante, en particulier dans les autorités administratives indépendantes relativement anciennes, comme la Commission bancaire, dont les textes institutifs sont laconiques en termes de fonctionnement et de garanties procédurales et dont le fonctionnement peut ainsi paraître opaque.

**L'objectif à moyen terme devrait, semble-t-il, être la recherche des voies progressives d'un consensus des juridictions et plus généralement des milieux concernés par la régulation sur l'idée que l'état de droit n'est pas menacé du seul fait que le régime juridique des sanctions administratives, en particulier lorsqu'elles sont prononcées par une autorité administrative « indépendante », n'est pas strictement identique au régime des sanctions pénales.**

Sinon on risque de fragiliser rapidement un dispositif de sanctions administratives qui a fait ses preuves, en le rendant nécessairement plus lourd et plus lent.

---

215 - Cour d'appel, Paris, Chambre 1, Section H, 7 mars 2000, n° 106246.

216 - Décret n° 2000-721 du 1<sup>er</sup> août 2000 modifiant les dispositions du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 relatives à la procédure de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse (JO du 2 août 2000 p. 11939).



Aussi le respect plus scrupuleux par les autorités administratives indépendantes de l'équité dans le procès doit-il aller de pair avec un certain réalisme de la part de leurs juges comme des auteurs des textes qui les régissent, afin que la répression administrative conserve son efficacité, c'est-à-dire sa raison d'être, et demeure pour les autorités de régulation le dernier étage d'un ensemble cohérent de pouvoirs. Mû par ce souci d'adapter de manière réaliste les principes de la matière répressive aux cas des sanctions administratives, le Conseil d'État a considéré, dans une décision de Section du 22 novembre 2000, *Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*<sup>217</sup>, que le principe de personnalité des peines<sup>218</sup> ne faisait pas obstacle à ce que le Conseil des marchés financiers prononçât une sanction de 10 MF à l'égard d'une société au motif qu'elle avait absorbé entièrement la société auteur des manquements, eu égard tant à la mission de régulation économique de l'autorité administrative en cause qu'au caractère pécuniaire de la sanction prononcée. Il a, en revanche censuré le blâme prononcé par la même décision, en raison de ce même principe de personnalité.

Une telle solution paraît conforme à l'équilibre que le Conseil constitutionnel semble avoir recherché dans ses décisions relatives au régime des sanctions administratives. En 1995, le Conseil d'État se demandait dans ce sens si, en dessinant les principes fondamentaux applicables aux sanctions administratives, le juge constitutionnel n'a pas implicitement considéré que les autres règles de la procédure pénale n'avaient pas vocation à être invocables à leur égard<sup>219</sup>. La question demeure ouverte, bien que certains principes de la matière pénale ne s'appliquent pas aux autorités administratives indépendantes<sup>220</sup>. Elle a pour enjeu la distinction de nature entre les sanctions administratives et les sanctions pénales et donc la légitimité du principe même d'une répression confiée à l'administration.

### **3.1.3. Renforcer les mécanismes par lesquels les autorités administratives indépendantes rendent compte de leur action et sont contrôlées, notamment par le Parlement**

**La question des mécanismes par lesquels les autorités administratives indépendantes rendent compte de leur action et sont contrôlées est évidemment une question centrale à propos de ces autorités : il en va de leur légitimité et leur efficacité. Ce problème constitue une sorte de défi, notamment pour ce qui est du contrôle démocratique, essentiellement**

---

217 - n° 207697.

218 - Principe à valeur constitutionnelle (décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Rec. p. 75) dont la Cour de cassation a jugé qu'il s'applique aux personnes morales (Cass. crim., 20 juin 2000, Bull. Crim. n° 237).

219 - Dans son étude : *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, Paris, 1995.

220 - Le principe de la légalité de l'incrimination ne s'applique qu'avec réserve ; les sanctions administratives peuvent être prononcées alors que l'action publique est prescrite ; la règle « *non bis in idem* » ne joue pas entre une sanction pénale et une sanction administrative ; l'amnistie affectant les sanctions pénales n'a pas d'incidence sur les sanctions administratives dès lors que la loi d'amnistie n'en dispose pas autrement.





**parlementaire, faute de règles explicites en la matière.** Ceci n'est pas propre à la France : dès la fin des années 1970, une réflexion sur le sujet s'est développée en Amérique du Nord et en Grande-Bretagne et le débat s'est étendu depuis aux pays où l'apparition des autorités administratives indépendantes a été plus tardive, comme l'Italie.

Le problème concerne moins le contrôle juridictionnel, qu'il s'agisse de celui effectué par le juge administratif ou le juge judiciaire sur les décisions des autorités administratives indépendantes, ou de celui effectué par le juge des comptes sur la bonne utilisation des deniers publics, que des conditions dans lesquelles les autorités administratives indépendantes sont amenées à rendre compte devant le Parlement, le Gouvernement ou les acteurs intéressés et même l'opinion.

**Le contrôle juridictionnel** s'exerce même sans texte sur les autorités administratives indépendantes, comme sur toute autorité administrative. Cela a été rappelé précédemment. La circonstance que ce contentieux a été confié pour partie par le législateur au juge judiciaire est bien évidemment sans incidence sur la réalité de ce contrôle. L'étendue du contrôle ne varie pas selon le juge compétent. Les mesures de sanctions sont notamment soumises à un contrôle de proportionnalité<sup>221</sup>. Les textes reconnaissent le plus souvent à la juridiction compétente un pouvoir de pleine juridiction dans ce domaine<sup>222</sup>, ce qui permet d'assurer l'exacte adéquation de la peine au manquement constaté<sup>223</sup>.

Ainsi compris, le contrôle juridictionnel s'est montré d'une efficacité indéniable.

D'un point de vue procédural, il s'est traduit par une protection réelle des droits des administrés, notamment en matière disciplinaire. Les intéressés doivent en effet bénéficier des garanties fondamentales qui s'attachent à l'exercice du pouvoir de sanction, rappelées précédemment. À cet égard, l'intervention du juge a souvent été décisive, la culture de certaines autorités administratives indépendantes pouvant les inciter plus à conférer une infaillibilité de principe à l'expertise qu'à reconnaître les mérites de la procédure contradictoire.

Au fond, l'intervention du juge a permis de clarifier un certain nombre de règles. Elle s'est avérée de ce point de vue aussi profitable aux professionnels du secteur qu'aux autorités administratives indépendantes, soucieuses d'être éclairées sur la portée exacte de certaines normes législatives ou réglementaires. Au fil des décisions se sont ainsi formés de véritables régimes juridiques, comme pour l'accès aux documents administratifs ou l'attribution de fréquences par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

---

221 - Cf. notamment CE, 14 juin 1991, *Association Radio-Solidarité*, p. 232.

222 - Le contrôle s'exerce toutefois par la voie de la cassation pour ce qui concerne la Commission bancaire, laquelle, en vertu de la loi bancaire, agit en qualité de juridiction lorsqu'elle exerce son pouvoir de sanction.

223 - Voir Yves Gaudemet : « Le pouvoir de réformation de la Cour d'Appel de Paris dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence » n° 50, 15 décembre 1999, p. 2241.



Une telle clarification ne s'opère toutefois que dans la durée et suppose que le nombre de saisines soit suffisamment important, ce qui n'est pas le cas dans tous les domaines.

Le secteur financier, notamment, pose des difficultés spécifiques, que les juridictions ont du reste reconnues en s'organisant de manière à intervenir rapidement et avec tout le pragmatisme nécessaire. Mais, indépendamment même du défi qu'il représente en termes d'urgence, le secteur économique et financier présente la particularité de devoir être régulé à partir d'une jurisprudence peu abondante ; les saisines y sont, en effet, rares. Tout au plus les avancées récentes de la jurisprudence ont-elles conduit à une légère augmentation de pourvois essentiellement appuyés sur des moyens de procédure, liés à l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans l'ensemble, la nécessité d'agir rapidement développe chez les acteurs une culture de compromis. L'importance des enjeux financiers ainsi que des phénomènes de rumeurs dissuadent, parfois à l'excès, du recours au juge. Quelle que soit l'attention portée au raccourcissement des délais de jugement et au développement du référé, les marchés ignorent la présomption d'innocence. Le seul fait de se trouver en délicatesse avec le régulateur (Commission bancaire, Commission de contrôle des assurances, Commission des opérations de bourse) peut porter atteinte au crédit d'une entreprise. C'est d'ailleurs une des raisons qui ont conduit les juges administratif et judiciaire à se montrer particulièrement vigilants sur le respect du principe d'impartialité par les autorités administratives indépendantes et à exiger d'elles, dès la phase administrative de la procédure, le respect de certaines des garanties qui ne s'appliquaient jusqu'ici que devant les juridictions <sup>224</sup>.

Dans le domaine financier ou dans d'autres, il arrive en effet que le juge ne soit pas saisi, soit que l'entreprise redoute une publicité qui lui serait préjudiciable, soit qu'elle souhaite éviter de se retrouver en porte-à-faux vis-à-vis de l'autorité de régulation avec laquelle elle est condamnée à vivre en tête-à-tête.

Cela n'est pas nécessairement préjudiciable ; il reste que le bon fonctionnement d'une autorité administrative indépendante implique une bonne articulation entre celle-ci et le juge chargé de son contrôle. Celui-ci doit le plus souvent possible pouvoir recadrer l'action de l'autorité administrative indépendante en fonction de ses propres décisions. Il est éclairant de relever que si la CADA peut éditer des guides de référence de l'accès aux documents administratifs, c'est en partie grâce à l'importance des décisions juridictionnelles en la matière ; inversement on notera le faible nombre de saisines du juge à l'encontre des décisions de la COB ou de la Commission bancaire.

Il n'appartient bien sûr pas au Conseil d'État, après avoir fait cette observation, de procéder à une quelconque suggestion pour promouvoir ce contrôle juridictionnel. On peut seulement relever que cette meilleure articulation souhaitable entre le juge et l'autorité administrative comporte des implications du côté du juge lui-même qui doit se mettre en état de juger rapidement

---

224 - Cass. com., 5 octobre 1999 et CE, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, p. 399.



et avec une compétence reconnue. Il paraît possible de dire que le juge administratif et le juge judiciaire ont pris en la matière les dispositions qui s'imposent.

Il convient également de rappeler que, comme on l'a déjà vu, le Conseil constitutionnel a affirmé, dès 1986, qu'une autorité administrative indépendante était, à l'instar de toute autorité administrative, soumise au contrôle de légalité qui peut être mis en œuvre par le Gouvernement<sup>225</sup>. L'administré ne pourrait que gagner à une plus grande vigilance du Gouvernement dans l'exercice de ce contrôle même s'il n'est à l'évidence appelé que de façon marginale à déboucher sur une saisine effective du juge.

**Le contrôle financier** des autorités administratives indépendantes suscite quelques interrogations ; non pas, d'ailleurs, pour ce qui est du contrôle a posteriori relevant de la Cour des comptes et de l'Inspection générale des finances. Ce contrôle s'exerce de plein droit à l'égard des autorités administratives indépendantes comme pour l'ensemble des organismes publics. Certes depuis la création, il est vrai récente, de la plupart des autorités administratives indépendantes, aucune mission d'envergure de contrôle a posteriori n'a encore été réalisée, mais la Cour des comptes se déclare déterminée à inscrire dorénavant régulièrement des autorités administratives indépendantes dans son programme de contrôle.

Le problème concerne en réalité le contrôle financier a priori prévu sur l'engagement des dépenses de l'État par la loi du 10 août 1922. La plupart des autorités administratives indépendantes et notamment les plus importantes (CNIL, COB, CSA, ART, CRE ...) sont dispensées de ce contrôle depuis qu'il en a été ainsi décidé pour le Médiateur de la République et pour la CNIL.

Ce choix place la France dans une position originale. Les comparaisons internationales sont certes difficiles, la séparation des ordonnateurs et des comptables n'étant pas universellement pratiquée. Mais on peut observer que, même dans des pays où l'autonomie des agences est reconnue de longue date, cette indépendance n'est pas nécessairement conçue comme excluant toute forme de contrôle sur l'engagement des dépenses et l'utilisation des crédits. Ainsi aux États-Unis, les agences administratives qui détiennent un pouvoir exécutif ne sont pas seulement soumises au contrôle a posteriori que le *General Accounting Office* exerce pour le compte du Congrès. Elles sont également placées sous la surveillance de l'*Office of Management and Budget*, autorité directement rattachée à la Maison Blanche chargée à la fois de préparer le budget des différentes administrations, de s'assurer de la bonne utilisation de leurs crédits et de contrôler leurs politiques d'achats et de dépenses.

Il est sans doute important que les autorités administratives indépendantes puissent conserver une réelle souplesse de gestion, notamment en matière de recrutement et de régime applicable à leurs agents contractuels. On comprend aussi que le législateur ait voulu les préserver des excès d'une surveillance qui a parfois été utilisée par ceux qui l'exercent comme un moyen de fixer par

---

225 - Décision n° 86-217, DC du 18 septembre 1986, Rec. p. 141.



circulaire les règles de la comptabilité publique ou de s'ériger en juge de l'opportunité des dépenses. Cela dit, dans son principe, le contrôle financier n'est pas une tutelle sur l'ordonnateur mais une garantie du respect des règles de la dépense publique. Il n'est donc pas radicalement inconciliable avec l'indépendance d'institutions qui, au même titre que les administrations classiques, vivent sur le budget de l'État, pas plus qu'il ne l'est pour les juridictions. La suppression pure et simple du contrôle financier a priori ne paraît donc pas s'imposer. Toutefois l'existence du contrôle financier ne doit pas conduire à remettre en cause la liberté de recrutement d'agents contractuels dans les conditions dérogatoires spécifiques prévues par la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

Par-delà les contrôles juridictionnel et financier, le vrai problème, s'agissant du contrôle qui s'exerce sur les autorités administratives indépendantes, est celui de la façon dont elles sont amenées à rendre compte de façon plus globale et politiquement plus significative de leur action, en premier lieu devant les instances institutionnelles démocratiques que sont le Parlement ou le Gouvernement, mais aussi devant le milieu professionnel concerné, sinon même devant l'opinion publique. Or on doit noter que si le contrôle exercé par les professionnels directement concernés s'est progressivement affirmé, avec les limites que comporte un tel contrôle, il n'en est pas toujours de même des autres formes de contrôle.

**L'action des autorités administratives indépendantes fait l'objet d'une indéniable vigilance de la part des professionnels directement concernés et plus généralement du milieu auquel ceux-ci appartiennent.** L'ensemble des autorités administratives exerçant une fonction de régulation le ressentent comme un volet essentiel des contrôles pesant sur elles. Elles sont une conscience aiguë de ce que leur crédibilité ne se mesure pas seulement en fonction de la conformité de leurs décisions à la jurisprudence de leurs juridictions de contrôle, mais aussi et surtout en fonction de leur capacité à répondre non seulement à l'attente des opérateurs qu'elles régulent, attente qui est celle d'un régulateur puissant et non laxiste, mais aussi aux « *standards* » d'une communauté composée d'autorités étrangères, d'avocats, d'universitaires, de professeurs de diverses disciplines qui suivent de près leur activité.

C'est ce qui explique leur sensibilité aux rapports qui peuvent être établis sur leurs conditions de fonctionnement, lorsque cela est prévu, par la Commission européenne. Celle-ci est, en effet, amenée à faire annuellement un rapport au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur la mise en œuvre de différentes réglementations dans les domaines récemment ouverts à la concurrence (télécommunications, électricité, poste...).

Le « *contrôle* » par les « *ressortissants* » de l'autorité de régulation a toutefois ses limites. Il s'accompagne par ailleurs d'un risque important de « *capture* » de l'institution par les acteurs qu'elle est censée contrôler. Certaines analyses, désormais classiques, font de ce passage sous l'influence



des groupes de pression une phase inévitable de l'évolution et du déclin d'une autorité indépendante<sup>226</sup>. Sans épouser cette thèse, il est certain que les professionnels, en particulier les entreprises les plus importantes, sont tentés d'établir avec le régulateur une relation de coopération, parfois souhaitable mais aussi ambiguë.

Le risque de « *capture* » est d'autant plus grand que l'autorité administrative indépendante exerce son autorité sur un secteur limité et pendant une période prolongée. C'est la raison qui conduit l'OCDE à souhaiter que l'État ou une autorité de la concurrence transversale conserve une compétence de principe et que la régulation ne soit confiée qu'exceptionnellement à des agences spécialisées, par exemple pour conduire l'évolution de certains domaines à une phase critique de leur développement technique ou économique, lors du passage d'une situation de monopole à un marché concurrentiel.

**Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Parlement et, dans les limites inhérentes à l'indépendance de celles-ci, par le Gouvernement reste sans doute le plus difficile à assurer.** Indépendance ne saurait signifier irresponsabilité : tous les pays qui ont recouru aux autorités administratives indépendantes ont été confrontés à la nécessité de mettre en place des procédures par lesquelles les organismes administratifs dégagés de la tutelle ministérielle peuvent rendre compte de leur action aux pouvoirs politiques – législatif, mais aussi exécutif. Cette surveillance n'entrave en rien l'indépendance fonctionnelle qui est reconnue aux autorités administratives indépendantes : elle est au contraire la condition de leur développement et la meilleure garantie de leur bon fonctionnement<sup>227</sup>.

En France, les textes régissant les autorités administratives indépendantes les plus importantes ont explicitement prévu la possibilité, pour les Commissions parlementaires, de les auditionner. Toutefois cette possibilité n'a été que faiblement utilisée jusqu'ici, alors même que ces institutions se sont, dans leur ensemble, montrées soucieuses de transmettre au Parlement une information de qualité.

Aucun dispositif d'ensemble n'a d'ailleurs été conçu dans notre pays par le Parlement pour assurer ce contrôle sur les autorités administratives indépendantes qu'il a instituées, en dépit des interrogations que commence à susciter en son sein le développement de ces autorités et des réflexions qui se développent sur ce point<sup>228</sup>, en partie au travers des intermédiaires privilégiés que sont, d'une part, les députés et sénateurs qui participent *es qualités* à certains collèges d'autorités, tels ceux de la CNIL, de la CADA ou de la Commission de contrôle des interceptions de sécurité et, d'autre part, les membres désignés, pour certaines autorités, par les présidents de l'Assemblée Nationale et

---

226 - L'ouvrage fondateur de Marver Bernstein, *Regulating Business by Independent commissions*, Princeton University Press, 1955, a été à l'origine d'une littérature abondante sur la question.

227 - Cf. notamment Gian-Domenico Majone, *Controlling regulatory Bureaucracies : Lessons from the American experience*, European University Institute Working Papers in Political and Social Sciences, Florence, 1993.

228 - Voir par exemple le colloque organisé à l'Assemblée nationale à l'automne 2000 intitulé « Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique ».



du Sénat, tels ceux désignés au Conseil supérieur de l'audiovisuel, à l'ART ou à la CRE.

Certes aux États-Unis, la création des *independent regulatory agencies* a été, dès l'origine, un moyen pour le Congrès de faire basculer sous son contrôle des missions qui relevaient jusqu'alors principalement de l'exécutif, alors qu'en France, l'introduction des autorités administratives indépendantes s'est faite dans un contexte plus neutre, sans être l'enjeu d'un rapport de forces entre le Gouvernement et le Parlement. De plus, les caractéristiques de la Constitution et la tradition politique ne prédisposent pas le Parlement à exercer un contrôle politique continu sur les autorités administratives indépendantes.

Il serait toutefois dommageable qu'apparaisse un conflit négatif de compétences, le Gouvernement se montrant vigilant à respecter l'indépendance des autorités administratives indépendantes et le Parlement s'en tenant à une attitude de distance. Les principes sur lesquels repose l'intervention des diverses autorités administratives indépendantes, notamment en matière de régulation, font aujourd'hui l'objet d'un consensus suffisamment large pour que l'implication du Parlement dans ce domaine ne débouche pas nécessairement sur une politisation partisane des enjeux, et les autorités administratives indépendantes trouveraient sans doute dans un dialogue plus nourri avec la représentation nationale une légitimité supplémentaire pour conduire leur action.

Il convient dès lors de renforcer les mécanismes par lesquels les autorités administratives indépendantes sont amenées à rendre compte de leur action et rechercher en particulier les conditions d'exercice d'un plus grand contrôle démocratique sur ces autorités, étant précisé que les développements qui suivent concernent essentiellement le « *premier cercle* » d'autorités, c'est-à-dire celles dont les pouvoirs et les responsabilités découlent des caractéristiques de leur mission et dont leur champ de compétence leur donne un poids administratif propre suffisant.

**• Il est tout d'abord évident que l'indépendance reconnue aux autorités administratives indépendantes ne doit pas priver le Gouvernement des moyens de faire face à ses responsabilités**, qu'il s'agisse du respect des lois, de la prise en compte des orientations politiques générales ou de la sauvegarde de l'ordre public et des intérêts nationaux. Si les autorités administratives indépendantes méritent d'exercer leur mission en toute liberté, en particulier lorsque des décisions individuelles sont en cause, l'unité de l'État et la cohérence de l'action publique doivent en effet être préservées.

Cela passe notamment par une présence mieux organisée du Gouvernement auprès de certaines autorités administratives indépendantes. En l'état actuel, la situation, on l'a vu, est très disparate, sans toujours une justification apparente ; les textes ont institué un commissaire du Gouvernement auprès de certaines d'entre elles ; d'autres autorités accueillent dans leur collège *es qualités*, un haut fonctionnaire, soumis au pouvoir hiérarchique du ministre. Il peut arriver, comme c'est le cas devant le CSA ou l'ART, que le Gouvernement ne soit pas représenté auprès de l'autorité.



La fonction de commissaire du Gouvernement auprès d'une autorité administrative indépendante, lorsqu'elle est justifiée en raison des pouvoirs de décision de l'institution en cause et de l'importance de son champ de compétence, peut sans doute être aménagée diversement d'une institution à l'autre et même, au sein de l'institution, selon le type de décisions en cause, pour ce qui est de la participation aux débats préalables à la décision.

Cependant le principe d'une représentation du Gouvernement auprès du « *premier cercle* » d'autorités administratives indépendantes ne saurait faire l'objet que de dérogations exceptionnelles et objectivement justifiables.

Le commissaire du Gouvernement devrait également se voir reconnaître de manière ordinaire la faculté de demander une seconde délibération en dehors du moins de l'exercice du pouvoir de décision. À mesure que le nombre d'autorités administratives indépendantes s'accroît, il est, en effet, essentiel que le Gouvernement ait la possibilité de faire valoir, au-delà des approches sectorielles, les orientations générales de l'action publique.

On peut même se demander si dans certains cas et pour certaines autorités administratives indépendantes, lorsqu'il s'agit de faire face à des situations de crise grave, il ne faudrait pas envisager que tel ou tel ministre puisse demander à être entendu par le collège, sinon même que le Gouvernement soit doté du pouvoir de prendre les mesures qui s'imposent, en cas de carence de l'autorité, sous le contrôle du juge.

La multiplication des autorités administratives indépendantes n'est en effet pas sans risque pour le Gouvernement. Elle le prive des moyens d'interventions juridiques dont il disposait alors même que, face à une situation dangereuse et fortement médiatisée, sa responsabilité politique reste entière. L'expérience des dernières années le montre abondamment : en période de crise, ce que l'on pourrait appeler « *l'écran administratif* » ne fonctionne pas. L'opinion publique n'admet pas que les pouvoirs politiques se retranchent derrière la compétence des experts ou l'indépendance des autorités de régulation. Elle demande une réaction proportionnée à l'importance de l'enjeu ou de l'émotion suscitée. Tout retard des pouvoirs publics dans la réponse à cette attente vient immédiatement alimenter la méfiance du citoyen, qui puise très largement ses sources dans le constat d'une impuissance du politique. Cette question, pour délicate qu'elle soit, ne paraît pas pouvoir être éludée.

Mais par-delà le Gouvernement, c'est essentiellement vers le Parlement, lequel incarne par nature l'exercice du contrôle démocratique, que doivent être recherchés les voies et moyens d'un meilleur contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes les plus importantes.

Dans le cadre de la réforme en cours de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959, il pourrait être envisagé de permettre à celles de ces dernières dont l'importance des moyens le justifie de discuter plus directement de leur budget devant le Parlement. Ce débat serait l'occasion pour la représentation nationale de passer plus systématiquement en revue leur activité et, le cas échéant, de débattre des grandes orientations de l'exercice de leur mission.



Indépendamment de cette discussion annuelle, les présidents des collèges pourraient être amenés à s'exprimer plus souvent devant les Commissions parlementaires compétentes.

**Le rapport et les publications** des autorités sont une façon pour elles de rendre compte de leur activité aux pouvoirs publics et, au-delà, à la communauté des citoyens ainsi qu'aux représentants des intérêts qu'elles sont en charge de contrôler. Dans le cas d'institutions récentes, la conception de ce rapport est déterminante pour éclairer les professionnels du secteur sur l'activité, les priorités, les objectifs de l'autorité, mais aussi, chaque fois que cela est possible, pour expliciter, dans la plus grande transparence, les instruments et les critères dont elle fait usage dans l'exercice quotidien de ses fonctions.

De ce point de vue, on peut regretter que la rédaction du rapport ne donne lieu dans certains cas qu'à l'exposé de considérations très générales sur l'évolution d'ensemble du secteur, sans rendre vraiment compte de l'activité de l'institution et qu'elle ne suscite qu'une faible implication du collège qui, parfois, ne délibère semble-t-il même pas de son contenu. Il est également difficilement compréhensible que certaines autorités administratives indépendantes ne disposent pas de suffisamment de moyens pour se livrer à cet exercice ou que, comme pour la Commission nationale d'équipement commercial, le bilan d'activité de l'autorité soit à rechercher dans le rapport annuel, purement factuel, des directions d'administrations centrales qui ont en charge les secteurs d'activité en cause. Le rapport annuel constitue un instrument indispensable à la « *respiration* » démocratique d'organismes dotés de compétences décisionnelles. Il est impératif que les autorités administratives indépendantes utilisent toutes les potentialités de cet instrument.

En marge du rapport annuel, il convient que les autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de décision gardent le souci d'éditer des documents clairs et pédagogiques, indiquant les conditions dans lesquelles elles interviennent et précisant le contenu des règles en vigueur, l'interprétation jurisprudentielle qui en a été donnée et la doctrine dont elles entendent faire application, sous le contrôle du juge. Cette édition doit se faire sous forme de documents écrits classiques, mais plus efficacement encore dans le cadre de leur site Internet, appelé à devenir de plus en plus l'instrument privilégié pour porter à la connaissance du public leurs décisions et leur « *politique* ».

Il est, en effet, indispensable que les autorités administratives indépendantes s'ouvrent vers le public, ne serait-ce que pour éviter le tête-à-tête « *régulateur régulé* ». Même si les sujets traités par les autorités administratives indépendantes ont un caractère technique, ils peuvent en effet avoir une portée très large ; ainsi s'agissant du financement du service universel ou de l'attribution des licences pour les mobiles de la troisième génération. Une des voies utilisables en ce sens est donc de soumettre à une large consultation par Internet les solutions que les autorités envisagent de promouvoir ou de proposer au Gouvernement. C'est une voie déjà largement pratiquée en France, à l'instar de ce qui se fait à l'étranger. Ainsi, la COB a lancé une consultation de place sur les « *informations financières sur Internet* » et la CRE sur le programme d'investissement du gestionnaire du Réseau de transport d'électricité (RTE).





Mais l'exemple le plus marquant est celui de l'ART qui a lancé au total près de 20 consultations publiques et appels à commentaires depuis 1996.

• **Il convient enfin d'examiner les conditions d'une évaluation périodique notamment par les offices parlementaires d'évaluation de la législation et des politiques publiques<sup>229</sup> de l'activité des autorités administratives indépendantes les plus importantes.** Ces autorités sont, comme on l'a vu, des structures évolutives, qui n'ont pas nécessairement vocation à perdurer dans la forme qui leur a été initialement donnée. Pour remplir pleinement son office et tenir compte de l'insertion de chaque autorité dans un contexte plus large dont elle n'est qu'un des maillons, une telle évaluation devrait se déployer dans trois directions au moins.

La mesure de la performance de l'autorité de la manière dont, compte tenu de ses moyens, elle s'est acquittée de sa mission constitue l'axe le plus évident de cette évaluation. Mais il importe de le compléter par une vision d'ensemble du secteur d'activité concerné, afin d'examiner si les évolutions du milieu justifient le maintien d'une structure autonome ou nécessitent, au contraire, le transfert des compétences de l'autorité à une administration de type classique ou à un autre organe indépendant. Enfin, l'évaluation de chaque autorité doit être menée en parallèle avec celle des services qui lui correspondent au sein des administrations centrales, afin d'éviter les doublons, sources de conflits, d'inefficacité et de démotivation.

Ainsi soumises au contrôle régulier des pouvoirs publics et de l'opinion, les autorités administratives indépendantes ne peuvent qu'acquérir une plus grande légitimité, condition indispensable à l'efficacité de leur action et à l'indépendance qui est attendue d'elles.

---

229 - Instituées par les articles 6 quater et 6 quinquies de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, dans leur rédaction résultant de la loi n° 96-517 du 14 juin 1996.



## 3.2. N'utiliser qu'à bon escient la formule des autorités administratives indépendantes

### 3.2.1. L'autorité administrative indépendante ne saurait devenir un mode d'administration de droit commun

On ne peut évidemment exclure que les raisons qui ont conduit à la création de telle ou telle autorité administrative indépendante conduisent à en créer une nouvelle. Notamment le droit communautaire, alors même qu'il n'impose pas que la fonction de régulation soit confiée à une autorité administrative indépendante, pourrait conduire à ce que cette formule soit retenue dans les secteurs de la poste et des transports ferroviaires à l'instar de ce qu'il en a été pour les secteurs des télécommunications et de l'électricité, à titre de garantie d'un passage effectif d'une situation de monopole d'État à une situation de marché concurrentiel.

Pareillement les raisons tenant aux garanties propres d'impartialité qu'une autorité administrative indépendante peut offrir pourraient conduire le Gouvernement à estimer nécessaire de recourir à cette solution dans de nouvelles hypothèses ; par exemple parce qu'il est arrivé à la conclusion, comme cela s'est produit dans le passé, que la voie la plus opérationnelle qui s'offre à lui, notamment en termes de crédibilité et de légitimité, pour assurer une mission d'intérêt général, est le recours à ce type d'institution plutôt qu'aux structures administratives classiques ou à une simple commission. On ne peut bien évidemment concevoir une telle situation, avec les justifications fortes qu'elle suppose – au-delà de la simple commodité ou d'un détour pour se décharger d'une tâche délicate – que dans des cas limités ; mais il convient de le prévoir.

Cela étant, le fait que les autorités administratives indépendantes font partie de notre dispositif institutionnel public et qu'elles constituent une réponse reconnue à un besoin légitime de nouvelles formes de régulation économique et sociale, et la circonstance que le Conseil constitutionnel n'a pas censuré les dispositions législatives conférant des pouvoirs importants à telle ou telle autorité indépendante du Gouvernement par son statut ne sauraient dispenser de prendre quelque recul par rapport au mouvement spontané de multiplication des autorités administratives indépendantes auquel on a assisté depuis plusieurs années.

Sur le plan des principes, il convient d'abord de rappeler qu'une autorité administrative indépendante dépourvue de personnalité morale ne peut dégager l'État de sa responsabilité juridique puisqu'elle agit au nom de l'État. Elle ne peut, en fait, pas non plus le dégager réellement de sa responsabilité politique, tant il est évident que si le fonctionnement de l'institution en cause est contesté durablement par le milieu concerné ou s'avère inadéquat à l'évolution de ce milieu, le Gouvernement ne pourra pas ne pas intervenir et saisir le Parlement d'un projet de loi modifiant cette institution, voire la supprimant. Il est donc illusoire de s'imaginer que la création d'une autorité administrative indépendante soit, en elle-même, synonyme de désengagement



de l'État ou même d'un allègement de ses structures ou de son fonctionnement. Le risque est plutôt celui d'une rigidification de l'organisation de l'État et de l'action administrative, toute modification dans la composition, les missions et les pouvoirs d'une autorité administrative indépendante créée par la loi appelant le vote d'une nouvelle loi, alors que l'organisation des administrations classiques relève du pouvoir réglementaire.

En outre, les éléments consubstantiels à la recherche d'indépendance de l'autorité administrative – durée du mandat, inamovibilité des membres du collège – font obstacle à une sanction directe et rapide de l'échec éventuel des personnes à qui a été confiée l'exécution de la mission conférée à l'institution. Cela n'est pas une des moindres interrogations que pose l'institution des autorités administratives indépendantes à une époque où la « réactivité » des instances de décision administrative est tant recherchée, ce qui se conçoit mal sans une réactivité parallèle de la sanction.

Il faut relever ensuite que la légitimité de l'État tient à ce qu'il demeure le garant de l'intérêt général. Cette fonction même de l'État cadre mal avec sa parcellisation, fût-elle justifiée par le souci de mieux assurer certaines missions sectorielles. Elle suppose en effet de réaliser en permanence, à des degrés divers, mais qui peuvent être essentiels pour les équilibres du pays, des arbitrages entre des intérêts contradictoires, sectoriels ou non. Des mesures qui, par exemple, auront un impact économique positif sur tel ou tel secteur peuvent avoir des contreparties défavorables sur le plan social ou de l'environnement et des effets politiques déstabilisants, et inversement. Il revient alors à l'autorité publique de trouver le bon équilibre entre des exigences qui s'opposent et d'identifier l'intérêt général dans la contradiction d'impératifs divers. Or la multiplication d'autorités indépendantes au sein même de l'administration rend sinon impossibles, du moins beaucoup plus complexes, ces arbitrages. Le Gouvernement n'a plus toutes les cartes en main et se prive de la capacité de jouer sur plusieurs registres, de renoncer à telle mesure pour mieux faire accepter telle autre ou de choisir telle solution, certes mal reçue par certains secteurs de la société, mais préservant l'intérêt général.

En effet, par construction, la compétence d'une autorité administrative indépendante est spécialisée, sa mission très encadrée et son approche sectorielle, voire dans certains cas « *monoculturelle* ». Elle dispose des outils nécessaires pour élaborer la solution technique la plus adéquate au regard des intérêts qu'elle est en charge de protéger. En revanche, elle est très généralement dans l'impossibilité de faire entrer dans ses décisions des considérations qui excéderaient son domaine de compétence et de vérifier que ses décisions s'intègrent harmonieusement dans le contexte économique, politique et social.

Par ailleurs, derrière la notion d'indépendance, mise en avant comme un apport essentiel des autorités administratives indépendantes, c'est en fait l'impartialité de l'autorité qui est recherchée. Or si l'administration n'est pas indépendante du pouvoir politique, puisqu'elle est par définition soumise au pouvoir hiérarchique des ministres, elle n'est pas pour autant déliée de l'obligation d'impartialité et de neutralité politique. Elle est d'ailleurs également soumise à l'obligation de respecter le principe du contradictoire et le juge se charge de le lui rappeler chaque fois que cela est nécessaire.



Dès lors que l'objectif principal est de renforcer l'impartialité de l'administration, il n'est donc pas systématiquement nécessaire de créer des autorités indépendantes. Réaffirmer et rendre plus effective la règle d'impartialité et de neutralité des services administratifs peuvent certainement suffire le plus souvent. On ne peut d'ailleurs que constater que cette tendance à croire qu'une autorité administrative indépendante est nécessairement politiquement plus neutre que l'administration traditionnelle nous est venue des États-Unis. Or dans ce pays, l'absence de fonction publique de carrière et la pratique du « *spoils system* » peuvent effectivement laisser accréditer l'idée que l'administration est peuplée d'amis politiques du Président. En France, la neutralité politique de l'administration est nettement mieux garantie et ne justifie pas autant de précautions.

De toute façon, l'indépendance des autorités administratives indépendantes ne peut être organisée a priori qu'à l'égard du Gouvernement. Sans aller jusqu'au constat qu'en France une autorité aurait été confisquée par les professionnels du secteur, il faut relever que dans les cas où une autorité administrative indépendante a été instituée pour faciliter l'ouverture à la concurrence d'un marché jusque-là dominé par un opérateur public (marché de l'énergie ou des télécommunications par exemple), elle doit pour cela asseoir immédiatement et fermement son autorité et peser sur cet opérateur public. Elle le fait, en large partie nécessairement <sup>230</sup>, selon une stratégie de régulation asymétrique, en étant particulièrement exigeante à l'égard de l'opérateur public, ce dont elle peut attendre, outre une accélération de la concurrence, la reconnaissance, par l'opinion du secteur privé, de sa totale indépendance vis-à-vis du Gouvernement.

Pendant cette attitude, qui se justifie, peut ne pas être sans incidence sur les équilibres entre maintien du service public, et développement de la concurrence.

Le recours aux autorités administratives indépendantes a par ailleurs un effet secondaire méconnu mais néanmoins préoccupant. À une époque où les autorités publiques cherchent à rapprocher l'administration des administrés, un recours excessif aux autorités administratives indépendantes contribue au contraire à renforcer la centralisation étatique. Pratiquement toutes ces autorités sont en effet constituées par un collège dont il est difficile d'imaginer qu'il puisse être dupliqué au niveau départemental ou même régional. Il en résulte nécessairement une forte distance psychologique entre les citoyens et ces institutions. Seul le Médiateur de la République, parce qu'il dispose d'un délégué dans chaque département, et aussi bien sûr en raison de l'objet de sa mission, fait exception.

---

230 - La Commission européenne rappelle sur ce point que « *afin d'ouvrir les marchés à une concurrence effective, le cadre de l'Union européenne impose aux États membres d'intégrer dans leur droit national un ensemble complet de principes visant, en particulier, à ne pas attribuer les mêmes droits et obligations à tous les acteurs économiques, les obligations les plus contraignantes devant incomber à ceux qui sont les plus puissants sur le marché* » (sixième rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications, 7 décembre 2000).



À la lumière des problèmes, tant pratiques que de principe, sus analysés inhérents au recours aux autorités administratives indépendantes, il semble raisonnable de ralentir leur rythme de création et de veiller à prendre certaines précautions propres à garantir le bon usage de ce type d'institutions.

### **3.2.2. Le recours à cette formule doit être encadré par quelques principes**

*S'assurer de la nécessité du recours à une autorité administrative indépendante plutôt qu'aux autres solutions institutionnelles :*

Le principe selon lequel une autorité administrative indépendante « *ne peut être créée* » que par la loi paraît devoir être consacré comme la conséquence normale du caractère dérogoire au droit commun de ce mode d'administration.

Avant d'envisager la création d'une autorité administrative indépendante, les pouvoirs publics devraient s'assurer que le besoin auquel répond cette autorité ne pourrait être traité de façon aussi satisfaisante par une forme classique d'intervention de l'État. Ce devrait être un élément substantiel de l'étude d'impact du projet de loi.

Lorsque le besoin concerne la protection de la liberté individuelle ou des libertés publiques, il convient de se rappeler que la solution naturelle est le recours au juge. Cette fonction est en effet constitutionnellement assignée aux deux ordres de juridiction. Il appartient en la matière au législateur de définir avec suffisamment de précision le régime des droits et libertés qu'il entend protéger, pour que le juge puisse en assurer l'effectivité.

Lorsqu'il s'agit de l'exercice des missions économiques ou sociales, dont le législateur a décidé qu'elles relèvent de l'État, la forme normale d'intervention est celle de l'administration classique, qui a cette fonction et est équipée en conséquence, qu'il s'agisse d'arbitrer entre intérêts divergents ou de gérer au plus près du terrain.

Le recours à une autorité administrative indépendante se justifie essentiellement pour assurer une mission de régulation, au sens exigeant donné plus haut à ce terme, ou pour éviter des conflits d'intérêts entre l'État opérateur économique, au moins indirectement, et le fonctionnement d'un marché concurrentiel.

En revanche, lorsqu'il ne s'agit que d'assurer dans tel ou tel secteur une capacité d'expertise, d'évaluation, d'appréciation totalement indépendante et impartiale, il n'est pas impossible d'instituer une telle capacité au sein d'une structure restant sous le contrôle ou la tutelle du Gouvernement. Certains choix déjà opérés en ce sens dans le secteur de la santé illustrent parfaitement cette voie intermédiaire. Notamment, l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, qui est un établissement public, à ce titre soumis à tutelle, dispose d'une capacité d'expertise scientifique propre et reconnue qui lui permet, sans que son impartialité soit mise en cause, d'éclairer le Gouvernement dans les choix qu'il doit opérer. Cette formule préserve donc la capacité



de décision et d'arbitrage du Gouvernement, sans le priver de l'expertise indépendante dont il a besoin.

*Exclure l'attribution d'un pouvoir de décision à une autorité administrative indépendante dans certains domaines :*

Les autorités administratives indépendantes qui n'ont qu'un pouvoir d'avis, de recommandation, de proposition n'entament ni l'unité d'action ni la capacité de décision du pouvoir politique. Ce type de pouvoir ne les a pas empêchées d'acquérir une capacité d'influence utile leur conférant une indéniable autorité. Le fait que ces autorités soient bien connues des citoyens et qu'elles puissent faire connaître publiquement leur appréciation en toute indépendance renforce leur pouvoir d'influence. L'attribution d'un pouvoir formel de décision à ces autorités n'ajouterait rien à leur rôle.

Ce constat conduit à considérer que dans le domaine du pilotage de politiques publiques mettant en jeu les responsabilités régaliennes de l'État ou nécessitant une démarche interministérielle, l'attribution d'un pouvoir de décision à une autorité administrative indépendante ne saurait être envisagée, ce qui n'exclut pas, le cas échéant, l'attribution du pouvoir sus-évoqué d'influence par voie d'avis ou de recommandations rendus publics.

On ne peut imaginer, par exemple, que le pouvoir de décision en matière de politique d'entrée et de séjour des étrangers ou encore de lutte contre les discriminations puisse être confié à une autorité administrative indépendante. De même, l'exercice du pouvoir de police administrative générale qui, par essence même, est une prérogative de puissance publique, ne saurait être délégué à une telle autorité. Enfin, la tutelle sur des organismes privés chargés d'une mission de service public ne saurait non plus échapper à la compétence du Gouvernement. Bref, chaque fois qu'une activité est au cœur de l'action de l'État et nécessite que soient prises en compte des considérations diverses dépassant les problématiques essentiellement sectorielles ou techniques, doter l'autorité administrative indépendante d'un pouvoir de décision paraît exclu. En se défaisant de ses compétences au profit d'une telle institution, le Gouvernement renoncerait en effet aux attributs essentiels du pouvoir exécutif et viderait partiellement de son sens le principe de responsabilité politique.

De même dans les secteurs à évolution rapide où les acteurs sont très variés et la dimension internationale essentielle, la régulation étatique semble délicate. Dans ce cas, il a paru préférable d'éviter une approche normative autoritaire et de promouvoir une corégulation, combinant l'action des pouvoirs publics et la responsabilité des acteurs. Le « Forum des droits de l'Internet », à la suite des recommandations du Conseil d'État <sup>231</sup> et de la mission de M. Christian Paul, député de juillet 2000, met en œuvre ces orientations à compter d'avril 2001.

---

231 - Voir notamment l'étude du Conseil d'État *Internet et les réseaux numériques*, Coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 1998.



*Dès lors qu'une autorité administrative indépendante est chargée d'une mission de régulation, lui donner les pouvoirs qu'implique nécessairement cette mission :*

Dès lors que le principe a été retenu de créer une autorité administrative indépendante chargée d'une mission de régulation d'un marché ou d'un secteur, au sens plein du terme, il convient par contre de « jouer le jeu » et de lui donner les pouvoirs et les moyens nécessaires à l'accomplissement de cette mission. En cette matière, comme en d'autres « donner et retenir ne vaut ». Cela signifie au départ une définition claire et sans ambiguïté des rôles respectifs de l'administration centrale et de l'autorité indépendante. La situation en matière de régulation de l'électricité a, comme on l'a dit, montré la difficulté d'éviter des difficultés, si le texte de la loi manifeste, par des imbrications de compétences trop nombreuses, les hésitations qui ont pu exister sur le contenu de la mission de l'autorité.

Cela signifie ensuite que l'autorité doit se voir attribuer les pouvoirs qui lui sont indispensables pour assurer sa mission : pouvoirs de décision et de sanction, mais aussi, dans un certain nombre de situations, pouvoir réglementaire. Il est, en effet, des cas où il apparaît insatisfaisant et artificiel de séparer pouvoir de décision individuelle et un minimum de pouvoir de réglementation. Lorsque la réglementation évolue rapidement, notamment sous la pression des évolutions de marché, ou de décisions prises dans les instances internationales, il est, en effet, opportun de profiter de la capacité de réaction rapide d'une autorité administrative indépendante en lui confiant le soin d'adapter la réglementation applicable au secteur dont elle a la charge. De même, dans des domaines techniques, l'institution qui a pour mission d'appliquer une réglementation aux cas individuels est également la mieux placée pour identifier rapidement les carences juridiques ainsi que les dispositions qui justifient des adaptations ou corrections. L'effet de synergie joue alors en faveur de l'attribution d'un certain pouvoir réglementaire à l'autorité administrative indépendante, dès lors que celui-ci est encadré et donc conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, laquelle offre suffisamment de latitude.

En revanche, l'expérience n'a pas démontré que l'absence de personnalité morale distincte de l'État était un obstacle au bon fonctionnement d'une autorité de régulation. Il apparaît, au contraire, que le statut d'établissement public ne serait pas adapté à une autorité de régulation, laquelle n'a pas pour mission de gérer un service public et qui doit être en mesure d'exercer un certain pouvoir réglementaire et, le cas échéant, de prendre des sanctions, à l'égard de personnes qui ont la qualité d'opérateurs mais non d'usagers d'un service public. Au demeurant, la notion d'établissement public implique une tutelle, ce qui n'est guère conciliable avec la notion d'autorité administrative indépendante.

Par ailleurs, le fait que le financement de l'autorité de régulation soit envisagé sur des ressources autres que budgétaires ne saurait à lui seul justifier de lui conférer la personnalité morale. En effet le produit d'un impôt institué par la loi peut, sur le fondement de l'article 18 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959, être affecté par une loi de finances à une autorité administrative indé-



pendante alors même que celle-ci n'a pas de personnalité morale distincte de celle de l'État.

*Prévoir un réexamen périodique du bien-fondé du maintien de l'autorité administrative indépendante :*

Une autorité administrative indépendante constitue une réponse donnée à un besoin exprimé à un moment donné. Ce besoin peut évoluer. La réponse peut devoir s'adapter. Il paraît dès lors indispensable de prévoir un réexamen périodique du bien fondé du maintien de l'autorité administrative indépendante dans sa configuration existante. C'est particulièrement vrai en matière de régulation, où les tâches changent avec le marché. On a ainsi pu distinguer trois phases dans la régulation d'un marché sectoriel <sup>232</sup> : celle de la « *régulation de l'entrée* », qui consiste à définir les variables, essentiellement techniques et juridiques, permettant à de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché jusqu'alors occupé exclusivement par l'opérateur historique ; celle de la « *régulation de la dominance* », qui consiste à faire en sorte que les nouveaux entrants puissent intervenir correctement sur le marché malgré la position dominante acquise par l'ex-monopole et qui n'est pas encore remise en cause ; la phase de la « *régulation de concurrence* », qui commence lorsque les parts de marché de l'opérateur historique et des nouveaux entrants se banalisent et qui doit se traduire par le démantèlement progressif des instruments spécifiques de régulation mis en place précédemment.

Ce raisonnement est susceptible d'application à d'autres secteurs ou d'autres situations. Une autorité administrative indépendante est ainsi souvent source d'un corps de doctrine, qui peut progressivement être intégré au droit positif ou à un code de déontologie. Il est possible alors d'en revenir à un régime de droit commun et, par exemple, s'agissant des missions actuellement assumées par des autorités administratives indépendantes dans le champ de la protection des libertés publiques, d'en revenir à la régulation par le juge.

Enfin, l'évolution de l'administration elle-même peut être une occasion de réexamen du bien fondé des autorités administratives indépendantes. Comme il a été dit, il ne peut être exclu que, dans divers cas, la création d'une autorité administrative indépendante n'a été qu'une solution de substitution, faute que l'on ait cru pouvoir à l'époque, à bon ou à mauvais escient, faire remplir les mêmes missions, avec toutes les garanties attendues, par l'administration classique.

Il serait fallacieux de voir dans les considérations qui précèdent la chronique de l'extinction annoncée des autorités administratives indépendantes. Ces réflexions ne sont pas applicables à toutes ces institutions et le caractère mouvant de la vie économique, sociale et politique réserve certainement des opportunités inattendues d'apparition de « *problèmes donnés* » auxquels il sera choisi de répondre par la formule certainement durable, en raison peut-être de son ambiguïté magique, de l'autorité administrative indépendante.

---

232 - B. Lasserre « Régulation mode d'emploi » *Societal*, n° 30.





### 3.3. La nécessité d'un renforcement parallèle de la crédibilité des structures classiques de l'État

---

La réflexion sur les autorités administratives indépendantes ne peut être dissociée d'une réflexion plus large sur les structures de l'État, dont elles sont partie intégrante et dont elles ne sauraient, à elles seules, résumer la réforme. Ces institutions constituent une réponse de l'État à des besoins, certes importants, mais le plus souvent sectoriels et ponctuels. Elles laissent entière la question de l'adaptation générale de l'État à ses missions et de sa crédibilité d'ensemble ; la réforme de l'action publique ne saurait donc omettre les structures plus classiques que sont les administrations et les juridictions, au risque pour le citoyen de ne pas percevoir de réelle amélioration de sa situation.

Les présentes considérations ne sauraient prétendre à l'ambition d'appréhender l'ensemble des tenants et aboutissants d'une telle évolution de l'action publique. Du moins est-il paru possible d'aborder le sujet à partir du fil conducteur des exigences auxquelles on a entendu répondre en créant des autorités administratives indépendantes : renforcement de l'impartialité, participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses, recherche d'une plus grande efficacité. Ces exigences ne sauraient être l'apanage des seules autorités administratives indépendantes. Elles s'imposent sans restriction à l'administration. Et la question est de savoir comment celle-ci y fait face ou peut mieux y faire face.

#### • L'exigence d'impartialité

L'administration est soumise à une exigence pleine et entière d'impartialité<sup>233</sup> ; le principe d'impartialité de l'action administrative constitue un principe général de notre droit<sup>234</sup>. L'obligation d'impartialité s'impose, y compris au regard des actes du pouvoir dit discrétionnaire, lorsque l'administration doit apprécier les qualités d'une personne, prendre des mesures gracieuses ou opérer un choix, en matière contractuelle par exemple : dans ces cas l'administration doit, en effet, toujours faire preuve d'objectivité et si le juge ne peut substituer son appréciation à celle de l'administration, d'un jury ou d'un conseil de discipline, rien ne l'empêche de rechercher les motifs réels de la décision et de la censurer, le cas échéant pour défaut d'impartialité. De même, il appartient au juge d'apprécier les motifs réels d'une expropriation, d'une mesure de police administrative, ou de l'exercice du droit de préemption. Lorsque l'autorité administrative choisit un cocontractant, elle est tout autant tenue par le principe d'impartialité ; si elle a le choix de ce cocontractant, elle ne peut agir arbitrairement ; le juge vérifie ainsi que l'administration n'a pas, dans le choix d'un candidat à un marché, « fait preuve de partialité ». Il existe, au demeurant, une mission interministérielle chargée d'enquêter sur

---

233 - E. Mitard, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 20 juin 1999, p. 478 ; M. Degoff, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, juillet-août 98, p. 711.

234 - CE, Section, 20 juin 1958, *Louis*, p. 368.



les « conditions de régularité et d'impartialité » des « passations de marchés publics »<sup>235</sup>. Le contrôle de l'impartialité des actes administratifs est, dès lors, assuré.

L'impartialité doit, non seulement exister, mais, comme il a été dit, « *se donner à voir* ». Elle a donc pour corollaire une exigence de transparence garantie par des procédures adéquates.

Sur ces points, il est intéressant de relever que l'État s'est engagé depuis plus de 20 ans dans un effort soutenu, qui commence de porter ses fruits, même s'il reste de belles perspectives d'amélioration. En matière de transparence, on peut citer le droit à l'accès aux documents administratifs dont il est fait un très large usage, le droit d'accès aux fichiers nominatifs, l'obligation de motivation, l'accessibilité au droit lui-même au travers d'un programme de codification sans précédent. La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration est encore venue renforcer les garanties dans divers de ces domaines. Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication offre au demeurant à l'administration une opportunité exceptionnelle de mieux s'expliquer et de mieux communiquer.

S'agissant des procédures, on peut citer la diversification des dispositifs d'enquête publique et leur rénovation en cours, la systématisation de l'exigence de respect du contradictoire. Le problème actuel n'est plus d'accroître encore ces règles, au risque de basculer, comme on a pu le dire, de l'« état de droit » à l'« état de procédure », mais d'irriguer en profondeur l'administration du principe simple que l'impartialité doit se donner à voir dans toute procédure administrative.

L'administration s'est également engagée dans un effort de renforcement des exigences de déontologie au sein de la fonction publique. Outre la mise en place des commissions de déontologie dans les différentes fonctions publiques<sup>236</sup>, on peut citer le développement des codes et guides de déontologie<sup>237</sup>. Il est vrai que cet effort doit se combiner avec une plus grande efficacité des procédures de sanctions disciplinaires pour éviter de développer une dérive vers la pénalisation de l'action publique<sup>238</sup>.

#### • L'exigence de professionnalisation

L'exigence de professionnalisation de l'action publique doit conduire à associer au processus de décision tant des fonctionnaires ayant des responsabilités de nature différente que des intervenants extérieurs de milieux différents et possédant des compétences professionnelles complémentaires, en vue d'une appréhension plus solide de la réalité. Cette exigence a été à l'origine des

---

235 - Art. 38-1 à 38-8 du Code des marchés publics.

236 - Créées par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

237 - Code de déontologie de la police nationale institué par le décret n° 86-592 du 18 mars 1986 ; guide déontologique pour les fonctionnaires de la direction générale des impôts (juin 1996) ; projet de décret instituant un Code de déontologie de l'administration pénitentiaire.

238 - Rapport au Garde des Sceaux du groupe de travail présidé par le Président Massot : *La responsabilité pénale des décideurs publics*, La Documentation française, 2000.



diverses procédures consultatives internes et externes mises en place depuis la fin de la seconde guerre mondiale dans l'ensemble des administrations et de façon souvent très dense. C'est également le souci d'intégrer des professionnels à la prise même de décision qui est à l'origine de la création de nombreux établissements publics et de la composition de leur conseil d'administration.

Le problème évident tient à ce que les procédures consultatives organisées risquent de ne conduire qu'à une participation de caractère formel si l'administration ne s'impose pas à elle-même vigilance et discipline dans la conduite du processus d'élaboration d'un projet de réforme important. Les choses ne mûrissent pas nécessairement à la même vitesse à l'extérieur et à l'intérieur de l'administration, comme les difficultés rencontrées dans le projet de réforme des structures du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie l'ont rappelé récemment.

Les juridictions des deux ordres sont, pour leur part, confrontées à des problèmes de spécialisation et de formation permanente, eu égard à la complexité croissante des sources du droit et à la nécessité d'intégrer dans la solution des litiges dont elles sont saisies non seulement des données scientifiques ou technologiques en évolution rapide mais des débats de société souvent lourds.

Elles peuvent, certes, recourir à l'expertise<sup>239</sup>. Cette pratique, bien que développée dans un certain nombre de secteurs, comme le bâtiment et les travaux publics, la responsabilité médicale ou la comptabilité des entreprises, reste néanmoins d'ampleur limitée<sup>240</sup>. Elle est amenée à s'étendre au domaine des nouvelles technologies qui connaît une évolution rapide. Le recours à l'expertise, dont la mise en œuvre peut d'ailleurs, dans certains cas, se heurter à de réelles difficultés de choix de l'expert dont il convient de vérifier tant la neutralité que les références professionnelles, s'il peut éclairer le juge sur les faits, ne peut cependant dégager le juge de sa responsabilité propre de déterminer la solution qu'appelle, en droit, le litige dont il est saisi.

#### • L'exigence d'efficacité

L'expérience des autorités administratives indépendantes conduit à insister sur le fait que deux éléments fondent l'efficacité : la gestion du temps et l'adaptation constante aux réalités de terrain. Le temps est traditionnellement une donnée que tant les juridictions que les administrations ont des difficultés à prendre suffisamment en compte, d'où un décalage profond par rapport aux attentes des citoyens.

C'est en partie une affaire de moyens financiers ; c'est cependant aussi une affaire de culture, de clarification des processus de décision et d'identification et d'organisation de niveaux opérationnels de responsabilité. Sur ce point, il n'est pas inutile de rappeler que la loi favorise dorénavant l'accélération de

---

239 - Articles R.158 et suivants du Code des tribunaux administratifs, articles 156 et suivants du Code de procédure pénale, articles 232 et suivants du Nouveau code de procédure civile.

240 - Les estimations évaluent que 3% des décisions judiciaires donnent lieu à expertise.



l'action administrative. Le délai au terme duquel le silence gardé par l'administration sur une demande vaut rejet de celle-ci a été réduit de quatre à deux mois <sup>241</sup>. Le développement des régimes de décisions implicites d'octroi des autorisations par l'administration à l'expiration du délai donné, qui relèvent du domaine du décret en Conseil d'État <sup>242</sup>, peut également contribuer au changement d'état d'esprit attendu dans les rapports entre les citoyens et l'administration. Ces régimes sont déjà très présents en matière d'urbanisme <sup>243</sup> mais se développent dans d'autres domaines de l'action administrative <sup>244</sup>.

On peut relever aussi les efforts exceptionnels des juridictions dans le même sens avec le développement des procédures d'urgence, particulièrement contraignantes pour elles, juges et greffes réunis <sup>245</sup>.

Si l'efficacité des juridictions se heurte à l'engorgement auquel elles sont soumises, le règlement préventif des conflits peut encore être développé dans certains domaines, comme cela a déjà été le cas, par exemple, en matière fiscale avec les Commissions départementales des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires <sup>246</sup> et les Commissions départementales de conciliation <sup>247</sup>.

L'adaptation aux réalités mouvantes du terrain constitue un problème de fond de la vie administrative. On a pu dire que l'administration française a toujours préféré les certitudes de l'esprit aux incertitudes dérangeantes du réel ; ce n'est pas vraiment faux, mais ce n'est plus totalement exact comme en témoignent tant l'avancement du processus de déconcentration que l'ouverture de grands chantiers visant l'adaptation des principes qui sous-tendent l'élaboration et l'exécution du budget de l'État, la gestion des agents publics ou encore le développement de l'utilisation de nouvelles technologies de l'information et de la communication <sup>248</sup>.

---

241 - Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

242 - loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 précitée.

243 - Pour les déclarations de travaux, art. R. 422-10 du Code de l'urbanisme tel qu'interprété par la jurisprudence; pour les permis de construire, art. R. 421-12 du Code de l'urbanisme et pour les permis de démolir, art. R. 430-7-1 du Code de l'urbanisme.

244 - Ainsi, par exemple, les agréments des assistantes maternelles relèvent de décisions d'acceptation implicites en vertu de l'article 123-1-1 du Code de la famille, résultant de la loi n° 92-642 du 12 juillet 1992.

245 - Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau code de procédure civile et loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

246 - Article 1651 du Code général des impôts.

247 - Article 1653 A du Code général des impôts.

248 - Dans la ligne du rapport du groupe de travail du Commissariat général du plan présidé par Bruno Lasserre, *L'État et les nouvelles technologies de l'information et de la communication – vers l'administration interactive*, La Documentation française, 2000.



---

## Conclusion

Inventée par le législateur, explorée par la doctrine, encadrée dans son contenu et sa portée par le juge, la notion d'autorité administrative indépendante constitue un bel exemple de création, par des efforts conjoints de sources diverses, d'un concept qui s'est rapidement intégré dans notre ordre juridique, peut-être pour cette raison d'ailleurs. Elle témoigne ainsi de la capacité du système français d'organisation de l'État et de l'administration à s'adapter et de son inventivité institutionnelle. Cela mérite d'être souligné, en un temps de confrontation internationale accrue des systèmes nationaux.

Un peu plus de trente d'organismes peuvent aujourd'hui être qualifiés d'autorités administratives indépendantes. Même si tous, dans leur spécialité, participent d'une approche originale de l'administration ou de la régulation économique et sociale, en réponse à des besoins profonds, ils sont objectivement d'une importance inégale pour ce qui est du volume de leur activité et de l'impact de leurs décisions. Certains peuvent être un élément non négligeable de la capacité de la France à diffuser un modèle d'institution publique.

Les problèmes rencontrés ou soulevés par ces organismes ont été inventoriés. Ils ne sont de nature à remettre en cause ni l'existence des organismes répondant à la qualification d'autorité administrative indépendante ni la pertinence de cette formule. Toutefois ils conduisent à inviter les pouvoirs publics à remédier à certaines difficultés et à ne faire un usage qu'à bon escient de la formule, pour qu'elle s'insère harmonieusement dans notre dispositif institutionnel. Le Parlement a un rôle tout particulier à jouer en ce sens, lui qui a inventé la notion et qui peut aider les autorités administratives indépendantes qu'il a créées à mieux assurer leur mission ; il peut y contribuer notamment en veillant à exercer un contrôle qui leur fait en partie défaut et qui est nécessaire à leur légitimité.

Au total, l'autorité administrative indépendante n'est ni, en pratique, une formule magique propre à éviter toutes les difficultés et tous les risques, ni, sur le plan conceptuel, une novation irréductible à la tradition juridique française, à magnifier ou à récuser en bloc. Avec ses forces et ses faiblesses, elle constitue, en droit et en fait, un dispositif fiable, particulièrement adapté pour faire face à certaines exigences pesant aujourd'hui sur l'État, et dont les pouvoirs publics ne sauraient se priver en cas de nécessité.

On peut ajouter que l'existence d'autorités administratives indépendantes est un stimulant indéniable pour l'ensemble de l'appareil d'État. Elle oblige



l'administration à confronter l'approche du droit privé et l'approche du droit public, les préoccupations des juristes et celles des économistes. Elle conduit à faire travailler ensemble, au sein des collèges, des personnes venues d'horizons divers. Elle peut atténuer l'incompréhension réciproque du secteur public et du secteur privé. Enfin, elle enrichit une nécessaire actualisation de la réflexion générale sur la notion de médiation publique au sens large, c'est-à-dire sur les caractéristiques des corps intermédiaires auxquels les représentants de la souveraineté nationale peuvent légitimement déléguer l'usage de procédés de régulation de la société civile.



# **Contributions**







---

# Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative

*Jean-Louis Autin,  
professeur à l'Université de Montpellier 1*

*Audi alteram partem.* La célèbre formule latine, selon laquelle avant de décider il convient d'entendre l'autre partie, se prête à de multiples interprétations et a donné lieu à de savantes constructions doctrinales, dont il est impossible de rendre compte en quelques lignes.

Tout au plus fera-t-on valoir pour justifier la démarche adoptée que le centre de gravité du débat s'est sensiblement déplacé au cours des dernières années. Il y a peu, l'accent aurait d'abord été porté sur les droits de la défense dont le contradictoire ne représentait qu'un simple prolongement ; et la prévalence des considérations nationales aurait sans doute conduit à orienter la réflexion sur le processus de diffusion d'une notion qui, à partir du procès pénal, s'est instillée dans les différentes branches du droit processuel. Une approche de droit interne comparé se serait alors imposée pour mesurer l'écart séparant procédure civile et procédure administrative, ainsi que pour apprécier les mérites respectifs de l'une et de l'autre.

Or les termes de la problématique ont changé. La référence au contradictoire tend à supplanter désormais l'invocation des droits de la défense, tandis que les querelles disciplinaires nationales s'effacent devant la montée en puissance de la jurisprudence européenne. Les clivages anciens s'en trouvent relativisés et notamment, pour les administrativistes, la fameuse distinction entre procédure juridictionnelle et procédure non contentieuse. Il conviendrait dès lors d'aborder la question sous l'angle des incidences de la Convention européenne sur le principe du contradictoire, d'en évaluer l'impact technique et d'analyser les changements pratiques qui en découlent. L'entreprise dépasserait alors largement le cadre limité de cette contribution ; elle se révélerait aussi très hasardeuse tant les évolutions jurisprudentielles sont rapides, sur lesquelles s'est tout récemment greffé une action de codification aux conséquences incertaines. Dès lors l'approche retenue sera plus réflexive qu'analytique ; à défaut de certitudes bien établies, on s'interrogera successivement sur le sens, la valeur et la portée du principe étudié.



# I – Sens du principe

---

## 1- Droits de la défense et contradictoire

Les deux notions entretiennent des relations complexes qui ont suscité de nombreuses réflexions. Si l'accord se fait aisément sur l'origine des termes et la genèse de leurs rapports, en revanche leur articulation actuelle fait débat : peut-on légitimement parler d'une spécificité du contradictoire ?<sup>1</sup>

Les droits de la défense sont, les premiers, apparus dans la jurisprudence du Conseil d'État s'agissant d'une espèce où tous les ingrédients de la problématique à venir se trouvaient réunis : poursuites disciplinaires dirigées contre un fonctionnaire enseignant devant une juridiction administrative spécialisée<sup>2</sup>. Le recours au principe s'est ensuite développé autour des deux axes que l'affaire initiale induisait :

- celui de la procédure contentieuse : de la juridiction académique aux autres juridictions administratives spécialisées<sup>3</sup> et à toutes les juridictions administratives de droit commun<sup>4</sup> ;
- celui de la procédure administrative : des sanctions proprement dites<sup>5</sup> aux mesures prises en considération de la personne<sup>6</sup> puis aux décisions défavorables dont la motivation est obligatoire<sup>7</sup>.

Chemin faisant, la référence au contradictoire s'est imposée au fil des textes et de la jurisprudence, tant et si bien que se pose la question de l'articulation effective des deux notions. Autant dire d'emblée que leur distinction ne repose sur aucun critère avéré. Le recours à l'une ou l'autre des deux notions ne tient pas à la nature de la procédure mise en œuvre car devant le juge comme devant l'administration active les deux notions sont indifféremment employées<sup>8</sup> ; il ne réside pas davantage dans la nature des décisions envisagées car les mesures de sanction ne constituent qu'un domaine d'application

---

1 - M.A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse droit. Université de Paris II, 1988.

2 - CE, 30 juin 1913, *Tery* R. 736 ; GAJA, Dalloz 1999, 12<sup>e</sup> éd., p. 163.

3 - CE Sect. 12 mai 1961, *Société La Huta* R. 313.

4 - D'abord s'agissant du Conseil d'État sur la base de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et aujourd'hui du Code de justice administrative (article L.5) et s'agissant des tribunaux administratifs sur la base des articles R. 138 et suivants du CTA (aujourd'hui R. 611 – 1 et suivants du nouveau Code de justice).

5 - CE Sect. 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, R.133 ; CE Ass. 26 octobre 1945, *Aramu* R.213.

6 - Sur la base de la jurisprudence initiée par CE Sect. 24 juin 1949, *Nègre*, R. 304

7 - Décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers (article 8).

8 - Ainsi l'application du contradictoire devant le juge administratif se combine avec les droits de la défense lorsque celui-ci est amené à statuer en matière de contraventions de grande voirie. À l'inverse le respect des droits de la défense devant l'administration active implique la mise en œuvre d'un débat contradictoire : ainsi « l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires » (article 18 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986) ; ou encore : une mesure défavorable à une association ne saurait être prise sans qu'elle soit « mise en mesure de présenter ses observations dans le cadre d'une procédure contradictoire » (CE. 16 avril 1975 *Association dite la Comédie de Bourges*, R.231).



des droits de la défense comme du contradictoire et bien d'autres décisions susceptibles d'affecter les intérêts des administrés ou de leur occasionner un préjudice grave nécessitent leur mise en œuvre. En réalité le dégradé des décisions comme la continuité des procédures<sup>9</sup> font obstacle à ce que le champ d'application de chaque principe soit clairement délimité.

Dès lors la tentation est grande de dresser, sur le mode de l'échelle de domanialité chère au Doyen Duguit, une échelle du contradictoire permettant de préciser les exigences requises à chaque étape de la procédure sans nécessairement faire du passage au contentieux un élément de la classification. Mais l'entreprise serait vouée à l'échec car si les règles de la procédure juridictionnelle sont en voie d'unification, il n'en va pas de même pour celles qui régissent la procédure non contentieuse. Certes le décret du 28 novembre 1983 dont le champ d'application vient d'ailleurs d'être élargi<sup>10</sup> a jeté les bases d'un régime du contradictoire devant l'administration active mais il s'agit d'un dispositif restreint et conditionnel, qui ne concerne que certaines catégories d'actes. Il laisse donc place à des régimes spécifiques<sup>11</sup> et suscite des développements jurisprudentiels contrastés, trop imprévisibles pour se prêter aujourd'hui à une telle systématisation. Deux exemples suffiront pour s'en convaincre. Tout d'abord, s'agissant des mesures de sanctions infligées par des autorités indépendantes, le Conseil d'État a pu estimer que leur prononcé devait être précédé d'une mise en demeure préalable mais cette exigence formulée à l'égard du CSA et de la Commission de contrôle des assurances n'a pas été généralisée<sup>12</sup>. À l'inverse, le Conseil d'État a écarté, s'agissant des mesures de reconduite à la frontière des étrangers, le bénéfice des dispositions du décret de 1983 au profit du mécanisme prévu par l'ordonnance modifiée du 2 novembre 1945 qui institue à leur profit un simple droit au recours juridictionnel beaucoup moins protecteur<sup>13</sup>.

Reste à spécifier le sens de la relation entre les deux notions considérées. À cet égard, le bon sens commande de voir dans le principe du contradictoire un « corollaire » des droits de la défense<sup>14</sup> ou encore « une des expressions les plus achevées des droits de la défense »<sup>15</sup>. Cette appréciation qui traduit fidè-

---

9 - Le Président Odent soulignait déjà que « la distinction entre l'activité juridictionnelle et l'activité administrative répond à un besoin logique de classification... mais qu'elle est en partie artificielle... En pratique des activités intermédiaires auraient indifféremment pu être rangées soit parmi les activités juridictionnelles soit parmi les activités administratives », in *Les droits de la défense* EDCE 1953, p. 55.

10 - Limité aux services de l'État, il a été étendu aux collectivités locales ainsi qu'aux établissements et organismes de droit privé chargés d'une mission administrative de service public (article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations).

11 - C'est ainsi par exemple que la loi du 15 janvier 1990 instituant une Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques précise que cette instance « approuve et, après procédure contradictoire, rejette ou réforme les comptes de campagne » (article L. 52-15 du Code électoral).

12 - C.E. Ass. 11 mars 1994, *Société « La Cinq »*, R. 118 ; C.E. 21 février 1996, *Mutuelle antillaise d'assurances*, AJDA 1996 p. 322.

13 - CE Sect. 19 avril 1991, *Demir*, R. 148

14 - Décision n° 89-268 DC du Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, considérant 58 ; RFDA 1990 p. 159 ; note B. Genevois. *Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative*, p. 143



lement l'enchaînement historique des causalités est en passe de perdre sa pertinence initiale. Car, si les droits de la défense supposent toujours le respect d'un contradictoire plus ou moins développé, l'organisation de la contradiction déborde désormais largement les hypothèses où leur respect s'impose, sauf à conférer à la notion des droits de la défense une acception démesurée. Le principe du contradictoire issu des droits de la défense a désormais vocation à les inclure, tout en les englobant dans une perspective plus large.

## 2 – Contradictoire et droit à un procès équitable

Principe du contradictoire et droit à un procès équitable entretiennent aussi des relations étroites et c'est peu dire que l'aménagement du premier s'est effectué ces dernières années sous la pression des exigences du second. La jurisprudence constructive de la Cour de Strasbourg ne cesse d'en étendre le champ d'application à partir des « *concepts autonomes* », auxquels l'article 6 de la Convention européenne fait référence, et d'en renforcer la teneur, en assurant « *la prévalence d'une conception d'inspiration anglo-saxonne du procès* »<sup>16</sup>. Sans prétendre dresser en quelques lignes le bilan de ces rapports, il est possible de présenter en synthèse quelques observations d'ordre général.

Tout d'abord, le droit à un procès équitable comporte de nombreuses exigences qui étaient déjà satisfaites dans le cadre de la procédure juridictionnelle administrative. De manière prétorienne, le Conseil d'État avait de longue date organisé le déroulement du « *procès* » administratif, garanti les droits de la défense devant le juge et appliqué le contradictoire sur des bases que la Cour européenne a pu pour partie s'inspirer. D'une certaine manière, il avait même notamment avec l'arrêt *Barel* cherché à promouvoir l'égalité des armes, idée qui n'est pas étrangère à sa jurisprudence consacrant le principe d'égalité devant la justice comme « *une des garanties essentielles des justiciables* »<sup>17</sup>.

Mais on ne saurait ignorer que le recours aux exigences du procès équitable a eu des conséquences heureuses dans plusieurs domaines du contentieux administratif. Pour s'en tenir aux questions touchant le contradictoire, la conception européenne « *a fort heureusement provoqué un refoulement, en matière administrative, de cet anachronisme représenté par le principe, applicable à nombre de juridictions administratives spécialisées, de la non-publicité des audiences* »<sup>18</sup>. Le principe selon lequel « *les débats ont lieu en audience publique* » (article L.6 du nouveau Code de justice administrative), déjà acquis pour les juridictions de droit commun, vaut désormais pour la plupart des juridictions administratives spécialisées. En revanche, cette

---

15 - Conclusions M. Franc sur CE Ass. 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, JCP 1980. II. 1928.

16 - R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien 8<sup>e</sup> éd. 1999, p. 124.

17 - CE Ass. 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, préc. ; CE Ass. 5 juillet 1985, *Confédération générale du travail*, R. 217.

18 - R. Chapus, idem.



exigence ne vaut pas en matière non contentieuse où les autorités administratives ne sont pas tenues, sauf texte contraire, d'organiser une confrontation publique du moins en l'état actuel de la jurisprudence <sup>19</sup>.

La plupart de ces évolutions se sont réalisées, souvent dans un laps de temps assez bref mais de manière ordonnée et maîtrisée. En revanche, l'une d'entre elles, qui intéresse au premier chef les autorités indépendantes s'est déroulée de manière tout à fait impromptue et mérite de retenir l'attention ; elle touche à « *la matière pénale* » dont la jurisprudence de la Cour estime qu'elle englobe toutes les mesures à caractère de punition, quels que soient leur forme et leur auteur en droit interne. Longtemps le Conseil d'État s'est opposé à cette manière de voir, estimant de manière significative que « *l'article 6 de la Convention n'énonce aucune règle ou principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration et le prononcé des sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi* » <sup>20</sup>.

Or cette position constante et encore récemment explicitée par un conseiller d'État <sup>21</sup> vient d'être brusquement abandonnée <sup>22</sup>. Le Conseil d'État estime désormais qu'un « organisme administratif peut eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions être qualifié de tribunal au sens de l'article 6 de la convention » et donc se voir assujéti à « l'exigence d'équité dans le procès énoncée par ces stipulations ». À défaut de plus amples explications, il est difficile d'apprécier la portée exacte du nouveau cours jurisprudentiel. Faut-il dès lors considérer que toutes les règles du procès équitable doivent être observées en matière de « *répression administrative* » ? Il ne le semble pas car « *l'article 6 n'impose pas que les procédures de première instance, en matière civile ou pénale, devant des organes qui ne sont pas intégrés aux structures judiciaires ordinaires remplissent les exigences du procès équitable* » <sup>23</sup>. Il est en revanche probable qu'au-delà des mesures de sanction le revirement jurisprudentiel prélude à une extension de certaines de ces règles à d'autres séquences de la procédure administrative. Jusqu'à présent, l'hypothèse était exclue car « *quelle qu'interprétation qu'on en donne, on doit estimer qu'elles ne concernent que les procédures suivies devant les juridictions ; elles ne sauraient donc régir la procédure administrative non juridictionnelle* » <sup>24</sup>.

---

19 - CE. 9 octobre 1996, *Association Ici et maintenant*, R. 401

20 - CE. 4 mai 1998, *Société de bourse P. Wargny*, R. 192.

21 - J.-C. Bonnichot, *Entretiens*, LPA 15 janvier 1999 et 11 mai 2000 « *Le Conseil d'État juge très fermement que l'article 6 ne s'applique pas aux décisions même à caractère de sanction prises par les autorités administratives... et doit être réservé aux juridictions* ».

22 - Si la motivation des trois arrêts rendus par le Conseil d'État le 3 décembre 1999 (*Didier, Leriche et Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*) pouvait encore prêter à discussion (Commentaire F. Sudre, *La Semaine juridique* Ed. générale 8 mars 2000, p. 422), le doute n'est plus permis désormais ; cf. CE, 28 juillet 2000, *Société Cooper communication*, req. n°199773 et CE Sect, 6 octobre 2000, *Habib Bank Ltd*, req. n° 180122).

23 - F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Coll. « Droit fondamental », 4<sup>e</sup> éd. 1999 P. 229

24 - R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien 14<sup>e</sup> éd. 2000 P. 1096



L'hypothèse doit maintenant être sérieusement envisagée, même s'il est difficile d'imaginer que les champs du contradictoire et du procès équitable finissent par se recouvrir exactement. De l'évolution jurisprudentielle en cours, résultera plus probablement cette échelle du contradictoire à laquelle il était fait précédemment allusion.

## **II – Valeur du principe**

---

### **1 – Jurisprudence et codification**

L'interrogation sur la valeur du principe est liée à l'origine essentiellement jurisprudentielle de son expression. L'observation vaut certes pour tous les pays, qu'ils soient de common law ou de tradition romano-germanique. Mais la tendance contemporaine est partout à la codification : soit par l'insertion dans les dispositifs constitutionnels des principes de la justice naturelle ou fondamentale<sup>25</sup> ; soit par l'élaboration de lois plus ou moins détaillées régissant la procédure administrative<sup>26</sup>. S'ajoutent dans l'espace européen les stipulations de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (notamment son article 6) et bientôt les prescriptions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui concernent le fonctionnement des institutions communautaires mais influenceront aussi par ricochet l'aménagement des procédures nationales.

Le cas français, sans être unique, se caractérise néanmoins par un « retard » de codification et d'importants développements jurisprudentiels dont la portée prête à discussion. Certes, dans la période récente, la codification a notablement progressé. Le décret du 28 novembre 1983, renforcé par la loi du 12 avril 2000, constitue l'ébauche d'un Code de procédure non contentieuse, tandis que l'ordonnance et le décret du 4 mai 2000, complétés par la loi du 30 juin 2000 relative au référé, nous dotent enfin d'un véritable Code de justice administrative. Mais entre-temps, la jurisprudence tant constitutionnelle qu'administrative a poursuivi son œuvre créatrice, dont les enseignements respectifs doivent être mis en perspective avec les acquis de la jurisprudence européenne.

### **2 – Principe du contradictoire et hiérarchie des normes**

Longtemps le débat a été circonscrit autour de la jurisprudence du Conseil d'État, liée au caractère réglementaire de la matière et à l'absence de codification de la procédure<sup>27</sup>. Elle reposait sur la notion de « règles générales de

---

25 - Administrative Procedure Act (1946) aux États-Unis ; loi constitutionnelle canadienne de 1982 (article 7) ; charte québécoise des droits et libertés de la personne (article 23).

26 - J. Ziller, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Montchrestien 1993, p. 297

27 - R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, op.cit p. 148 s.



procédure » dégagées par le juge, la question étant de savoir dans quelle mesure le pouvoir réglementaire était assujéti à leur respect. C'est ainsi qu'une distinction essentielle était établie entre les règles impératives s'imposant à toute autorité administrative et les règles supplétives ne s'appliquant qu'à défaut de texte législatif ou réglementaire contraire. Plus rarement, mais de manière significative, le Conseil d'État se référait à la catégorie des principes généraux du droit ou de la procédure<sup>28</sup> ouvrant alors sur la controverse afférente à la valeur de tels principes : supradécétale mais infra-législative<sup>29</sup> ou constitutionnelle.

Sans être périmée, cette problématique doit être renouvelée en liaison avec l'essor des jurisprudences constitutionnelle et européenne qui, combiné avec l'adoption de plusieurs dispositions textuelles, aboutit à une présentation sensiblement différente. Figure au sommet de la hiérarchie des normes le principe des droits de la défense. Consacré comme principe général du droit par le Conseil d'État dès la fin de la seconde guerre mondiale, il a été hissé au rang suprême par le Conseil constitutionnel comme principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il est loisible de s'étonner d'une telle référence car les lois de la République étaient précisément bien discrètes au moment où le Conseil constitutionnel a statué<sup>30</sup> ; en tout cas la solution adoptée ne paraît pas incompatible avec la position initiale et bien sûr maintenue du Conseil d'État qui n'a jamais eu à prendre position sur la valeur exacte des principes dégagés, dès lors qu'ils s'imposent à toutes les autorités administratives. Il est plus intéressant de souligner la force de ce principe qui conduit le Conseil constitutionnel à invalider une disposition législative n'imposant pas le respect des droits de la défense avant le prononcé d'une sanction fiscale<sup>31</sup>, à considérer que la possibilité d'obtenir le sursis à exécution d'une décision administrative devant la juridiction compétente à cet effet « constitue une garantie essentielle des droits de la défense »<sup>32</sup>, ou encore à estimer que ce principe a valeur « d'un droit fondamental à caractère constitutionnel » aussi bien pour les nationaux que pour les ressortissants étrangers<sup>33</sup>. En revanche, il paraît prématuré d'avancer que le principe du contradictoire a d'ores et déjà acquis valeur constitutionnelle<sup>34</sup>, même si les voies et moyens d'une telle consécration sont parfaitement explicités<sup>35</sup>.

La place de ce principe se situe encore dans l'ordre juridique national au rang des normes à valeur législative. Cette solution vient d'être consacrée de manière concomitante dans les deux branches de la procédure administrative.

---

28 - Jurisprudence relative aux droits de la défense en matière administrative découlant des arrêts Dame Trompier-Gravier et Aramu ; et s'agissant du contradictoire dans la procédure juridictionnelle : CE, 16 janvier 1976, *Gate R.* 39.

29 - R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit », D. 1966, Chr p. 99.

30 - Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976 R. 39.

31 - A.M. Le Pourhiet et J. Buisson, « La Constitution et la procédure de sanction fiscale », AJDA 1991, p. 497.

32 - Décision 86.224 DC du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence, GAJA, op.cit. p.704.

33 - Décision 93-325 DC des 12-13 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration R. 224.

34 - B. Genevois, Op. cit, p. 157.

35 - O. Gohin, « La contradiction dans la procédure administrative contentieuse », LGDJ 1988 ; O. Schrameck, op.cit, p. 638.



S'agissant de la procédure non contentieuse elle résulte de la loi du 12 avril 2000 (article 24) qui a élevé au rang législatif les impératifs édictés en 1983 par un texte dont on déplorait à l'époque le simple caractère réglementaire<sup>36</sup>. Quant à la procédure juridictionnelle, son caractère contradictoire, du moins au stade de l'instruction et sous réserve des nécessités liées à l'urgence, est affirmé par l'article L. 5 du Code de justice administrative ; il est permis de penser que cette consécration, qui doit beaucoup aux efforts prétoriens du Conseil d'État, n'épuise pas toutes les vertus du principe général du droit qu'il avait jadis énoncé en ce sens.

Le processus par lequel les exigences du contradictoire sont progressivement hissées à des échelons supérieurs de la hiérarchie des normes affecte sans la supprimer la catégorie de celles qui conservent en l'état un caractère réglementaire. Car, après avoir affirmé dans sa partie législative mais de manière restrictive le principe selon lequel l'instruction des affaires est contradictoire, le Code de justice administrative renvoie à sa partie réglementaire les modalités concrètes de sa mise en œuvre ; il en va d'ailleurs de même pour les exigences du contradictoire devant l'administration active, même si l'énoncé législatif est plus substantiel. Le doute subsiste par conséquent, que la jurisprudence ultérieure viendra dissiper, sur la ligne de partage exacte entre ce qui relève des deux échelons – législatif et réglementaire – de la hiérarchie des normes. À ce stade du raisonnement et sur le point particulier de la procédure suivie par les autorités indépendantes en matière de sanction, il est intéressant de remarquer que la parade aux diverses annulations que sa mise en œuvre a récemment suscitées devant le juge judiciaire<sup>37</sup> a été recherchée dans l'aménagement de leur règlement intérieur et l'intervention réglementaire du Ministre de l'économie et des finances.

Le raisonnement a fait délibérément abstraction jusqu'à présent des stipulations de la Convention européenne, dont la place dans ce schéma doit maintenant être précisée, compte tenu du développement du contrôle de conventionnalité. En paraphrasant une formule célèbre et en se ralliant à la jurisprudence Sarran<sup>38</sup>, on peut avancer l'hypothèse qu'elles s'inscrivent à un échelon intermédiaire et sont dotées d'une valeur infraconstitutionnelle mais supralégislative. Toutefois, le particularisme de ce contrôle est d'offrir une marge significative d'appréciation au Conseil d'État lui-même pour vérifier la compatibilité entre la norme nationale et la garantie conventionnelle. Comme cette dernière a elle-même fait l'objet d'interprétations constructives de la part de la Cour de Strasbourg, le débat prend la tournure d'un « dialogue » que l'on souhaiterait fécond entre les deux hautes juridictions. Au demeurant, les hypothèses de convergences jurisprudentielles ne sont pas rares mais il subsiste, s'agissant de l'organisation de la justice administrative, des motifs sérieux de divergence voire d'opposition qu'il serait vain de dissimuler. Sans revenir sur la jurisprudence *Procola* qui ne concerne pas directement notre

---

36 - M. Maisl, C. Wiener, J.M. Woehrling, « Un décret ne fait pas le printemps », AJDA 1984, p. 137.

37 - Cass. Ass. Plén, 5 février 1999 *COB c/Oury, La Semaine juridique Entreprise et affaires*, 3 juin 1999 p. 957 ; Cass. Com, 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard*, LPA, 15 octobre 1999, n° 206 p. 4.

38 - CE Ass. 30 octobre 1998, *Sarran et autres*, GAJA op.cit. p. 831





sujet, la question de la place du commissaire du gouvernement dans la procédure contentieuse, de la détermination de son rôle et du statut de ses conclusions est aujourd'hui l'objet de toutes les attentions. On sait qu'une interprétation stricte des règles du procès équitable pourrait signifier que ces conclusions doivent être assujetties au contradictoire et donc communiquées aux parties qui auraient la faculté d'y répliquer<sup>39</sup>. Mais le Conseil d'État a constamment et fermement écarté cette éventualité, considérant dans le dernier état de sa jurisprudence que l'intervention du commissaire du gouvernement participait à la fonction de juger, de telle sorte que ses conclusions n'ont pas à faire l'objet d'une communication préalable aux parties lesquelles n'ont pas davantage à être invitées à y répondre<sup>40</sup>. Cette position traditionnelle est confortée par le nouveau Code de justice administrative qui confère un statut législatif à l'existence du commissaire du gouvernement devant toutes les juridictions administratives de droit commun (article L.7 du code), renvoyant à la partie réglementaire le soin de déterminer les modalités de son intervention qui excluent tout contradictoire (articles R. 731-3 et R. 731-4).

### III – Portée du principe

---

#### 1 – Contradictoire et participation

Du contradictoire à la participation, la distance est plus courte qu'on ne pourrait le croire. Du premier qui vise à supprimer l'arbitraire de l'administration on peut facilement glisser à la seconde qui tend à réduire son pouvoir discrétionnaire. Il y a bientôt quarante ans, J. Rivero réfléchissant sur « *la procédure d'élaboration de la décision administrative tant réglementaire qu'individuelle* » opposait le schéma de la décision juridictionnelle à celui de la décision militaire et définissait la première « *comme le terme d'un processus d'élaboration contradictoire, au cours duquel le ou les intéressés ont été appelés à faire entendre leurs voix, à présenter leurs vœux et doléances, à défendre leur dossier* »<sup>41</sup>. La formule opère la transition d'une posture défensive à un comportement participatif ; elle permet aussi d'élargir la conception traditionnelle du contradictoire en réunissant dans cette optique des procédures d'habitude présentées et analysées isolément<sup>42</sup>. Sans doute la participation n'occupe-t-elle qu'une place modeste dans notre système admi-

---

39 - Ce qui est le cas pour les conclusions du « commissaire du gouvernement » auprès du juge de l'expropriation. Celles-ci doivent être communiquées aux parties avant l'audience pour respecter le principe du contradictoire. (CE Ass. 13 octobre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny s/Marne*, R. 645). Mais il est vrai que dans ce domaine le commissaire du gouvernement, en la personne du directeur des services fiscaux, n'est pas un membre de la juridiction administrative et que sa mission devant le juge judiciaire consiste effectivement à défendre, à travers les deniers publics, les intérêts généraux de l'administration.

40 - CE, 29 juillet 1998, *Mme Escalatine*, D. 1999.85, Concl. Chauvaux.

41 - J. Rivero, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges J. Dabin*, Bruylant Bruxelles 1963 ; *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, tome 1 p. 657.



nistratif mais sa réactivation est à l'ordre du jour avec les développements attendus du débat public, ce qui justifie la perspective adoptée ici.

La participation ne constitue un véritable principe que pour les agents du service. Consacré par le préambule constitutionnel comme « particulièrement nécessaire à notre temps », il a fait l'objet d'applications significatives. Au sein des entreprises publiques, le mécanisme de représentation des intérêts imaginé après 1945 a laissé place au dispositif de démocratisation du secteur public prévu par la loi du 26 juillet 1983. Dans la fonction publique, il s'est traduit par l'institution d'instances paritaires qui permettent d'associer les agents à la gestion des services et au déroulement de leur carrière. Démarquant l'énoncé constitutionnel, la loi prévoit que « *les fonctionnaires participent, par l'intermédiaire de leurs délégués, à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière* »<sup>43</sup> ; pour reprendre une formule jurisprudentielle, « *les droits reconnus par ce principe* »<sup>44</sup> sont largement entendus mais se cantonnent dans la sphère de la consultation et de la concertation. Il est toutefois notable que le Ministre de la fonction publique envisage d'officialiser les procédures de négociation en matière salariale et suggère d'appliquer à l'administration la notion de « *contrat collectif* »<sup>45</sup>.

S'agissant des usagers, la participation à la prise de décision et au fonctionnement des services ne découle pas d'une exigence générale solennellement consacrée mais seulement de certaines prescriptions textuelles qui l'organisent dans des domaines précis ou des organismes déterminés. Elle est assurée pratiquement de deux manières différentes. La participation trouve d'abord à s'appliquer par l'association de représentants des usagers aux instances d'administration de certains organismes publics (entreprises et établissements publics, les universités notamment). Mais ces hypothèses sont circonscrites par la loi et procèdent davantage de l'idée de représentation des intérêts que d'un réel partage du pouvoir de décision. Elle se concrétise aussi à travers les mécanismes de l'administration consultative dont on ne saurait ici dresser l'inventaire et qui d'ailleurs n'offrent souvent qu'une image assez terne de la participation.

Mais précisément l'heure est venue d'une relance de ces dispositifs. Les réformes intervenues en 1992 pour les grandes infrastructures de transport et surtout la mise en place de la Commission nationale du débat public<sup>46</sup> ont permis d'organiser le débat contradictoire en amont des grands projets d'équi-

---

42 - Il est de coutume de distinguer parmi les formes préalables à l'adoption des actes administratifs les procédures contradictoires d'une part, les procédures d'enquête et les procédures consultatives d'autre part ; voir G. Vedel et P. Delvolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Ed. Sirey, Coll. « Droit public », 1991, p. 129 s.

43 - Loi du 13 juillet 1983, droits et obligations des fonctionnaires, article 9.

44 - CE, 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police*, RDP 1987, p. 250

45 - in *Le Monde* 29 novembre 2000.

46 - Créée par la loi du 2 février 1995 (article 2), la Commission nationale du débat public a vu son fonctionnement organisé par un décret du 10 mai 1996 ; la nomination de ses membres résulte d'un arrêté ministériel du 18 avril 1997 et elle a été officiellement installée au mois de septembre de la même année.



pement, portant sur leur opportunité et leurs principales caractéristiques. Même si cette nouvelle procédure n'a jusqu'alors été menée à terme que sur quatre projets <sup>47</sup>, l'intérêt suscité par ces débats montre qu'ils répondent à une attente sociale. Le constat a conduit le Premier Ministre à confier au Conseil d'État une réflexion sur les modalités d'évaluation de l'utilité publique des grands projets d'infrastructure <sup>48</sup>. Cette étude a servi de base à l'élaboration d'une réforme « des procédures d'appréciation de l'utilité publique » visant trois objectifs : démocratisation et transparence du processus d'élaboration des projets d'équipement, prise en compte de la décentralisation dans l'appréciation de l'utilité publique des projets des collectivités territoriales, simplification et rationalisation des procédures <sup>49</sup>. Cette réforme devra mettre en œuvre la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signe supplémentaire qu'« une conception ouverte du contradictoire » <sup>50</sup> n'admet pas de solution de continuité entre procédure juridictionnelle et procédure administrative non contentieuse.

## 2 – Justiciable et citoyen

L'élargissement constant du champ du contradictoire ne doit pas simplement s'apprécier en termes techniques. L'accroissement quantitatif des prérogatives qui y sont attachées modifie insensiblement la qualité de ceux qui en bénéficient. Est significative à cet égard l'hésitation du Président Odent, au moment de qualifier les titulaires des droits de la défense. Administrés, justiciables, citoyens, les trois termes sont successivement utilisés à la première page de son étude précitée. Or l'hypothèse retenue ici est précisément que les progrès du contradictoire contribuent à la métamorphose du justiciable en citoyen dans l'ordre administratif.

Cantonnée aux droits de la défense, la conception initiale du contradictoire valorise la figure du justiciable. Le qualificatif traditionnel d'administré illustre parfaitement l'image d'un citoyen passif, placé dans une position d'extranéité par rapport à l'administration : extérieur à son univers et étranger à son aménagement <sup>51</sup>. Assujéti à un ordre qui le dépasse et à l'élaboration duquel il ne prend aucune part, l'administré doit obéir aux décisions unilatérales qui manifestent le pouvoir de commandement de la puissance publique.

---

47 - Il s'agit de l'aménagement en eau profonde du port du Havre, du projet d'autoroute Metz-Nancy, de la construction d'une ligne à très haute tension dans le parc du Verdon et du projet de TGV Rhin-Rhône.

48 - *L'utilité publique aujourd'hui*, Documentation française, Coll. « Les Études du Conseil d'État », 1999.

49 - Communication de la ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement au Conseil des ministres du 26 septembre 2000, sur la base duquel un projet de loi est en cours d'élaboration.

50 - H. Zeghib, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », RDP 1998, p. 467

51 - « La tradition du droit public français accepte une dissociation évidente entre la situation de l'homme face au pouvoir politique et face au pouvoir administratif ; citoyen à l'égard de l'un, appelé à l'exercice de la souveraineté par ses représentants élus, il n'est plus, vis à vis de l'autre qu'un sujet » in J. Rivero, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration » in *Mélanges R. Savatier*, Librairie Dalloz, Paris, 1965, p. 821.



Confronté à cette emprise, l'administré ne se voit reconnaître que la possibilité de se défendre, lorsque l'action publique méconnaît ses intérêts légitimes ou porte atteinte à ses droits fondamentaux. C'est exactement à cette situation que correspond la catégorie des droits de la défense strictement entendus.

Étendue aux procédures de participation, la conception contemporaine du contradictoire révèle la figure du citoyen dans le système administratif<sup>52</sup>. Le destinataire de l'action publique a vocation à s'intégrer au dispositif qui la promeut, à travers une double relation d'appartenance et de participation qui sont les deux éléments caractéristiques de la citoyenneté. L'administré avait déjà pris place dans l'univers administratif en acquérant la qualité d'usager du service mais avec des droits limités ; le voici élevé à la dignité de citoyen avec les capacités de participation qui lui sont reconnues. Ces trois figures de l'administré, de l'usager et du citoyen s'articulent en se superposant car le citoyen ne perd pas ses droits de justiciable. Mais on peut formuler l'hypothèse qu'une participation plus active est le gage de décisions mieux acceptées, ce qui devrait en définitive contribuer à réduire le contentieux.

Sans doute l'officialisation de la citoyenneté administrative par la loi du 12 avril 1980 a-t-elle surtout valeur symbolique car l'aménagement des procédures administratives qu'elle réalise demeure modeste. Mais la Charte européenne des droits fondamentaux s'inscrit dans la même perspective, en consacrant tout à la fois le droit à une bonne administration et les droits de la défense<sup>53</sup>. Autant de jalons posés sur la voie d'une future démocratie administrative.

---

52 - J.-L. Autin, *Citoyenneté et administration in Identité, nationalité citoyenneté Outre-Mer*, Cheam, 1999, p. 181.

53 - Le droit à une bonne administration est énoncé à l'article 41 de la Charte (Chapitre V : citoyenneté). Ce droit comporte notamment : « le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; le droit d'accès de toute personne au dossier qui le concerne... ; l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions ». Les droits de la défense sont consacrés de manière lapidaire, par l'article 48 (Chapitre XI : Justice) : « le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé ».

---

# L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes

**John Bell**

*Professor of Public and Comparative Law,  
University of Leeds,  
British Academy Reader 1999-2001*

## Introduction

---

Au Royaume-Uni, les autorités administratives indépendantes sont appelées les « quangos » ou bien les « non-departmental public bodies » (les « NDPBs »)<sup>1</sup>. Elles sont de trois sortes. Les « executive non-departmental public bodies » (les « ENDPBs ») sont des organismes indépendants intervenant dans la fourniture ou la régulation d'un service public. Les « advisory non-departmental public bodies » (les « ANDPBs ») sont des organismes consultatifs avec expertise dans un domaine particulier. Enfin, les « tribunaux » sont des organismes juridictionnels spécialisés<sup>2</sup>. Un grand nombre de ces autorités dépendent du gouvernement. Les réformes successives de l'administration locale et du service de la santé (« National Health Service ») ont aussi créé un grand nombre de ces « quangos ». Les ministres exercent des degrés divers de contrôle sur ces différents organismes. Dans les ministères, le ministre contrôle le détail de l'action publique. Dans ses rapports avec les NDPBs, le ministre se contente de leur donner des principes d'action et les objectifs à réaliser. Avec des différences selon l'organisme, les quangos ont une indépendance fonctionnelle plus ou moins grande et ont une liberté plus ou moins grande pour déterminer leur action.

Le nombre des « quangos » est difficile à établir à cause du fait qu'il n'y a pas de critère accepté par tous pour les identifier. Le gouvernement Thatcher a inventé la notion des « non-departmental public bodies » pour les organismes

---

1 - Leur titre officiel est les « non-departmental public bodies », mais même le gouvernement se sert du mot « quango » dans le site Internet consacré à ce sujet : <http://www.cabinet-office.gov.uk/quango>.

2 - Au sujet des « tribunaux » voir J. Bell, *Etudes et Documents du Conseil d'État*, n° 38 (1987) aux pp. 220 à 222 ; P. Gérard, « Les tribunaux administratifs britanniques » AJDA 1991, 3.



qui ne font pas partie du ministère et qui s'organisent à l'écart du ministre, mais pour lesquels le ministre reste responsable devant le Parlement<sup>3</sup>. Ce critère fait état de 309 ENDPBs en 1996 avec un budget de plus de £21 billions, parmi un total de 1.194 NDPBs avec un budget de £ 190 billions<sup>4</sup>. Mais la définition adoptée par le gouvernement omet, par exemple, les administrations du National Health Service, qui comportent 429 NHS Trusts et 108 Health Authorities<sup>5</sup>. Selon Weir et Hall, si l'on tient compte des quangos au niveau local, on arrive à un total de 5 573 quangos avec un budget total de £ 46,6 billions<sup>6</sup>. En avril 1999, les 91 ENDPBs ayant un budget supérieur à £ 15 millions (il y a des ENDPBs avec un budget inférieur à cette somme) dépensent £ 22 billions avec un personnel de 95.000, dont la plupart ne sont pas des fonctionnaires. Chaque ENDPB a des objectifs de fonctionnement. En 1998-9, ces 91 organismes avaient au total 664 objectifs. On mesure leur efficacité en fonction de la réalisation de ces objectifs. Il y a un rapport annuel pour donner état de l'efficacité de leur fonctionnement<sup>7</sup>.

Parmi les « quangos », les instances de régulation ont une importance particulière dans les services publics (typiquement le « Director-General » d'un « Office of Regulation », par exemple de l'« Ofwat », « Offer », « Ofgas », « Oftel »,<sup>8</sup> mais plus fréquemment de nos jours une « Authority »), qui assure la concurrence loyale dans le secteur privatisé et le respect des cahiers de charges. Dans plusieurs domaines, il prend en charge la fixation du plafond des augmentations de prix (« price formula »). Depuis la *Competition and Service (Utilities) Act 1992*, le Régulateur des services publics peut édicter des standards à respecter par les exploitants, par exemple le délai de réponse aux lettres des usagers, et pour la violation desquels l'exploitant doit payer un montant compensatoire. Il publie des statistiques concernant le respect de ces normes par les différents exploitants.

Le ministre ne conserve que peu de pouvoirs directs d'intervenir, par exemple pour statuer sur les réclamations relatives à l'inexécution d'une partie du service. On a essayé ainsi de mettre le service public à l'abri des interventions conjoncturelles des hommes politiques et d'offrir aux investisseurs plus de sécurité sur le fait que les décisions prises par la société exploitante seront essentiellement dictées par un motif économique. Mais un tel pouvoir limité d'intervention permet peu de planification ou de coordination. Devant les

---

3 - Cette terminologie date de 1980 : *Report on Non-Departmental Public Bodies* (Cmnd. 7797 ; 1980) ; voir aussi *Spending Public Money : Governance and Audit Issues* (Cm 3179 ; 1996), § 6.

4 - M.V. Flinders et M.J. Smith, *Quangos, Accountability and Reform* (Basingstoke 1999), pp. 6 à 7.

5 - Ibid., p. 5 et ch. 13.

6 - S. Weir, « Quangos : Questions of Democratic Legitimacy » (1995) 48 *Parliamentary Affairs* 306. Le *Second Report of the Committee on Standards in Public Life* estimait qu'il y avait environ 4.500 « quangos » au niveau local, y compris les services de la santé et de l'enseignement.

7 - Voir, *Executive NDPBs 1999 Report* (mars 2000 ; Cm. 4657). En 1998-9, les ENDPs ont dépassé 57 % de leurs objectifs et ont échoué à la réalisation de 32 % : p. 18.

8 - Respectivement : Office of Water Regulation, Office of Electricity Regulation, Office of Gas Regulation, Office of Telecommunications Regulation. Offer et Ofgas vont être remplacés par le « Gas and Electricity Markets Authority » : *Utilities Act 2000*, s. 1. De même le « Franchise Director » en matière des chemins de fer est remplacé par le « Strategic Rail Authority » : *Transport Act 2000*, s. 201 et Schedule 16. Pour une étude du système de régulation, voir R. Baldwin, *Rules and Government* (Oxford 1995) et C. Hood, C. Scott et al., *Regulation Inside Government : Waste Watchers, Quality Police and Sleaze Busters* (Oxford 1999).



problèmes importants, le ministre doit toujours trouver un moyen pour intervenir, par exemple devant la crise des chemins de fer en octobre 2000. C'est pourquoi les pouvoirs du ministre ont été renforcés dans le *Utilities Act 2000* et le *Transport Act 2000*.

Les tribunaux considèrent que l'interprétation du cahier des charges de la concession est une matière de caractère essentiellement commercial et donc relève des recours de droit privé<sup>9</sup>.

*La Monopolies and Mergers Commission* (équivalent au Conseil de la Concurrence français) a une mission générale pour assurer la concurrence dans toute partie de l'économie, y compris le secteur privatisé des services publics, surtout en matière des pratiques contractuelles abusives. Cette Commission est l'instance d'appel contre les décisions du régulateur qui veut modifier la concession pour mettre fin à une situation anti-concurrentielle. Il n'y a pas de loi générale sur les régulateurs. L'importance de la régulation a augmenté sensiblement avec la privatisation de la gestion des services publics<sup>10</sup>.

Les instances de discipline des professions existent de manière particulière pour certaines professions dont l'activité a une importance pour l'intérêt général, par exemple les médecins, les dentistes, les infirmières, les *barrister* et les *solicitor*. Il n'y a pas de critère général pour déterminer quelles professions seront soumises à de telles instances. Une loi est votée selon l'appréciation du parlement de l'intérêt d'exercer un contrôle public sur la profession en question.

La classification des organismes comme des NDPB dépend du gouvernement, qui a intérêt à en réduire le nombre. Le *Committee on Standards in Public Life* s'est intéressé dans son sixième rapport au nombre croissant des « Task Force » (groupes de travail). Il n'y a pas de critères acceptés pour identifier ces groupes de travail. Selon le Permanent Secretary to the Cabinet Office, Sir Richard Wilson, il n'y en a qu'une trentaine. Selon des observateurs externes au gouvernement, il y en a 295<sup>11</sup>. Certaines de ces « Task Force » existent depuis plusieurs années et deviennent une façon pour le gouvernement de contourner les principes de nomination des membres des « quangos ». Ce *Committee* propose que le Cabinet Office formule des critères pour identifier les « Task Force », et limite leur vie à deux ans, à l'expiration desquels le gouvernement devrait les supprimer ou les transformer en NDPB.

---

9 - *Mercury Communications v Director-General of Telecommunications* [1996] 1 All ER 575.

10 - Bien que le droit anglais ne reconnaisse pas formellement la notion de « service public », en effet, on accepte que certaines activités « privatisées » conservent une importance publique telle qu'il ne suffit pas de laisser l'activité complètement au gré du marché. Ainsi, même pour les télécommunications, on a instauré une instance de régulation pour protéger l'intérêt général et les intérêts des consommateurs.

11 - Sixth Report of the Committee on Standards in Public Life, *Reinforcing Standards* (sous la présidence du Lord Neill of Bladen QC, Cm 4557-I, janvier 2000) § 10.6. Ce rapport est accessible sur le site internet « quango », ci-dessus note 1.



## Légitimité

Les motifs de la création des « quangos » ne sont pas uniformes. Chaque organisme a sa propre histoire. Certains existent depuis fort longtemps, et d'autres sont plus récents. Au 19<sup>e</sup> siècle, avant la réforme du gouvernement local, un grand nombre de services publics étaient pris en charge par des « quangos ». Ainsi, la loi sur l'enseignement scolaire de 1870 a confié la création des écoles publiques à des « Boards » locaux, et la Poor Law Act 1834 a confié l'aide sociale aux « Poor Law Commissioners » locaux.

Cependant l'essor des « quangos » date des années 1970. On identifie cinq motifs fréquemment invoqués pour justifier la création des « quangos » dans les années récentes<sup>12</sup>. En premier lieu, les gouvernements successifs ont voulu réduire la taille du secteur public. Les « quangos » se situent en dehors des institutions traditionnelles étatiques, surtout en ce qui concerne la fourniture des services publics. En deuxième lieu, la création des organismes en dehors des ministères permet aux ministres de se focaliser sur les aspects stratégiques de leur rôle. En troisième lieu, dans les années 90, on a reconnu que la désaffection du public envers la politique rendait nécessaire que le Parlement trouve d'autres instances inspirant confiance pour résoudre des problèmes sensibles. Ainsi on a créé des NDPBs tels que la *Human Fertilization and Embryology Authority* pour la régulation de la fertilisation *in vitro*<sup>13</sup>. En quatrième lieu, le gouvernement Thatcher voulait réduire l'importance des pouvoirs du gouvernement local. Ainsi, ses initiatives à l'échelle locale ont-elles consisté à créer des « ENDPBs » relevant directement des ministères, plutôt qu'à renforcer les pouvoirs des collectivités locales<sup>14</sup>. Enfin, la nouvelle gestion publique (« New Public Management ») a donné lieu à la création d'organismes qui font le lien entre le secteur public et le secteur privé, tels que les « Next Steps Agencies », agences à l'intérieur du secteur public, mais à l'écart des ministères. Par la voie de cette nouvelle gestion publique, les ministres ont essayé de donner des grandes lignes des objectifs à poursuivre en laissant aux ENDPBs et aux Next Steps Agencies prendre l'initiative sur la façon par laquelle ils réalisent ces objectifs<sup>15</sup>.

Les « quangos » tiennent leur autorité de sources différentes. Presque tous les ENDPBs qui dépensent les deniers publics ont été créés par une *loi* parlementaire. Ils sont assujettis au contrôle attentif de la *National Audit Office* (équivalent de la Cour des Comptes) et du *Public Accounts Committee* de la Chambre des Communes. Les instances de régulation tiennent toutes leur autorité d'une loi particulière, même si on a essayé d'en harmoniser les pouvoirs et procédures. Les instances de régulation peuvent être habilitées à

---

12 - M.V. Flinders et M.J. Smith, *Quangos, Accountability and Reform* (Basingstoke 1999), ch. 3. Sur l'évolution des « quangos » et de l'administration publique, voir R.A.W. Rhodes (rédacteur), *Transforming British Government* (Londres 2000).

13 - Voir B. Hogwood, « The « Growth » of Quangos : Evidence and Explanations » dans E. Ridley et D. Wilson, *The Quango Debate* (Oxford 1995), 207.

14 - S. Jenkins, *Accountable to None : the Tory Nationalisation of Britain* (Londres 1995) ; M. Loughlin, *Local Government and Public Policy* (Oxford 1996).

15 - Voir N. Lewis, « Reviewing Change in Government : New Public Management and the Next Steps » [1994] PL 105 ; J. Bell, *Etudes et Documents du Conseil d'État*.





créer directement leurs propres « quangos »<sup>16</sup>. Les instances de discipline professionnelle ont des origines diverses. Certains relèvent de la loi (ex. le *General Medical Council* pour les médecins). D'autres ont été créés par les statuts de la profession elle-même (ex. *Bar Council*). En ce qui concerne les ANDPBs, certains ont été créés par les lois, mais d'autres ont été créés de manière plus informelle par des ministres. Les « Task Force » et les « Next Steps Agencies » sont la création des ministres sans autorisation législative. Ils n'ont pas de budget autonome, mais délégué par le ministre.

Le gouvernement britannique se servait beaucoup des autorités administratives indépendantes dans la gestion des politiques au Pays de Galles et en Ecosse. La *Government of Wales Act 1998* donne un pouvoir à l'assemblée galloise de supprimer ou de regrouper plusieurs de ces organismes qui ont une compétence au Pays de Galles, pour ainsi donner plus de contrôle démocratique sur leurs activités. Les ministres de l'Ecosse ont les mêmes préoccupations et ont mené une campagne pour recruter les membres des quangos<sup>17</sup>.

## La nomination des membres

Compte tenu de l'importance des NDPBs, le grand public redoute le développement du clientélisme et craint que le gouvernement ne place ses partisans plutôt que de faire appel aux représentants des intéressés ou à des personnes dotées d'une véritable expertise. Tony Wright appelle ce processus le « quango-stuffing »<sup>18</sup>. La réaction du gouvernement conservateur à cette opinion fut la création d'une commission d'enquête, le « Committee on Standards in Public Life », présidé par un juge de la Chambre des Lords, le Lord Nolan. En 1995, le premier Rapport Nolan sur la déontologie de la vie publique<sup>19</sup> a proposé sept principes de comportement des personnes engagées dans la vie politique et dans le service public. Parmi ces principes, trois ont une importance capitale :

1. *L'intégrité* : l'absence de lien financier ou autre susceptible d'exercer une influence indue sur les décisions ;

2. *L'objectivité* : toute décision ou nomination doit être fondée sur les critères objectifs ;

3. *La transparence* : les motifs et les décisions doivent être rendus publics et le public a droit à l'accès à tout document sauf si l'intérêt général exige impérativement qu'il en aille autrement.

---

16 - Voir Schedule 1, art. 11, § 2, qui autorise le Gas and Electricity Markets Authority d'établir ses propres organismes de conseil.

17 - Voir le nouveau site internet : <http://www.scotland.gov.uk/government/publicappoint> du 22 novembre 2000.

18 - T. Wright, « Reforming the Patronage State » dans M.V. Flinders et M.J. Smith, *Quangos, Accountability and Reform*, ch. 16.

19 - *Standards in Public Life* (Cm 2850 ; 1995) ; *Études et Documents du Conseil d'État* n° 47, 557.



Selon ce premier rapport, le ministre reste responsable de la nomination des membres des ENDPBs et des administrations du National Health Service. Mais le rapport précise plusieurs principes que le ministre doit respecter. Le principe prédominant que la procédure de nomination doit respecter concerne les qualités de la personne. On doit établir des critères objectifs pour identifier les expériences et les origines sociales souhaitées. Chaque candidat doit déclarer toute activité politique qu'il a menée dans les cinq ans précédents. Le rapport a proposé la création d'un « Commissioner for Public Appointments » pour surveiller les procédures de nomination et recevoir des plaintes contre les décisions prises<sup>20</sup>. Le Commissioner a une responsabilité non seulement pour les NDPBs, mais aussi pour d'autres qu'angos, tels que les administrations du National Health Service (qui ont procédé à 2 840 nominations en 1999-2000). Dans les années qui ont suivi ce rapport, l'administration a appliqué les principes avec trop de zèle. Les procédures de nomination et de renouvellement (appel public à candidature, candidature formulée par écrit, décision prise collégialement) étaient appropriées pour les postes à plein temps dans les ENDPBs, mais elles étaient inadaptées pour la nomination d'un membre d'un ANDPB qui ne siègeait qu'un jour par mois. Surtout les administrations de la National Health Service se plaignaient de l'incertitude qui régnait pendant longtemps lors des renouvellements. Les NDPBs se plaignaient de ce que la lourdeur de la procédure décourageait des personnes éminentes de postuler. Le premier rapport Nolan avait reconnu le besoin de s'écarter de l'application rigoureuse de ces principes dans certaines circonstances, mais il a demandé un lien de proportionnalité entre le motif de la non-application des principes et le degré du non-respect<sup>21</sup>. Le *Committee* reconnaît que cette notion de proportionnalité doit être appliquée d'une manière différente. Les NDPBs doivent prendre l'initiative pour examiner leurs procédures de nomination et de renouvellement et décider si elles sont proportionnées à l'objectif poursuivi dans la nomination. En octobre 1998, le *Commissioner for Public Appointments* a suggéré une procédure légère pour la nomination à tout poste des ANDPBs avec une rémunération inférieure à £ 3.001. Le *Committee on Standards in Public Life* se déclare satisfait de ces réformes<sup>22</sup>.

La difficulté de trouver une procédure bien adaptée aux exigences de l'objectivité sans être d'un coût excessif pour la nomination des membres experts des NDPBs pose toujours des problèmes. Le *Commissioner for Public Appointments* n'a pas encore trouvé de critères acceptables pour cette catégorie de nominations.<sup>23</sup>

---

20 - Voir, par exemple, Office of the Commissioner for Public Appointments, *Annual Report 1999-2000*, pp. 9 à 10 où le Commissioner donne les résultats des inspections qu'il a commandées auprès des ministères pour vérifier l'application des principes Nolan dans les nominations. Le Commissioner a reçu 38 plaintes concernant les nominations dans l'année 1999-2000 : *Report*, p. 16 (Ce rapport est accessible sur le site internet « quango », ci-dessus note 1 et aussi sur le site internet <http://www.ocpa.gov.uk>).

21 - Rapport, ci-dessus note 4, § 71.

22 - Sixth Report of the Committee on Standards in Public Life, *Reinforcing Standards* §§ 9.10 à 9.31.

23 - Office of the Commissioner for Public Appointments, *Annual Report 1999-2000*, p. 6.



En février 1998, le *Select Committee on Public Administration* a exprimé sa préoccupation de l'absence d'équilibre dans la représentation des femmes, des membres des groupes ethniques et des jeunes parmi les membres des NDPBs<sup>24</sup>. En réponse à cette accusation, le gouvernement s'est prononcé en faveur, en principe, de la représentation égale des hommes et des femmes dans les postes publics et de la représentation proportionnée des membres des groupes ethniques<sup>25</sup>. En plus, il essaie de reconnaître la valeur des carrières anormales.

Le *Commissioner for Public Appointments* a mené une enquête pour examiner la question de la représentativité. Il reconnaît le besoin de maintenir un juste équilibre entre les qualités personnelles des candidats et la représentation des différents éléments de la société<sup>26</sup>. En 1999-2000, on a nommé 39 % de femmes et 8,9 % des membres des minorités ethniques. Mais parmi les nominations de présidents, les femmes ne constituent que 30 % et les minorités ethniques ne constituent que 5,7 %<sup>27</sup>. Les personnes ayant une activité politique sont plus nombreuses parmi les nominations au National Health Service (23,7 %) que parmi celles aux ENDPBs (12,1 %). L'âge moyen de nomination reste assez élevé – moins de 20 % des membres des ENDPBs et des administrations du *National Health Service* sont âgés de moins de 45 ans<sup>28</sup>.

L'*Office of the Commissioner for Public Appointments* (OCPA) a commandé un sondage public sur la nomination aux NDPBs<sup>29</sup>. En ce qui concerne la procédure de nomination, seulement 6 % des 1 780 personnes questionnées par l'agence MORI étaient bien informées sur ce système de nomination, tandis que 64 % en connaissaient rien du tout. Parmi ceux qui connaissaient au moins un peu le système de nomination, 63 % pensaient que l'influence politique était déterminante dans le système actuel, tandis que 16 % pensaient que les qualités personnelles des candidats étaient déterminantes, 10 % que la corruption était déterminante et seulement 6 % que les nominations étaient ouvertes à tous. L'opinion publique souhaite un système où les nominations sont ouvertes à tous et dépendent des qualités personnelles des candidats. En plus l'opinion considère que les liens avec la localité de l'activité du NDPB sont plus importants que la représentativité des sexes ou des groupes ethniques. On peut conclure que le système actuel de nomination n'a pas encore reçu la confiance du grand public.

## La procédure des « quangos »

Les *quangos* doivent respecter deux types de principes. Tout organisme du secteur public doit respecter les *sept principes Nolan* – le désintéressement,

---

24 - *Report of the Select Committee on Public Administration* (1997-8, HC 327), § 33.

25 - Cabinet Office, *Quangos : Opening up Public Appointments* (June 1998) et aussi le site écosais, ci-dessus note 17.

26 - Office of the Commissioner for Public Appointments, *Annual Report 1999-2000*, p. 8.

27 - Ibid., aux pp. 8, 27 à 31.

28 - Ibid., pp. 29 et 32.

29 - Ibid., pp. 59 à 63.



l'intégrité, l'objectivité, la responsabilité, la transparence, l'honnêteté, et l'exemplarité. Chaque NDPB doit dresser son code de déontologie pour respecter ces principes<sup>30</sup>. En plus, toute administration doit respecter les principes de la *natural justice* en ce qui concerne les décisions touchant aux intérêts des individus<sup>31</sup>.

Les « quangos » qui ont une fonction de conseil (ex. les ANDPBs) prennent rarement des décisions concernant les individus, sauf dans la nomination de leurs membres et dans la gestion du personnel. De même, les ENDPBs prennent rarement des décisions individuelles. Les obligations de la *fair procedure* ne les obligent normalement pas respecter une procédure contradictoire. Il leur suffit de donner l'opportunité à des individus visés ou affectés personnellement par les décisions d'y présenter leurs objections. Les « quangos » ayant une fonction de discipline doivent suivre pleinement les principes de la *natural justice*, c'est-à-dire, l'obligation du *fair hearing* et l'impartialité de ceux qui prennent la décision (le principe *nemo iudex in causa sua*). Pour le moment, on n'invoque que rarement la Convention européenne des droits de l'homme, mais chaque administration a examiné ses procédures pour les mettre en conformité avec la Convention. Chaque organisme a sa propre procédure<sup>32</sup>.

Selon les principes de la « natural justice », ceux dont les intérêts peuvent être lésés directement de manière importante par une décision d'une administration ont le droit d'en être informés à l'avance et de pouvoir présenter (au moins par écrit) leurs arguments<sup>33</sup>. Par exemple, une personne qui n'est pas partie à une décision, mais dont la réputation peut être atteinte par une décision a le droit d'en être informée à l'avance et d'y apporter des observations<sup>34</sup>.

En général, les tribunaux se refusent d'intervenir dans les décisions ayant pour objet d'allouer des ressources ou d'arrêter une stratégie<sup>35</sup>. Dans ces cas l'administration n'est pas obligée de motiver ses décisions<sup>36</sup>. Mais, si la décision semble déraisonnable, le tribunal peut l'annuler faute d'explication suffisante<sup>37</sup>. En ce qui concerne les décisions individuelles qui portent atteinte aux intérêts acquis, la *procedural fairness* oblige l'administration - permettre - l'intéressé de présenter son cas<sup>38</sup>. Dans le cas d'un renouvellement ou d'une modification d'un permis déjà accordé, l'administration doit

---

30 - Le *Cabinet Office* a établi un « Model Code of Practice for Board Members of Advisory Non-Departmental Public Bodies » ; accessible sur le site internet « quango ».

31 - Pour ces principes voir J. Bell, *Études et Documents du Conseil d'État*, n° 38, pp. 235-236 ; J.A. Jolowicz, *Droit anglais* (2<sup>e</sup> édition, Paris 1992), aux pp. 377 à 378.

32 - Pour un sommaire des procédures des conseils de discipline des professions, voir Sixth Report of the Committee on Standards in Public Life, *Reinforcing Standards*, Appendix IV.

33 - Voir De Smith, Woolf et Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (Londres 1995), para. 8-036 et 9-004. Par exemple, une personne qui n'est pas partie à une décision, mais dont la réputation peut être lésée par une décision a le droit d'en être informée à l'avance et d'y apporter des observations : *R v LAUTRO, ex p. Ross* [1993] QB 17 (CA).

34 - *R v LAUTRO, ex p. Ross* [1993] QB 17 (CA).

35 - Voir De Smith, Woolf et Jowell, paras. 6-032, 8-032.

36 - *R v Higher Education Funding Council, ex p. Institute of Dental Surgery* [1994] 1 All ER 651.

37 - *R v Radio Authority, ex p. Bull* [1997] 2 All ER 561.

38 - Voir De Smith, Woolf et Jowell, paras. 8-022 à 8-027.



en avertir l'intéressé et lui donner l'occasion de formuler ses observations<sup>39</sup>. Il va de même lorsque la décision porte atteinte à la valeur de l'intérêt en cause<sup>40</sup>.

En ce qui concerne les fonctions de discipline, les exigences de la « natural justice » sont plus importantes. Il n'est cependant pas toujours nécessaire de donner à l'intéressé la possibilité de présenter ses observations orales. Cela dépend de la question en cause<sup>41</sup>. Mais lorsqu'il y a un conflit dans les témoignages ou lorsque sont en cause des éléments de caractère personnel, il est normal que la *procedural fairness* oblige l'administration à organiser une audition orale de l'intéressé<sup>42</sup>.

### La responsabilité des « quangos »

Il y a deux circonstances dans lesquelles la responsabilité des « quangos » est invoquée. En premier lieu, lorsque l'intéressé conteste les décisions d'une instance de régulation, il n'est pas question d'appliquer par analogie l'immunité judiciaire. En second lieu, la responsabilité des instances de régulation est engagée lorsqu'elle tarde à intervenir.

Le droit anglais reconnaît l'immunité du juge en ce qui concerne les décisions juridictionnelles. Wade et Forsyth sont d'avis que cette immunité s'applique aux décisions juridictionnelles des « tribunaux »<sup>43</sup>. Une telle immunité ne s'applique pas aux autres « quangos ». Mais, devant l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme, il se peut que les immunités pour les activités juridictionnelles soient à revoir<sup>44</sup>.

Le droit anglais hésite à retenir une responsabilité à la charge des autorités de régulation. Comme en droit européen, il faut que la loi de création de l'autorité impose des devoirs envers des particuliers et pas seulement envers la société. Ainsi, l'instance de régulation bancaire n'a des devoirs qu'à l'égard de l'intérêt général, et non à l'égard des investisseurs<sup>45</sup>. Cette position se rapproche à la jurisprudence des collectivités locales qui ont une compétence pour intervenir et protéger les enfants contre des abus de leurs parents. Dans ces cas, la Chambre des Lords s'est montrée réticente à accepter l'existence

---

39 - *R v Secretary of State for Health, ex p. US Tobacco International Inc* [1992] QB 353 ; *White v British Transport Commission* (1955) 30 Traf. Cas. 234.

40 - *R v Liverpool Corp., ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators Association* [1972] QB 299 (CA).

41 - De Smith, 9-012 à 9-017.

42 - Ibid, 9-023 à 9-025 ; *Lloyd v McMahon* [1987] AC 625.

43 - H.W.R. Wade et C.F. Forsyth, *Administrative Law* (7<sup>e</sup> édition, Oxford 1994), aux pp. 797 à 799.

44 - Voir déjà *Arthur JS Hall & Co (a firm) v Simons* [2000] 3 All ER 673 (abolition de l'immunité des avocats pour les activités juridictionnelles).

45 - *Three Rivers DC v Bank of England (No.3)* [2000] 3 All ER 1 (HL) ; *Yuen Kun-yeu v A-G for Hong Kong* [1988] AC 175. De manière plus générale, voir M. Andenas et D. Fairgrieve, « To supervise or to compensate ? A comparative study of state liability for negligent banking supervision », dans M. Andenas et D. Fairgrieve (rédacteurs), *Liber Amicorum for Lord Slynn of Hadley* (Kluwer, Dordrecht 2000).



d'une responsabilité de la collectivité locale pour son refus d'intervenir et de priver le parent de la garde de l'enfant <sup>46</sup>. Mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Osman v UK* <sup>47</sup>, a incité les tribunaux à revenir sur cette jurisprudence pour accorder un recours efficace contre les décisions des administrations qui portent une atteinte illégitime aux droits des particuliers <sup>48</sup>. Ainsi, il n'y aura plus de principe général pour limiter la responsabilité des instances de régulation. Tout va dépendre des faits de l'espèce et de la nature des devoirs imposés par la législation en cause.

---

46 - *X and others (minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 AC 633 ; B.S. Markesinis et al., *Tortious Liability of Statutory Bodies : A Comparative and Economic Analysis of Five English Cases* (Oxford 1999).

47 - (1998) 5 BHRC 293.

48 - Voir *Barrett v Enfield LBC* [1999] 3 All ER 193 ; P. Craig et D. Fairgrieve, « *Barrett, Negligence and Discretionary Powers* » [1999] *Public Law* 626; D. Fairgrieve et M. Andenas, « *A tort remedy for the untaught ?* » (2000) 12 *Child and Family Law Quarterly* 31. Voir aussi *Phelps v Hillingdon LBC* [2000] 4 All ER 504.



---

# L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes

*Dr. Andrés Betancor Rodríguez<sup>1</sup>  
professeur titulaire de Droit administratif,  
Université Carlos III de Madrid*

Notre analyse de l'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes s'articule autour du plan suivant : qu'est-ce que nous entendons en Espagne par administration indépendante ? Quelles administrations constituent des administrations indépendantes ? Quelles sont les caractéristiques communes à toutes ces administrations ?

Cependant, avant de répondre à ces questions, il est nécessaire de situer historiquement la naissance et le développement de ce phénomène en Espagne.

## La naissance et le développement des administrations indépendantes en Espagne

---

Le phénomène des administrations indépendantes est relativement récent en Espagne et il est associé à l'organisation de la *Administración General del Estado* (administration générale de l'État). Cette seconde caractéristique mérite une précision immédiate. L'Espagne se trouve organisée territorialement en *municipios*, *provincias* et *Comunidades Autónomas* (communes, provinces et Communautés autonomes). Toutes ces entités possèdent l'autonomie pour la gestion de leurs intérêts (article 137 de la Constitution espagnole de 1978). Dans le cas des *Comunidades Autónomas* le degré d'autonomie est tel qu'il permet à celles-ci d'organiser leurs administrations ; en le faisant, les *Comunidades Autónomas* peuvent reconnaître l'indépendance à ces dernières. Cependant, jusqu'à ce jour, les *Comunidades Autónomas* n'ont pas exercé leur compétence pour créer ce type de sujet

1 - L'auteur remercie la docteur en droit Patricia Jiménez de Parga pour la traduction de cet article. Il remercie aussi les commentaires qu'on voudra lui adresser à l'adresse suivante : betan@der-pu.uc3m.es



public ; l'exception en est le cas, sans doute singulier, du *Consejo Audiovisual de Cataluña* <sup>2</sup>.

Le phénomène des administrations indépendantes est relativement récent. La première des administrations qui a été ainsi qualifiée fut le *Consejo de Seguridad Nuclear* (Conseil de sécurité nucléaire). La Loi instituant ce Conseil qui date de 1980 le définit de façon expresse d'« *entité de droit public* », c'est-à-dire, de sujet de droit public « *indépendant de l'administration centrale de l'État* ». Au début, cette qualification passa inaperçue. Pendant l'année 1980 ce furent d'autres sujets qui méritèrent une réflexion de la part de la doctrine. Aussi ce qui surprend c'est que non seulement il y avait une absence de tradition mais que, de surcroît, une telle question n'avait été même pas posée. Il s'agissait pourtant d'un phénomène curieux à cette époque par son élan politique, plutôt que doctrinal ; élan explicable par la nature de la tâche du Conseil : la sécurité des installations et de l'énergie nucléaire.

Dès ce moment on prend conscience de façon progressive de la déclaration du législateur <sup>3</sup> et on adopte une attitude de prudence, même de refus en raison de la possible inconstitutionnalité du phénomène. Cette attitude s'appuie sur l'article 97 de la Constitution ; article qui dispose que le Gouvernement dirige l'administration. Dès lors on ne comprend pas comment l'administration peut être indépendante et être, en même temps, dirigée par le Gouvernement.

Le phénomène des administrations indépendantes suivit dès lors d'autres chemins plus sinueux. Il n'est plus proclamé de façon expresse et, pourtant, un régime juridique se consolide, en les rendant formellement et matériellement indépendantes du Gouvernement. La création de nouvelles entités qui possèdent de telles caractéristiques est considérablement freinée et reste limitée à certains secteurs de l'activité sociale dans lesquels concourent certaines conditions qui justifient l'existence d'entités indépendantes. Ce procédé *casuistique* provoque d'évidentes incohérences : par exemple dans le domaine financier, la supervision bancaire et boursière tombe dans les mains d'entités indépendantes mais ce n'est pas le cas des entreprises d'assurance ; dans le domaine des télécommunications, les entreprises de services de télécommunications sont supervisées par une entité de ce type, mais, par contre, les entreprises de télévision, publiques et privées, ne le sont pas. En définitive, le phénomène des administrations indépendantes ne représente pas dans l'Espagne un exemple d'œuvre rationnelle du législateur, mais une tâche poussée, évaluée et réalisée politiquement ; L'étrange paradoxe est que cet élan, cette valorisation et cette réalisation politiques ont pour but de mettre un frein dans certains domaines très sélectifs à ce même élan, cette même valorisation et réalisation politiques. Enfin, il ne s'agit pas d'un phénomène général

2 - Ce Conseil fut créé par la loi de Catalogne 8/1996, du 5 juillet ; il s'agit d'un organisme singulier car, d'une part, il contrôle les contenus des programmes présentés par la télévision mais, d'autre part, il peut seulement rédiger des rapports.

3 - Les travaux publiés en Espagne sur les administrations indépendantes sont les suivants : Sala Arquer, J. : « El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes », *REDA*, núm. 42, 1984, p.p. 401 y ss ; García Llovet, E. : « Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho », *R.A.P.*, num. 131, 1993, p. 61 y ss ; Betancor Rodríguez, A. : *Las Administraciones independientes*, Madrid, Tecnos, 1994 ; Moreno Molina, A.M. : *La Administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, 1995.





mais circonstanciel, marqué par la prudence et les préventions, ce qui explique son caractère certainement limité.

Dans ce contexte, on comprend pourquoi la suivante administration indépendante dut attendre encore quelques années. De façon plus concrète, huit ans : il s'agit de la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (Commission Nationale du Marché des Valeurs). Cette Commission fut créée par une Loi de 1988<sup>4</sup>. Cependant on omit de qualifier l'entité d'indépendante. Postérieurement viendrait la *Agencia de Protección de Datos* (Agence de Protection des Données) ; cette Agence fut créée par une loi de 1992<sup>5</sup>. Dans ce cas, on proclama pourtant l'indépendance tant de l'agence que de son directeur.

Le cas du *Banco de España* (Banque de l'Espagne) est singulier. Cette Banque exerce deux tâches importantes : celles qui sont propres à toutes les Banques centrales, c'est-à-dire, l'exécution de la politique monétaire et la supervision des banques. Dans le premier domaine on a justifié de façon traditionnelle l'indépendance, ce qui n'est pas le cas dans le second. En Espagne, le *Banco de España* agissait de façon indépendante dans la conduite de la politique monétaire depuis les années quatre-vingts ; ce n'est qu'en 1994 qu'on exprima formellement cette situation au moyen d'une loi<sup>6</sup>, laquelle de manière significative, lui reconnut seulement sa condition d'entité autonome. Le terme *indépendant* fut passé sous silence et on employa un autre, plus limité et plus prudent : celui de l'autonomie. Il est significatif que dans un domaine où traditionnellement on a justifié l'indépendance et dans lequel matériellement la pratique de l'indépendance a été consolidée, on a évité d'employer ce terme. De sorte que nous pouvons constater comment la hardiesse initiale du législateur espagnol de 1980 ne s'est pas répétée, à l'exception de la *Agencia de Protección de Datos*. *A contrario*, le but est de ne plus utiliser des termes aussi polémiques et discutables constitutionnellement. De sorte que l'autonomie n'est pas incompatible – l'exemple étant le statut du *Banco de España* – avec la reconnaissance à l'entité d'un degré élevé de capacité pour exercer les fonctions qui lui sont attribuées sans souffrir des interférences de la part de quelconque autre sujet, en particulier, de la part du Gouvernement.

À la fin des années quatre-vingt-dix eurent lieu enfin les dernières manifestations du phénomène objet de notre analyse. Il s'agit de la *Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones* (Commission nationale du marché des télécommunications) créée en 1997<sup>7</sup> et de la *Comisión Nacional de Energía* (Commission nationale de l'Énergie) créée en 1998<sup>8</sup>. Dans aucun de ces deux derniers cas la loi de création ne qualifie ces Commissions ni d'indépendantes, ni d'autonomes ; au contraire, on les rattache au ministère compétent. La qualification de ces entités se complique extraordinairement ;

4 - *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.*

5 - *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* ; cette loi organique déroge à l'antérieure *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal.*

6 - *Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.*

7 - *Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.*

8 - *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos.*



cependant, comme nous verrons, leur régime juridique inclut des garanties suffisantes pour qu'elles exercent leurs fonctions et les pouvoirs qui leur correspondent avec autonomie de critère.

Tel est le panorama, en grandes lignes, des administrations indépendantes en Espagne ; panorama que nous venons de tracer sur la base d'un concept qui nous a permis de décrire les faits objet de notre analyse. Il s'agit dès lors d'exposer le concept.

## Le concept des administrations indépendantes

Le concept des administrations indépendantes s'appuie, comme il semble naturel, sur la caractéristique qui définit ces administrations : leur indépendance. Nous devons cependant faire une précision en ce qui concerne leur nature juridique d'administrations <sup>9</sup>.

Les autorités publiques sont, selon la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* de 1992, les administrations publiques territoriales (*Administración General del Estado, Administración de cada una de las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales* – administration générale de l'État, administration de chacune des communautés autonomes et administrations locales –) et les non territoriales. Ces dernières sont des entités de droit public « avec personnalité juridique propre liée ou dépendante » d'une quelconque des administrations publiques territoriales (article 2.2). Dans ce groupe s'insèrent les susnommées *Administraciones independientes* ; ce sont des entités de Droit public liées (mais non pas dépendantes) à une administration territoriale. Ces entités ont – selon les dispositions de l'article 2.2 – « le caractère d'administration publique ».

Aussi ces administrations peuvent-elles être considérées comme administrations publiques par leur lien ou par leur relation avec une administration territoriale. Cette circonstance situe en premier lieu le problème de l'indépendance de ces administrations ; elle pose aussi la question de savoir comment est possible l'indépendance si elles sont liées à une administration territoriale. Pour comprendre ce débat entre *liaison* et *indépendance* et la solution à laquelle on est parvenu, nous devons interpréter ces termes, dans le contexte dans lequel on les emploie. Ceci nous conduit à comprendre pourquoi lorsque la loi nous parle de l'indépendance de ces entités, elle ne le fait pas pour leur reconnaître une indépendance rigoureuse ou stricte et encore moins absolue. En plus, nous ne pouvons pas oublier que le législateur n'utilise pas, à l'exception des lois du *Consejo de Seguridad Nuclear* et de la *Agencia de Protección de Datos*, l'expression *administration indépendante* pour se référer à ces entités. Le conflit réside plus entre la qualification doctrinale

9 - En Espagne nous employons le terme *administration* et non pas celui d' *autorité administrative* parce que cette dernière dénomination manque d'appui juridique et doctrinal. En effet, il existe en Espagne des sujets, des entités ou des administrations, et d'autre part, des organes. Les premiers ont personnalité juridique propre, tandis que les seconds non, car ils font partie des premiers.

(*administration indépendante*) et la qualification juridique formelle (*administration liée à l'administration territoriale mais avec un degré large d'autonomie*, tel que nous verrons par la suite). Sur ce plan juridique formel le conflit n'existe pas ; le conflit nous l'avons fait naître ou magnifié nous les auteurs, lorsque nous avons prétendu qualifier dogmatiquement ce que le législateur a construit en fonction des nécessités concrètes.

L'indépendance est ainsi la question centrale de ces administrations ; ce qui les distingue des autres administrations, en particulier, des non territoriales ou fonctionnelles. L'indépendance est reconnue par la doctrine à certaines entités ou administrations lorsque la loi de création de l'entité a limité les possibilités du Gouvernement d'interférer dans l'exercice par cette entité des fonctions et des pouvoirs que la loi lui attribue au moyen de cinq types de garanties : celles de caractère personnel, institutionnel, fonctionnel, celles tenant à l'organisation interne et celles de nature économique-financière.

Nous nous sommes référés à des garanties qui « *limitent* » mais qui ne rendent pas impossible l'interférence ou le contrôle du Gouvernement. Cette interférence peut comporter divers degrés, mais en aucun cas nous ne pouvons dire que le Gouvernement reste absolument dépourvu, de même que le Législateur ou le pouvoir judiciaire, d'un quelconque type de pouvoir qui lui permette de contrôler, à un certain degré et dans certaines circonstances, l'exercice des fonctions de l'entité. En d'autres termes, il n'existe pas d'indépendance au sens propre, c'est-à-dire, d'indépendance absolue : c'est une indépendance relative, comme elle doit l'être eu égard à ce que les entités dont nous parlons sont des entités qui font partie d'un système juridique-politique nommé *État de Droit*. Elles ne constituent pas, comme il est clair, un État dans l'État ; elles sont des entités étatiques et, comme telles, assujetties à des règles et à des limitations qui dérivent de leur appartenance au système décrit. En conséquence, le Gouvernement, le législateur et le pouvoir judiciaire ont des pouvoirs qui leur permettent, à un plus ou moins grand degré, d'interférer ou de contrôler l'exercice des fonctions par l'entité ; raison pour laquelle nous devons parler de façon stricte d'entités *autonomes*. Cependant, en droit espagnol, l'autonomie est un terme aussi ou encore plus confus que celui d'indépendance. Cette confusion explique pourquoi il s'applique à des réalités institutionnelles tellement différentes : sont autonomes tantôt les entités fonctionnelles fortement liées à une administration territoriale comme celle de l'État (*organismos autónomos* – organismes autonomes –), tantôt les entités douées d'une autonomie politique nommées précisément *Comunidades Autónomas*, sans oublier que les administrations locales jouissent de la susnommée *autonomía local*. Dans un tel contexte de confusion, le terme « indépendance » a, de surcroît que, pour le moins, il indique un degré d'autonomie bien supérieur au reste des entités fonctionnelles.

Aussi, lorsque nous parlons sur un plan doctrinal des administrations indépendantes, nous nous référons à un certain type d'entités de Droit public qui développent leurs fonctions sous un statut juridique qui garantit, aux niveaux que nous avons précisé et à ceux qui nous exposerons dans la suite, qu'elles ne seront pas perturbées, en particulier, par le Gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, sauf dans les cas qui, de façon expresse et limitative, sont fixés par la loi de création de l'entité.



## Les administrations indépendantes : énumération

---

Le concept que nous venons de décrire nous permet de signaler que ces entités qui font partie de ce groupe sont les suivantes : *Consejo de Seguridad Nuclear* – Conseil de sécurité nucléaire- (*CSN*), *Banco de España* – Banque de l’Espagne- (*BE*), *Comisión Nacional del Mercado de Valores* – Commission nationale du marché des valeurs – (*CMNV*), *Agencia de Protección de Datos* – Agence de protection des données – (*APD*), *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* – Commission du marché des télécommunications – (*CMT*), et, en dernier lieu, la *Comisión Nacional de Energía* – Commission nationale de l’énergie- (*CNE*).

Toutes ces entités ont été créées par loi, ce qui les soumet à un statut juridique dans lequel on garantit, aux niveaux que nous allons signaler, que l’exercice de leurs fonctions ne sera pas perturbé, ou contrôlé par le Gouvernement, sauf dans la mesure qu’on indiquera plus loin. Ces garanties tendent à ce que l’exercice de ces fonctions obéisse à des raisons de légalité (ce qui est clair et commun à toutes les administrations publiques : article 103.1 de la Constitution espagnole de 1978) mais, surtout, à ce que l’exercice des vastes pouvoirs discrétionnaires qu’on leur confie soit assujéti tantôt à la légalité (générique) tantôt à des critères techniques et politiques plus conformes aux exigences de l’intérêt général présent dans le secteur en cause et de plus, qu’aucune interférence politique ne soit possible. Comme nous l’analyserons plus tard, il existe une prévention à l’égard de la politique des partis, particulièrement sensible dans certains secteurs ou domaines.

Les entités que nous venons de signaler peuvent être groupées, à leur tour, en deux grands types eu égard aux fonctions qu’elles développent : entités de régulation des marchés et entités de protection des droits et des libertés.

Font partie du premier groupe la plupart de ces entités ; nous nous référons au *Banco de España* (*BE*), à la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (*CMNV*), à la *Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones* (*CNMT*) et à la *Comisión Nacional de Energía* (*CNE*)<sup>10</sup>. Toutes ces entités possèdent en commun qu’elles contrôlent ou qu’elles supervisent les agents ou les sujets qui agissent dans les marchés correspondants, c’est-à-dire, dans le marché bancaire, le marché boursier, celui des télécommunications et celui de l’énergie électrique et des hydrocarbures. Par exemple, la loi du *Banco de España* dispose que la Banque « devra superviser, conformément aux dispositions suivantes, la solvabilité, l’exercice et l’exécution des normes spécifiques des entités de crédit et celles de quelconques autres entités et marchés financiers » (article 7.6)<sup>11</sup>. On utilise même, dans certains cas, le qualificatif

10 - Dans les *web* de chacune de ces entités on peut obtenir une information complète, sur le *Banco de España* ([www.bd.es](http://www.bd.es)), sur la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* ([www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)), sur la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* ([www.cmt.es](http://www.cmt.es)), et sur la *Comisión Nacional de Energía* ([www.cne.es](http://www.cne.es)) ; l’information est disponible en espagnol et en anglais dans les deux premiers cas, et seulement en espagnol dans les deux derniers.



d'origine anglosaxone d'entité *régulatrice* pour se référer à ces entités indépendantes. Ainsi, la *Comisión Nacional de Energía* est qualifiée d'« entité régulatrice du fonctionnement des systèmes énergétiques » (alinéa 1.1 de la onzième disposition de la loi de création de la Commission).

Par contre, le deuxième groupe est plus réduit ; les entités de protection des droits fondamentaux sont les suivantes : *Consejo de Seguridad Nuclear (CSN)* et la *Agencia de Protección de Datos (APD)*<sup>12</sup>. La première contrôle les installations nucléaires (principalement les centrales nucléaires) et la deuxième l'emploi de l'informatique par les sujets publics comme privés. Dans les deux cas, il s'agit d'empêcher la lésion des droits fondamentaux. Le CSN est un organisme compétent en matière de sécurité nucléaire et de protection radiologique. À son tour, la *Ley Orgánica de Protección de datos personales* de 1999 établit que l'objet de la APD est celui de « garantir et de protéger, en ce qui concerne le traitement des données personnelles, les libertés publiques et les droits fondamentaux des personnes physiques, et spécialement, de leur honneur et intimité personnelle et familiale » (article 1). Raison pour laquelle la fonction principale de la *Agencia* est celle de « veiller au respect de la législation sur la protection des données personnelles et au contrôle de son application, spécialement en ce qui concerne les droits d'information, d'accès, de rectification, d'opposition et de radiation des données » (article 37.1.a).

Les administrations indépendantes des deux groupes sont des entités de contrôle et de supervision des activités de sujets, fondamentalement privés<sup>13</sup>, qui agissent dans des secteurs économiques ou dans des marchés où un intérêt public important y est présent. Le contrôle de ces administrations a pour finalité de garantir cet intérêt public. Cependant, dans certains cas, cet intérêt s'incarne en certains droits fondamentaux des citoyens (par exemple, droits à la santé et à l'intimité). Dans d'autres cas, l'intérêt public est un intérêt abstrait : le bon fonctionnement des marchés et la garantie des droits des agents du marché<sup>14</sup>. Dans les deux cas, le mécanisme judiciaire traditionnel

11 - Le cas du *Banco de España* est singulier. Comme il a déjà été dit, la Banque est à la fois, Banque Centrale et agence de supervision bancaire; aussi elle exerce la politique monétaire et la supervision bancaire. Dans la première condition, la Banque fait partie du système de banques centrales européennes et son indépendance est directement garantie par le Traité de la Communauté européenne. Dans la deuxième, la banque bénéficie aussi de l'indépendance, cette deuxième perspective étant l'objet de notre prochaine analyse.

12 - Dans les web du *Consejo de Seguridad Nuclear* ([www.csn.es](http://www.csn.es)) et de la *Agencia de Protección de datos* ([www.agenciaprotecciondatos.org](http://www.agenciaprotecciondatos.org)) on peut avoir information complète sur ces entités ; l'information est seulement disponible en espagnol.

13 - Les sujets supervisés sont fondamentalement privés à l'heure actuelle où l'on a procédé à la liquidation du secteur public comme conséquence de la privatisation.

14 - La Loi qui crée la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones)* établit que « la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* aura pour objet de sauvegarder, pour le bénéfice des citoyens, les conditions d'une concurrence effective dans les marchés des télécommunications et des services audiovisuels, télématiques et interactifs, de veiller à la formation correcte des prix dans les marchés et d'agir en tant qu'organe arbitral dans les conflits qui surgissent dans le secteur » (article 1.2). Ces mêmes idées ont été réitérées par la loi de création de la *Comisión Nacional de Energía* lorsqu'elle dispose qu'on crée « une entité régulatrice du fonctionnement des systèmes énergétiques, ayant pour objet de veiller à une concurrence effective au sein de ceux-ci et à l'objectivité et à la transparence de leur fonctionnement, pour le bénéfice de tous les sujets qui opèrent dans lesdits systèmes et de celui des consommateurs » (alinéa 1.2 de la Disposition additionnelle première).



de protection des droits n'est pas efficace par le degré de complexité du secteur économique. En effet, une protection correcte et efficace ne peut être atteinte que si elle se trouve dans les mains des professionnels ayant une qualification technique et personnelle qui soit en consonance avec l'activité à conduire dans le secteur correspondant.

Les deux groupes d'entités ont ainsi en commun : *i*) sur un plan institutionnel, les garanties de l'indépendance comme nous verrons par la suite, *ii*) sur un plan fonctionnel, le contrôle de l'activité des sujets qui agissent dans certains domaines pour protéger les droits et les intérêts des citoyens. Les différences entre les deux groupes d'administrations indépendantes s'établissent sur ce dernier plan : les entités de protection le sont des droits fondamentaux ; par contre, les entités de supervision des marchés protègent les droits des sujets du marché (en particulier, ceux des consommateurs) dans le contexte du fonctionnement correct du marché. En effet, le marché *parfait* est celui qui satisfait l'intérêt privé et l'intérêt public. A. Smith utilisa à ce propos l'image de la *main invisible* pour se référer à cette circonstance d'une parfaite coordination de la satisfaction des deux intérêts. Dans ce contexte théorique (mais non réel) il est possible que la satisfaction de l'intérêt privé conduise, portée par une main invisible, à la satisfaction de l'intérêt général. Cette circonstance explique, en dernier ressort, comment les administrations indépendantes de supervision de certains marchés (ceux qui sont considérés stratégiques du point de vue de l'intérêt général) sont des entités régulatrices des marchés pour la garantie, dans le marché réel (et non dans le parfait du point de vue théorique), des droits des sujets du marché et, en conséquence, de la satisfaction de l'intérêt général. Ces entités sont des entités du marché ; celles de l'autre groupe ne le sont pas ; elles sont des entités hors du marché qui prétendent à la garantie des biens qui se trouvent *hors* et même menacés *par* le marché. Ainsi les administrations indépendantes en Espagne sont des entités *extra* et *supra* marchés.

## Les caractéristiques de l'indépendance : les garanties et le contrôle de l'indépendance

Les caractéristiques des administrations indépendantes espagnoles peuvent être groupées en celles relatives aux garanties de l'indépendance et celles qui touchent aux instruments de contrôle. Il s'agit des deux faces de la même médaille.

### Les garanties de l'indépendance

Les garanties de l'indépendance établies dans les lois sont variées. La multiplicité des garanties est la preuve décisive tantôt de l'importance de l'indépendance comme de la difficulté de sa matérialisation. Pour notre part, nous préférons ordonner les garanties en cinq groupes : les garanties personnelles ou subjectives ; les institutionnelles, les fonctionnelles, celles de

l'organisation interne et les économiques et financières. Dans ces domaines, l'indépendance de l'entité est en péril ce qui explique pourquoi il s'agit de domaines dans lesquels les garanties établies par la loi prétendent être effectives. Cependant, il est nécessaire d'insister sur le fait que l'indépendance est plus un résultat qu'une proclamation légale ; pourtant, les garanties légales sont indispensables pour que l'indépendance soit réelle et effective.

- Lorsque nous parlons de l'indépendance personnelle et subjective nous nous référons aux garanties relatives à la nomination, à la permanence et à la cessation de fonctions ou déplacement des membres qui participent à la direction de l'entreprise, aux dirigeants. Ces garanties préservent ces membres de la possibilité d'une cessation de fonctions arbitraire et assurent que l'accès à la condition de dirigeant de ce type d'administration est réservé seulement à ceux qui ont une qualification professionnelle qui les rend capables d'avoir un jugement propre sur les questions de la compétence de l'administration.

- L'indépendance institutionnelle se réfère spécifiquement à la condition de membre ou sujet de Droit ; parce que l'indépendance de l'administration doit s'appuyer sur l'existence de l'entité qui la crée comme sujet de Droit. En plus, il est nécessaire de considérer si les lois constitutives de chacune des administrations reconnaissent ou ne reconnaissent pas cette indépendance, même si cette donnée formelle n'est pas indispensable, comme nous verrons tout de suite.

- L'indépendance fonctionnelle fait allusion aux garanties relatives à l'exercice par l'entité de ses fonctions et de ses pouvoirs. Cette garantie se concrétise dans l'interdiction de lui adresser des instructions, des directives ou des ordres.

- L'indépendance a un autre versant mis en relief : la pluralité ou complexité de l'organisation. Car c'est plus difficile d'affirmer l'indépendance et encore plus de la réaliser lorsque l'entité a une organisation simple (un organe unipersonnel exécutif) que lorsqu'elle possède une organisation complexe. Dans ce cas, la pluralité permet de résister aux pressions et de diluer les responsabilités des décisions ; facteurs qui jouent tantôt *pour* tantôt *contre* l'indépendance. En outre, l'indépendance est en rapport avec l'existence d'organes de représentation de tous les intérêts présents dans le domaine d'action de l'entité ; car cette représentation permet la *mise en scène* de tous les intérêts et son équilibre corrélatif, contexte qui est adéquat pour garantir l'indépendance de l'entité.

- L'indépendance économique et financière est essentielle pour le soutien de l'entité ; parce que l'entité dont les recettes, ainsi que le patrimoine et le budget résultent de la décision d'un autre organe, ne peut résister facilement aux pressions de ce dernier, ce qui crée, de fait, une relation de dépendance.

### ***L'indépendance personnelle et subjective***

L'indépendance personnelle et subjective des dirigeants de l'administration est garantie par diverses voies :



- La nomination des membres des administrations indépendantes relève du Gouvernement. Nous nous trouvons face à une administration publique ce qui signifie qu'en cette même qualité elle est assujettie à la direction du Gouvernement. Cette direction se manifeste, entre autres, par la nomination des personnes chargées de cette administration. Cependant, nous devons faire deux précisions en ce qui concerne cette nomination :
  - d'une part, la nomination peut être réalisée par le Conseil des ministres ou par le ministre compétent ou par les deux. En effet, dans certains cas, par exemple la *CNMV*, son Président et son Vice-président sont nommés par le Conseil des ministres, et le reste des conseillers par le ministre de l'Économie. Par contre, dans les autres cas, *CMT*, *CNE*, *CSN* et *APD*, ils sont tous nommés par le Conseil des ministres (à travers *Real Decreto* – Décret royal –). De façon exceptionnelle la nomination relève du Roi à l'initiative du Président du Gouvernement ce qui est le cas du Gouverneur du *BE* ;
  - d'autre part, le pouvoir du Gouvernement de nommer les personnes chargées de l'administration indépendante est limité par l'exigence selon laquelle ne peuvent être nommées que les personnes ayant une qualification professionnelle « reconnue » dans les affaires relatives aux fonctions de l'entité. Il peut arriver cependant que la nomination par le Gouvernement ne soit pas soumise à l'exigence de la qualification professionnelle de la personne choisie, ce qui est le cas du Directeur de la *APD*, ou bien que l'on exige seulement une compétence technique et professionnelle sans que soit spécifié le domaine de la compétence, ce qui est le cas des membres de la *CNE*.
- L'intervention du Parlement dans la nomination peut être prévue. Cette intervention peut ne concerner que la nomination de certains membres de l'entité, ce qui est le cas du *BE* dans lequel l'intervention est prévue pour la nomination du Gouverneur. En plus, les lois n'exigent que la comparution du ministre correspondant pour informer le Parlement, sans que soit requise l'approbation ou l'autorisation des *Cortes* (Parlement). De façon exceptionnelle, la comparution du ministre peut provoquer un débat ayant pour objet de constater la conformité des candidats aux conditions établies par la loi (*CNE*) ou elle peut être l'occasion pour la commission parlementaire compétente de manifester un veto raisonnable (*CSN*).
- La durée de la nomination est normalement de six ans, mais elle peut être réduite de façon exceptionnelle à quatre ans ; ainsi, la durée excède normalement celle du mandat des membres des Chambres parlementaires (quatre années). De cette façon on prétend garantir que la nomination et le déroulement de la charge soient hors du débat politique électoral. La durée de la nomination ne peut s'étendre, au maximum, que jusqu'à une autre période de la même durée. Le renouvellement du mandat n'est possible qu'une seule fois, sauf dans le cas du *CSN* et de la *APD*. Dans le cas du *BE*, cette règle concerne seulement le Gouverneur et le Sous-Gouverneur mais non les autres membres.
- Une des principales garanties de l'indépendance consiste dans la limitation du pouvoir du Gouvernement de mettre fin aux fonctions des membres de ces administrations. Le Gouvernement a le pouvoir de le faire. Cependant, il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire mais d'un pouvoir encadré par la loi. Ceci signifie qu'en dehors des cas de cessation de fonctions qui dépendent de



la volonté du membre de l'entité (ce qui inclut l'accusation d'un délit dolosif), le Gouvernement ne pourra décider la cessation que dans deux hypothèses : l'incapacité et le non-accomplissement grave de ses tâches. Aussi ces causes devront être accréditées dans le dossier suivi par le ministre compétent – même si dans le cas de la *CNE* il est prévu que la cessation par le Gouvernement puisse avoir lieu sans exigence de cause –. Il ne s'agit donc pas d'un pouvoir discrétionnaire mais d'un pouvoir réglé lequel, au surplus, pourra être objet de contrôle de la part des tribunaux administratifs.

- L'intervention du Parlement dans la nomination ne s'étend pas, normalement, à la cessation de fonctions. La seule hypothèse est celle du *CSN* : dans ce cas, la cessation doit avoir lieu par le même procédé que celui de la nomination.
- L'intervention de l'entité elle-même dans la cessation de fonctions d'un de ses membres n'est pas usuelle non plus. Sauf dans le cas du *BE* et de la *APD*, l'intervention des organes de l'entité n'est pas prévue pour proposer ou informer.
- L'indépendance de l'entité dépend de l'indépendance des personnes qui la composent (ses membres) ; cette indépendance se garantit à travers l'assujettissement de ces charges à un régime d'incompatibilités strict qui s'étend même après la fin du mandat. La Constitution espagnole fait allusion au système d'incompatibilités comme un élément du statut des fonctionnaires (article 103.3). Cependant, dans le cas des membres de ces entités indépendantes, leur régime d'incompatibilités est plus strict, car ils sont assujettis au régime d'incompatibilités des hautes charges (cadres) de l'administration. Ceci signifie qu'il leur est interdit d'exercer une quelconque autre activité publique ou privée rémunérée ou non rémunérée, sauf l'administration de leur propre patrimoine. Interdiction qui, dans certains cas (conseillers du *BE* et membres de la *CNMV*), s'étend aussi à l'administration de leur propre patrimoine en ce qui concerne le patrimoine mobilier en valeurs mobilières cotées en bourse. Le régime d'incompatibilités s'étend au-delà de la fin du mandat : pendant les années suivant la fin de leur mandat, les membres de ces entités ne peuvent exercer des activités professionnelles relatives au secteur précédemment soumis à leur supervision ; en contrepartie à cette interdiction, pendant cette période ces personnes continueront à recevoir une rétribution.

### ***L'indépendance institutionnelle***

L'indépendance institutionnelle des administrations indépendantes suit un modèle commun, sauf exceptions que nous signalerons. Toutes ces administrations indépendantes ont personnalité juridique et pleine capacité juridique, publique ou privée. En ce qui concerne cette dernière, nous devons préciser que ces administrations se trouvent assujetties en principe au droit privé, sauf lorsqu'elles exercent des pouvoirs de puissance publique et quand elles passent un contrat. La reconnaissance de la plénitude de la capacité est associée à l'application du droit privé en tout ce qui concerne l'acquisition de biens et de services nécessaires pour le déroulement de leurs fonctions publiques. De plus, évidemment, elles sont des entités de droit public dans leur condition d'administrations publiques.



Plus d'intérêt revêt, à notre avis, la définition légale de l'entité en tant qu'indépendante. La loi de création proclame seulement de façon expresse le caractère indépendant dans les cas du *CSN* et de la *APD*. Dans ce dernier cas, la loi se réfère à l'indépendance de l'Agence et à celle de son directeur. Par contre, dans les autres cas, la loi garde silence sur une quelconque qualification d'indépendance de l'administration. Dans le cas du *BE* on affirme son autonomie en qui concerne l'exercice de ses fonctions. Pourtant, ce silence n'empêche pas l'administration d'être considérée indépendante au vu des garanties que nous analysons.

Dans certains cas, la nature des ces administrations est plus confuse dès lors qu'il est prévu le rattachement de l'entité au ministère compétent en raison de la matière. Ainsi est-il prévu le rattachement de la *CMT* et celui du *CNE* au ministère compétent, dans ce cas, le ministère de l'Économie. Ce rattachement suppose que le ministère pourra développer un certain contrôle sur le fonctionnement de l'entité ; le susnommé contrôle de l'efficacité. Le silence de la loi en ce qui concerne l'indépendance et l'autonomie de l'entité se joint au rattachement explicite de l'entité au ministère pour que celui-ci puisse développer un certain degré de contrôle sur son activité. Le résultat est, comme nous venons de dire, certainement confus.

### *L'indépendance fonctionnelle*

Plus importante juridiquement est l'absence d'une interdiction de recevoir et de répartir des instructions, des directives ou des ordres. L'unique exception est le cas du directeur de la *APD* ; pour préserver son indépendance on interdit qu'il puisse diriger des instructions, des directives ou des ordres, ainsi qu'il puisse en recevoir. Dans les autres cas, il n'existe dans la loi de création aucune mention relative à une telle interdiction. Ce silence est spécialement significatif dans le cas du *BE*. Il l'est tant en raison de l'institution dont il s'agit – l'entité de supervision bancaire au sujet de laquelle nous avons déjà précisé que sa condition de Banque centrale est pleinement protégée comme conséquence de son intégration dans le système européen des Banques centrales – qu'en raison du fait que de telles interdictions n'existent que lorsque la Banque agit comme Banque centrale, c'est-à-dire, en tant que responsable de la politique monétaire sous la supervision de la Banque centrale européenne.

### *L'indépendance de l'organisation interne*

L'indépendance a dans l'organisation interne son support comme sa manifestation. La complexité de l'organisation contribue à renforcer l'indépendance de l'entité ; parce que la transparence de la gestion des affaires de la compétence de l'administration est plus grande lorsqu'elle possède une organisation intégrée par des organes unipersonnels et collégiaux et, en plus, au sein desquels sont présents ou représentés les intérêts du secteur. Toutes les administrations indépendantes espagnoles ont une organisation complexe, intégrée par des organes unipersonnels et par des organes collégiaux. Normalement, les organes exécutifs sont unipersonnels et collégiaux, et les organes de conseil sont collégiaux pour permettre la présence des représentants du secteur régulé (ainsi le Comité consultatif de la *CNMV* et les deux Comités



consultatifs de la *CNE*). Dans le cas de la *APD* l'organe exécutif est unipersonnel et le consultatif est collégial et dans ce dernier y sont présents les représentants du secteur.

La capacité ou le pouvoir de disposition sur sa propre organisation est une manifestation de l'indépendance de l'entité. Pour autant, dans la majorité des cas, le Gouvernement de la Nation est compétent pour approuver le Statut de l'organisation et le fonctionnement de l'entité ; cependant, on reconnaît en même temps à cette dernière la compétence pour régler sa propre organisation et son fonctionnement. Il se produit ainsi une différenciation entre le statut et le règlement du régime intérieur ; le premier étant approuvé par le Gouvernement, le second par l'autorité elle-même. Dans le cas de la *CMT*, le Gouvernement détermine à travers un *Real Decreto* la structure et les fonctions de la *CMT*, ce qui n'est pas incompatible avec la compétence de la *CMT* pour approuver le règlement de son régime intérieur<sup>15</sup>. Pour sa part, la *CNE* a compétence pour régler sa propre organisation et son fonctionnement, mais cette compétence est soumise à ce qui est prévu dans la législation générale sur les organismes publics, laquelle dispose qu'il appartient au Gouvernement d'approuver le statut des organismes publics. Le statut du *CSN* est élaboré par l'entité elle-même et approuvé par le Gouvernement et il faut, avant de le publier, le communiquer à la commission compétente du *Congreso de los Diputados* (Chambre des députés). La seule exception est que le *BE* a compétence pleine pour approuver son statut d'organisation et de fonctionnement. Enfin, la *CNMV* n'a pas de statut et la loi n'indique rien sur son fonctionnement.

### *L'indépendance économique et financière*

Il est indubitable que l'indépendance a un versant économique et financier. L'entité ne peut être réellement indépendante que si elle possède un patrimoine et des ressources propres. Toutes les administrations indépendantes espagnoles possèdent un patrimoine propre et indépendant de celui de la *Administración General del Estado* – l'administration générale de l'État –, ainsi que des ressources propres ; ressources constituées par les taxes ou la contrepartie des services rendus par l'administration ou, encore, les surcharges sur les tarifs que doivent payer les citoyens par la jouissance de certains services (l'électricité), comme il arrive, par exemple, dans le cas de la *CNE*. La seule exception est la *APD* ; celle-ci manque de ressources propres.

Finalement, en matière budgétaire, les entités de l'administration indépendante manquent d'indépendance budgétaire, sauf dans le cas du *B.E.* Dans tous les cas, l'entité élabore un avant-projet qu'elle transmet au Gouvernement pour son approbation et incorporation au projet des *Presupuestos Generales del Estado* – budgets généraux de l'État –.

15 - Dans ce Règlement on règlera, comme dispose la *Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones*, l'exercice des fonctions de la *CMT*, la procédure à suivre lors de l'adoption des accords et l'organisation du personnel.



## Le contrôle des administrations indépendantes

La contrepartie des garanties est le contrôle. Ces deux aspects sont fortement unis. La relation entre contrôle et garanties met en relief que ces administrations ne sont pas réellement indépendantes ; elles ne le sont pas et, de plus, elles ne peuvent l'être, car l'indépendance, tout au moins dans son degré absolu, supposerait la rupture avec le système de l'État de Droit auquel nécessairement appartiennent en tant que telles ces administrations. Nous ne devons pas oublier que toutes les administrations se trouvent sous la direction du Gouvernement, comme dispose l'article 97 de la Constitution espagnole de 1978. Aussi, l'indépendance n'est possible ni formellement ni matériellement. Le problème réside dans le degré d'autonomie de l'entité ; le degré de capacité de l'entité pour exercer les fonctions que la loi lui attribue. Ce degré résulte de la combinaison des garanties et des mécanismes de contrôle que la législation établit.

Ainsi, l'insertion de ces administrations dans l'armature des pouvoirs de l'État de droit fait que sa tendance centrifuge se compense avec une tension centripète. Cette tension se concrétise dans les mécanismes de contrôle de ces administrations de la part des autres pouvoirs de l'État : le pouvoir législatif, le Gouvernement, le pouvoir judiciaire, en plus du contrôle économique et financier développé par les organes constitutionnels, comme le *Tribunal de Cuentas* (Cour des Comptes). En marge reste, même s'il ne constitue pas un second degré sous l'angle de l'importance des contrôles, le contrôle social ou contrôle diffus : car la crédibilité par rapport aux citoyens consolide ou par contre affaiblit l'indépendance de ces administrations. L'appui citoyen ou, au contraire, l'absence d'appui, contribue à rendre plus fortes ou plus débilés de telles administrations ; position forte pour résister aux pressions dans les moments critiques dans lesquels cette même indépendance est mise en jeu. L'opinion publique constitue ainsi une source de contrôle ; contrôle diffus, qui peut être manipulé, mais qui est sans doute décisif pour atteindre les objectifs prétendus.

Le contrôle parlementaire s'articule de la façon suivante : en premier lieu, la remise des rapports de l'activité de l'administration permet au Parlement d'accéder à l'information qui peut lui servir de base pour exiger une responsabilité et, si tel est le cas, d'adopter les mesures nécessaires pour corriger les problèmes détectés. Cependant, l'obligation d'envoyer les rapports est prévue dans les lois de création des administrations indépendantes, selon deux modèles distincts. Le premier modèle est celui des administrations créées en premier lieu (*CSN* et *CNMV*) ; ce premier modèle se caractérise par l'envoi direct au Parlement (à la Commission compétente du *Congreso de los Diputados*) du rapport annuel<sup>16</sup>. Le second modèle est celui suivi dans les lois relatives aux dernières administrations de ce type (*CMT* et *CNE*). Dans ces cas, le rapport n'est pas remis directement au Parlement mais par l'intermé-

16 - Ainsi, par exemple, le rapport annuel du *CSN* est envoyé directement à la Commission qui correspond du Congrès. Dans le cas de la *CNMV*, la loi prévoit l'obligation d'adresser à la Commission compétente du Congrès un rapport annuel sur le déroulement de ses activités et sur la situation des marchés financiers ; le Président doit comparaître devant la Commission pour rendre compte du rapport, et cela mis à part les cas dans lesquels une autre comparution pourrait être exigée par ladite Commission. De plus, la *CNMV* doit élaborer un rapport annuel public.



diaire du Gouvernement <sup>17</sup>. En marge de ces deux modèles se situent le *BE* et la *APD*. Pour le premier, la remise de rapports est prévue en ce qui concerne la politique monétaire ; cependant, le Parlement pourra solliciter les rapports qu'il estime opportun. Pour le second, la loi ne prévoit pas la remise de rapports au Parlement.

La seconde voie de contrôle parlementaire est la comparution des responsables des administrations devant la Commission compétente du Parlement. Normalement, l'obligation de comparaître n'est pas prévue dans les lois de ces administrations, sauf dans le cas de la loi de la *CNMV*. Cependant, ce silence de la loi n'est pas un obstacle à la comparution lorsque la Commission compétente l'estime pertinent car il s'agit d'une obligation générale pour tous les fonctionnaires publics.

Les deux voies de contrôle parlementaire reposent sur la fourniture de l'information au Parlement pour que celui-ci adopte les mesures qu'il estime adéquates au sujet de l'administration, pouvant même proposer les changements législatifs nécessaires. Pourtant, l'information que ces entités peuvent proposer est couverte, à son tour, par le devoir de secret. Pour rendre compatible ce devoir de secret avec l'exigence de fournir au Parlement toute l'information nécessaire pour le développement de ses fonctions de contrôle, certaines lois prévoient que le représentant de l'administration puisse solliciter que la comparution ait lieu à huis clos, c'est-à-dire sans publicité, pour sauvegarder le secret de l'information maniée par ces administrations (cas du *BE* et de la *CNMV*).

Le contrôle par le Gouvernement s'exerce par le pouvoir de nommer et de démettre de leurs fonctions les responsables de ces administrations. Sur ce point nous devons ajouter une autre voie de contrôle, diffuse et indirecte, mais également importante : la possibilité que certains membres du Gouvernement, y compris le ministre correspondant, soient des membres de l'entité indépendante ou puissent participer aux délibérations de l'organe collégial de l'entité. Il est ainsi prévu dans les lois du *BE*, de la *CNMV* et de la *CNE*. Par contre, dans les autres cas, il n'existe pas une telle possibilité.

Sous le terme de contrôle judiciaire nous incluons le contrôle par le pouvoir judiciaire, mais aussi le contrôle juridique du Gouvernement, lequel s'exerce par le traitement des recours administratifs qui peuvent être introduits contre les décisions de ces administrations. Dans le cas du *BE*, de la *CNMV*, et de la *CNE*, les lois de création prévoient expressément la possibilité que leurs décisions fassent l'objet, devant le ministre compétent, d'un recours administratif ; recours qui est un préalable nécessaire à la voie judiciaire. Dans les autres cas (*CMT* et *APD*), les décisions de ces administrations sont attaquables directement devant les tribunaux. Enfin, la loi du *CSN* est muette sur ce point.

17 - La *CMT* rédige un rapport annuel destiné au Gouvernement lequel l'envoie aux *Cortes*. Dans ce rapport toutes les activités de la Commission doivent être reflétées, ainsi que ses observations et ses suggestions sur l'évolution du marché, le respect des conditions de la libre concurrence, les mesures pour corriger les défauts apparus et pour faciliter le développement des télécommunications. Dans des termes similaires, la *CNE* doit rédiger un rapport annuel au Gouvernement pour que celui-ci l'envoie au Parlement.



En tout cas, le pouvoir judiciaire et, en particulier, la *Jurisdicción de lo contencioso-administrativo* (Juridiction du contentieux-administratif) contrôle, de façon pleine, l'exercice des fonctions publiques aux mains de ces administrations.

Enfin, le contrôle économique et financier : toutes ces administrations indépendantes sont soumises au contrôle de la *Intervención General del Estado* (Intervention générale de l'État) et du *Tribunal de Cuentas* (Cour des Comptes). Le premier est un organe de l'administration générale de l'État et le second est un organe constitutionnel qui dépend du Parlement (article 136 de la Constitution). La seule exception à la règle que nous commentons est celle du *BE*. Celui-ci, en effet, est seulement soumis au contrôle du *Tribunal de Cuentas*. À son tour, le type de contrôle qu'exerce l'intervention sur les comptes de la *CNMV* est un contrôle de l'efficacité de la gestion des deniers publics (audit).

## Conclusions

---

Les administrations indépendantes espagnoles sont un phénomène spécifique, entouré de prudenances et de préventions. La spécificité explique les contradictions que l'on observe dans le modèle. Les prudenances et les préventions naissent de la possible contradiction entre la direction du Gouvernement (article 97 de la Constitution espagnole) et l'indépendance. Cependant, ni la direction est dépendante, ni l'indépendance est absolue ou stricte. En réalité, les statuts de ces administrations établissent, diversement, des combinaisons de garanties et de contrôles. Cette combinaison a permis que, dans certains domaines ou secteurs, ces administrations puissent exercer sous leur propre responsabilité (autonomie) et selon des critères techniques et professionnels les fonctions que la loi leur attribue, sans que les pouvoirs de l'État, en particulier ceux du Gouvernement, puissent interférer, sauf dans les cas et selon les pouvoirs et les procédés établis dans la loi correspondante.



---

# L'expertise scientifique indépendante dans un établissement public : l'exemple de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments

*Martin Hirsch,  
maître des requêtes au Conseil d'État,  
directeur général de l'Agence française  
de sécurité sanitaire des aliments*

« En 1998, la loi a créé une structure indépendante, l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA), pour regrouper une expertise dispersée. Placée sous la triple tutelle des ministères chargés de la Santé, de l'Agriculture et de la Consommation, ce pôle d'expertise est un « élément-clé » du nouveau dispositif de veille, d'évaluation et d'expertise des risques sanitaires et nutritionnels des aliments ». Ces deux phrases, extraites d'un document officiel, puisqu'il s'agit du dossier des États généraux de l'Alimentation distribué lors de la clôture de cette manifestation par le Premier ministre, résume la situation paradoxale de l'Agence.

Il est rare en effet d'associer en un même paragraphe, dans le vocabulaire courant comme dans l'ordonnancement juridique, la notion de tutelle et la notion d'indépendance, deux concepts contradictoires. Et les autorités administratives indépendantes ont bien, parmi leurs caractéristiques, celles de n'être soumises à la tutelle d'aucun autre organisme, ni aucun ministère.

L'Agence française de sécurité sanitaire des aliments est, quant à elle, un établissement public de l'État dont les règles de fonctionnement sont classiques : notamment, comme tout établissement public, il est soumis à une tutelle. Il s'agit en l'occurrence d'une triple tutelle, exercée par trois ministères : ceux chargés de la santé, de l'agriculture et de la consommation. Si la tutelle unique est fréquente, la tutelle double relativement classique<sup>1</sup>, la triple tutelle est plus rare. On reviendra plus loin sur les raisons de cette triple tutelle.

---

1 - C'est souvent le cas pour des organismes de recherche dont la tutelle est exercée d'une part par le ministère de la recherche, d'autre part par le ministère du secteur de recherche : la santé pour l'Inserm, l'agriculture pour l'INRA, l'industrie pour le CEA, par exemple.



Bien que sous tutelle et sous une triple tutelle, l'Agence a été, avant même sa création et depuis sa création, présentée comme une « Agence indépendante », dans de nombreuses déclarations de ministres ou de parlementaires. Cette notion était déjà présente dans les travaux préparatoires de la loi. Il s'agit d'un raccourci entre le statut juridique de l'Agence et l'organisation de son activité scientifique. En réalité, selon nous, l'expression la plus juste est de dire que l'Agence est « un établissement dépendant chargé d'élaborer une expertise indépendante ».

Nous nous efforcerons, dans ce texte, de décrire ce paradoxe apparent, de rappeler le rôle et la place de l'agence dans le dispositif sanitaire, d'expliquer quels sont les garanties d'indépendance de l'expertise dans ce contexte, quelles sont les justifications à ce choix et quelles pourraient en être les évolutions.

## I – Les caractéristiques de cet établissement

Avant d'examiner la question de l'indépendance et de la tutelle, il convient de rappeler pourquoi l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments a été créée, quelles sont ses missions, son organisation et son activité.

### **1 – Doubles origines de l'AFSSA : la vache folle et la loi du 4 janvier 1993**

L'Agence française de sécurité sanitaire des aliments dispose de doubles racines.

Les premières sont conjoncturelles : c'est la crise de la vache folle, en 1996, qui « crée » le besoin d'un renforcement de la sécurité alimentaire et d'un établissement créé à cet effet. Le besoin, tel qu'il est exprimé, est celui d'un organisme scientifique qui puisse exercer une veille et d'alerter avant qu'une nouvelle crise intervienne et surtout avant qu'ait perduré un danger pour le consommateur. À partir d'un constat de manque : lorsque la crise de la vache folle éclate, il n'y a pas d'organisme vers lequel les différents acteurs peuvent se retourner, notamment pour demander des références, des conseils, des avis, des perspectives<sup>2</sup>. Il est rapidement créé un comité interministériel sur les encéphalopathies spongiformes subaiguës transmissibles (ESST). Il s'agit d'un comité d'experts, multidisciplinaire, auquel est confié un double rôle. D'une part, contribuer à définir les orientations en matière de recherche pour accélérer l'acquisition de connaissances sur les maladies à prions. D'autre part, donner des avis au gouvernement sur les enjeux de santé publique et les mesures de protection à prendre. On retrouve, dans l'intitulé de ce comité, le mot « interministériel », non pas comme classiquement dans le système admi-

---

2 - Cf. De la « vache folle » à la vache émissaire, Assemblée Nationale, rapport d'information n° 3291, 10<sup>e</sup> législature (1997), rapporteur J.F. Mattei.





nistratif français parce qu'il comporte des représentants de plusieurs ministères, mais parce qu'il est « rattaché » à plusieurs ministères, qui ont chacun la possibilité de le saisir, alors que le comité est, quant à lui, composé d'experts indépendants. Il s'agit des ministères de la recherche, de la santé et de l'agriculture.<sup>3</sup>

Sa deuxième origine, l'AFSSA la puise dans l'expérience française des Agences sanitaires. Cette notion apparaît avec la loi du 4 janvier 1993 qui crée d'une part l'Agence du Sang, dans le cadre d'une réforme de la transfusion sanguine objet principal du projet de loi et d'autre part, l'Agence du médicament, à la suite d'un volumineux amendement parlementaire introduit lors d'une lecture par le Sénat de ce projet<sup>4</sup>.

Ces deux Agences se sont vu confier par le législateur un rôle de police sanitaire et le pouvoir de délivrer des autorisations individuelles, pour des produits (médicaments), pour des personnes (agrément de directeurs d'établissements de transfusion sanguine) ou pour des établissements (agrément d'établissements pharmaceutiques ou d'établissements de transfusion sanguine). Les décisions qui relèvent de leur champ de compétence, sont prises, selon les termes de la loi, par les dirigeants de l'Agence, au nom de l'État.

Si cette loi, dans le contexte dramatique des révélations sur le sang contaminé près de dix ans auparavant, a été adoptée à l'unanimité par le Parlement, le mécanisme juridique choisi a donné lieu à des débats nourris. Les travaux préparatoires montrent les craintes exprimées : d'un côté, celles d'un « démembrement » de l'État lié au transfert vers des établissements publics d'attributions jusqu'alors confiées à des administrations centrales ; de l'autre, la crainte d'une trop grande intervention de l'État, dans un domaine où les producteurs sont des opérateurs privés, à but lucratif (industriels du médicament) ou à but non lucratif (associations gérant les centres de transfusion).

Ces craintes, contradictoires, montrent déjà la singularité qui s'attache aux Agences. Elles sont l'État : elles en font partie, leurs décisions sont prises en son nom. Elles n'ont cependant pas le même fonctionnement que des directions d'administration centrale. Pourvues de la personnalité juridique, elles ne sont pas sous l'autorité hiérarchique du ministre, mais sous sa tutelle administrative. La nuance est de taille. Elle se traduit, juridiquement, par un changement important. La disparition de la possibilité du recours hiérarchique auprès du ministre contre une décision du directeur général ou du président de l'Agence<sup>5</sup>. La seule atténuation qui sera apportée à ce principe sera l'introduction d'un délai avant que la décision du directeur général de l'Agence du médicament devienne exécutoire, permettant au ministre de demander à ce que la décision soit réexaminée. Il est frappant de voir d'ailleurs que la justification apportée à cette modification au texte initial est de réserver la

---

3 - Il en va très différemment du Comité interministériel et interprofessionnel de l'alimentation animale qui lui est effectivement un comité qui comprend outre des scientifiques et des représentants des professions, des représentants de plusieurs ministères parmi ses membres.

4 - Voir « Sécurité sanitaire et Agences, le renouveau de la Santé publique », par Didier Tabuteau, in *Rapport public 1998* du Conseil d'État.

5 - Dans le cas de l'Agence du médicament, l'exécutif est confié au directeur général alors qu'il est confié au président dans le cas de l'Agence du sang.



possibilité au ministre de pouvoir intervenir non pas en cas de décision de refus de délivrance d'une autorisation, mais dans le cas contraire, celui où la délivrance d'une autorisation par le directeur général lui apparaîtrait de nature à compromettre la sécurité sanitaire <sup>6</sup>.

Les incertitudes qui entourent la discussion de la loi conduisent à ce que soit proposé puis adopté un amendement prévoyant la révision au bout de cinq ans de ces nouvelles dispositions législatives. À l'époque, il n'est nullement question d'envisager d'aller plus loin, par une extension à d'autres secteurs, mais plutôt de pouvoir éventuellement corriger cette audace ou innovation législative dans le domaine sanitaire. Cinq ans, c'est donc une révision prévue en 1998.

Pourtant, c'est bien une extension de ce mécanisme à laquelle il sera procédé dans la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998.

## **2 – La création de l'AFSSA par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998**

Lorsque le législateur délibère sur ce qui deviendra la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998, il est, cette fois, convaincu que les établissements publics sont les instruments adaptés à l'action de l'État en matière de sécurité sanitaire.

Depuis la loi de 1993, plusieurs événements sont venus conforter le choix initial.

D'abord, le bilan des agences, dont la qualité sera soulignée à plusieurs reprises, tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, tant par la majorité que par l'opposition. L'Agence du médicament notamment a su conforter la qualité de l'expertise scientifique, les conditions de son indépendance <sup>7</sup>, la rigueur du contrôle et de l'évaluation au cours de ses cinq premières années d'existence.

Ensuite, la création de nouvelles Agences. Par une loi de 1994 a été créé l'établissement français des greffes, qui se substitue en grande partie à une association, agissant pour le compte de l'État. Par un décret pris la même année, le Service central de protection contre les radiations ionisantes (SCPRI) s'est vu doter de la personnalité juridique avec la création de l'OPRI.

Enfin, le contexte international a évolué dans le même sens. D'autres pays se sont dotés d'agences et, depuis 1994, existe au niveau européen une agence du médicament. Le concept nord américain d'Agence a donc bien gagné l'Europe, même s'il y a été adapté <sup>8</sup>.

---

6 - Sur les concepts de sécurité sanitaire, on pourra se reporter à l'ouvrage de Didier Tabuteau, *La Sécurité sanitaire*, Berger Levrault, 1994.

7 - Avec notamment l'introduction du mécanisme de déclaration d'intérêt sur laquelle on reviendra plus loin.

8 - La comparaison avec le système nord américain mériterait de longs développements. On évoque souvent « les agences » américaines, en ayant à l'esprit dans un tout autre domaine la NASA et dans le domaine de la sécurité sanitaire la FDA. Or, le « A » de FDA ne signifie pas Agency mais Administration. Par ailleurs, lorsqu'on compare l'indépendance des agences américaines ou françaises, il convient d'avoir à l'esprit les grandes différences dans l'organisation des pouvoirs exécutifs et législatifs. Ainsi, si la FDA a peu de liens de dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif américain, elle a des



En outre, la crise de la vache folle vient indiquer que le domaine de l'alimentation a besoin de combler les mêmes lacunes que la sécurité sanitaire des produits de santé : donc pour le faire, le législateur pense naturellement la doter des mêmes instruments.

On retrouve l'idée d'Agence alimentaire dans un texte de Bernard Kouchner, publié en octobre 1996<sup>9</sup> puis dans un rapport du Sénat, qui préconise la création d'une Agence alimentaire<sup>10</sup>. Cette fois la notion d'indépendance est au cœur. Ce rapport donnera lieu au dépôt d'une proposition de loi, élaborée en étroite concertation avec le gouvernement de l'époque. Le gouvernement suivant inscrira cette proposition de loi à l'ordre du jour de la session parlementaire 1997-1998 et, après de nombreux amendements, cette nouvelle loi sera adoptée, sans opposition en juin 1998.

Cette loi crée trois établissements publics :

Outre l'AFSSA, l'Institut de veille sanitaire qui a comme mission la surveillance des maladies et qui se substitue au réseau national de santé publique<sup>11</sup> et l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) qui se substitue à l'Agence du médicament, en voyant son champ de compétence élargi à l'ensemble des produits de santé : médicaments, dispositifs médicaux produits sanguins, produits de greffe, pour citer les principaux d'entre eux.

### 3- Les missions de l'AFSSA

L'AFSSA a une compétence sur l'ensemble de la chaîne alimentaire : produits animaux, végétaux et eaux d'alimentation. L'AFSSA se substitue également à un établissement public, le Centre national d'études vétérinaires et alimentaires (CNEVA) mais qui n'avait que très partiellement des missions d'évaluation, circonscrites au médicament vétérinaire, et principalement des missions de recherche et d'appui scientifique et technique, reprises par l'AFSSA, en plus de ses nouvelles missions d'évaluation. L'AFSSA a donc un triple rôle :

- Un rôle d'évaluation, qui se traduit par l'émission d'avis, de recommandations et de rapports. À ce titre :
  - l'Agence est obligatoirement consultée sur l'ensemble des projets de dispositions législatives ou réglementaires qui concernent la sécurité des aliments (projets de loi, projets de décret, projets d'arrêté) ;

---

liens étroits avec le Sénat américain pour son budget, la nomination de ses dirigeants par exemple.  
9 - Préface de Bernard Kouchner à *L'affolante histoire de la vache folle*, ouvrage collectif, Baland, 1996

10 - Rapport Huriet Descours *Renforcer la sécurité sanitaire en France*, 30 janvier 1997.

11 - l'Agence du sang s'était également, à l'origine, substitué à un groupement d'intérêt public, créé dès l'été 1992 et approuvé par arrêté ; la création du Réseau national de santé publique (RNSP) date de la même époque. Le recours au groupement d'intérêt public permettant de procéder par voie réglementaire, sans pouvoir pour autant doter les groupements ainsi créés des mêmes prérogatives que celles dévolues par la loi (voir sur ce point l'étude du Conseil d'État sur les groupements d'intérêts publics de 1994).



- l'Agence rend des avis préalables à la délivrance d'autorisations : demandes d'emploi d'additifs, procédés de traitement des eaux, mise sur le marché d'organismes génétiquement modifiés dans l'alimentation animale ou humaine ;
- l'Agence peut être saisie par le Gouvernement comme par les associations de consommateurs de toute question dans son champ de compétence : elle a ainsi reçu et traité beaucoup de saisines, notamment en situation de crise sanitaire (risques liés aux dioxines, risques liés à la pollution des produits de la mer lors des deux derniers naufrages, nombreuses saisines sur l'encéphalopathie spongiforme subaiguë ;
- l'Agence évalue les médicaments vétérinaires, produits pour lesquels ses compétences vont au-delà du rôle consultatif puisqu'elle délivre, suspend ou retire les autorisations de mises sur le marché.

- Un rôle d'appui scientifique et technique : cette appellation recouvre notamment toutes les activités scientifiques exercées par ses laboratoires comme activités de référence : diagnostics de confirmation pour certaines maladies animales ; animation de réseaux de surveillance de différents germes pathogènes. Ces activités d'appui scientifique et technique s'exercent dans un cadre spécifique. La notion de laboratoire de référence est délivrée par une décision ministérielle. Elle donne lieu souvent à des financements spécifiques, soit de la part de l'État, soit par une tarification des activités.

- Un rôle de recherche : les laboratoires de l'Agence exercent des activités de recherche à l'instar d'autres organismes et selon les mêmes principes, réalisant des travaux donnant lieu à publication dans des revues scientifiques et parfois à une valorisation, s'agissant d'une recherche qui est souvent une recherche dite appliquée.

Toutes ces activités sont des activités scientifiques. Comme mentionné plus haut, à l'exception du domaine du médicament vétérinaire, l'Agence ne dispose pas de pouvoirs administratifs. Elle n'exerce pas de fonction de police sanitaire. Elle ne prend pas de décisions, en vertu de la volonté du gouvernement et du législateur de séparer l'évaluation du risque de la gestion du risque et de matérialiser cette séparation par des institutions distinctes.<sup>12</sup>

En revanche, une étroite articulation est prévue entre les fonctions de contrôle et les fonctions d'évaluation. Cette articulation vise à garantir l'efficacité d'un système qui ne le serait pas si les instances scientifiques n'avaient pas accès aux données recueillies par les services chargés du contrôle et ne pourraient ni évaluer correctement un risque, ni donner l'alerte. C'est pourquoi la loi prévoit que :

- les données recueillies par les services de l'État, notamment dans le cadre d'enquêtes ou d'inspections, doivent être transmises à l'Agence dès lors qu'elle est susceptible de faire apparaître un risque pour la santé ;
- l'Agence est consultée sur les plans de surveillance et de contrôle.

C'est sur ce dernier point que le mot d'indépendance apparaît pour la seule fois, s'agissant des dispositions législatives relatives à l'Agence. En effet, la

---

12 - Un choix différent a été fait en France pour les produits de santé et en Grande Bretagne pour les aliments, l'agence anglaise ayant des pouvoirs de contrôle.



loi dispose que l'AFSSA « *procède à l'évaluation des études effectuées ou demandées par les services de l'État et des méthodes de contrôle et contribue à la bonne organisation, à la qualité et à l'indépendance de ces études et contrôles* ».

En ce qui concerne l'Agence elle-même, aucune disposition législative ni réglementaire ne mentionne l'indépendance de ses travaux. En revanche, plusieurs dispositions comportent des garanties de cette indépendance.

## II – Les garanties de l'indépendance : Les « six commandements » pour une expertise indépendante

---

Alors que la notion de séparation entre le contrôleur et le contrôlé est au cœur des débats de 1993, lorsqu'il faut remédier à la confusion des genres mise en lumière par le drame du sang contaminé, le souci de l'indépendance est beaucoup plus présent dans les discussions de la deuxième loi de sécurité sanitaire <sup>13</sup>.

Le fonctionnement de l'Agence est régi par six principes fondamentaux pour assurer l'indépendance de l'expertise qu'elle fournit.

### **1<sup>er</sup> principe** **Des missions exclusivement sanitaires**

La définition de l'objet de l'Agence, limité conformément au principe de spécialité applicable aux établissements publics, est la première garantie de l'indépendance de ses travaux à l'égard d'autres considérations. Les objectifs de l'Agence, tels qu'ils figurent dans la loi, sont exclusivement sanitaires. Elle n'a donc pas à composer ou trouver un équilibre entre des objectifs qui peuvent être contradictoires. Ce n'est pas au sein de l'Agence que s'effectuent des arbitrages entre des considérations sanitaires et d'autres considérations économiques, diplomatiques ou politiques. L'objet unique de l'Agence permet à l'expertise d'être indépendante de considérations non sanitaires.

### **2<sup>e</sup> principe** **Un financement public**

Le financement de l'Agence est presque exclusivement issu de subventions publiques. L'Agence ne dépend pas pour son fonctionnement de l'attribution

---

13 - Sur la genèse de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998, on pourra se reporter à l'étude de Christophe Clergeau *Le processus de création de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, généalogie, genèse et adoption d'une proposition de loi*, rapport d'étape, 23 novembre 1998.



de moyens provenant d'entreprises, de groupements professionnels ou d'organismes sur lesquels elle aurait à prendre position.

Si le financement de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments est à plus de 95% public, il convient cependant de mentionner deux particularités.

L'Agence ayant des missions de recherche, ses laboratoires réalisent, comme tout organisme de recherche, des travaux de partenariat ou des prestations qui peuvent lui apporter des ressources d'organismes privés. C'est parce qu'il convenait tout particulièrement de veiller au maintien de l'indépendance de l'ensemble de ces travaux que, dès la mise en place de l'Agence, il a été décidé d'en réduire la proportion, de supprimer une partie de ces travaux et prestations considérés comme incompatibles avec les missions générales de l'Agence et de définir un cadre strict pour les partenariats qui pouvaient être maintenus<sup>14</sup>. Cette possibilité ne concerne que les travaux de laboratoire, mais en aucun cas les travaux d'évaluation, pour lesquels l'ensemble du financement provient directement de l'État.

La deuxième particularité, tient à ce que l'agence du médicament vétérinaire, entité intégrée dans l'AFSSA et non dotée de la personnalité morale, perçoit une taxe parafiscale, dont le régime est déterminé par voie réglementaire, et qui est à la charge de l'industrie du médicament vétérinaire.

Pour le reste, il s'agit d'un financement public sous forme de subventions ou de conventions, sur lesquelles nous reviendrons plus loin.

### **3<sup>e</sup> principe**

#### **L'organisation de l'expertise est régie selon des principes stricts**

L'organisation de l'expertise est un élément déterminant de son indépendance ou de son impartialité, notion qui lui est étroitement liée. Plusieurs principes la régissent dont trois sont importants à signaler.

L'expertise est collégiale. Cela permet de veiller à ce que, dès lors qu'un individu seul ne peut pas, par définition, être considéré comme indépendant de son environnement, de sa culture, de sa formation ou de son organisme d'origine, la confrontation avec d'autres experts « neutralise » la part irréductible chez chaque expert de cette dépendance.

L'expertise obéit à des procédures. Ces procédures sont destinées à garantir que tout dossier est traité selon les mêmes formalités et qu'il ne puisse y avoir de suspicion de remise en cause de l'indépendance de l'institution, d'un comité qui lui est rattaché, ou d'un scientifique y appartenant à l'occasion de l'examen d'un dossier.

L'expertise repose sur un équilibre entre le recours à des comités d'experts externes à l'Agence et à des scientifiques travaillant au sein de l'Agence. Cet

---

14 - Un document a été soumis par la direction générale au conseil d'administration de l'Agence pour formaliser ces principes et éviter des « *conflits d'intérêts institutionnels* ».

équilibre permet de conjuguer les avantages liés à la position de ceux issus d'organismes publics, dont ils ne sont pas les représentants étant nommés *intuitu personae*, et la position de ceux qui travaillent au sein de l'agence et consacrent la totalité de leurs activités aux objectifs que celle-ci doit poursuivre. S'agissant des experts externes, ils sont nommés au terme d'un mécanisme de sélection, sur appel à candidature, tenant compte de leurs travaux scientifiques.

#### **4<sup>e</sup> principe**

##### **La transparence pour éviter les conflits d'intérêts**

Le choix a été fait par l'Agence de ne pas inclure de représentants d'organismes professionnels ou d'administrations centrales dans les comités d'experts. En outre, les experts sont légalement tenus de faire une « déclaration d'intérêts », ayant un caractère public. Dans cette déclaration, doivent être mentionnés tous les intérêts directs ou indirects qui peuvent être de nature à remettre en cause leur indépendance, en créant un conflit d'intérêts. Nous avons retenu une définition extensive de ces intérêts : un financement du laboratoire auquel appartient l'expert doit être mentionné, tout comme la prise en charge des frais de participation à un congrès par une entreprise. Ces éléments sont publics et l'expert n'a pas le droit de siéger lorsqu'un conflit d'intérêt peut apparaître <sup>15</sup>.

#### **5<sup>e</sup> principe**

##### **La publicité systématique des avis**

Les avis rendus par l'Agence sont systématiquement rendus publics et c'est au directeur général de l'établissement que revient la responsabilité de la publicité des avis. Cette publicité est un élément important de l'indépendance. Tout simplement, si les avis de l'Agence n'étaient pas indépendants, cela se verrait immédiatement, car tout le monde y a accès, dans leur intégralité et au moment où ils sont d'actualité. Nous avons en effet pris comme parti de rendre les avis publics avant que les décisions auxquelles ils se rapportent soient prises, tout en nous efforçant de laisser à leurs destinataires premiers (les ministres ou leur administration) le temps de les lire ou d'en étudier la portée. Fréquemment, cependant en période de crise, les avis sont simultanément transmis et rendus publics.

#### **6<sup>e</sup> principe**

##### **La capacité d'autosaisine**

Dernier principe, la capacité d'autosaisine de l'Agence est à mentionner au titre des garanties de l'indépendance. En effet, un organisme d'expertise qui serait strictement lié par les questions qui lui sont soumises ne serait pas réellement indépendant. Il est en effet toujours loisible à l'autorité de saisine de

---

15 - Cette procédure est obligatoire d'après la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 pour les trois établissements publics. Elle avait été initiée en France par l'Agence du médicament en 1995.



formuler une question de telle façon à ce qu'il soit presque sûr d'obtenir la réponse qu'il attend.

La capacité d'autosaisine a un double avantage. Elle permet de déjouer le piège de la question trop habilement formulée pour laisser place à une réponse réellement indépendante. Elle permet – on peut même dire qu'elle l'y oblige – à l'agence d'examiner des questions ou des sujets qui doivent l'être, car la logique sanitaire le justifie, nonobstant un caractère éventuellement « sensible » de la question. L'Agence a régulièrement, depuis sa création, usé de cette capacité d'autosaisine, pour rendre des avis ou organiser son programme annuel de travail.

Tels sont les six principes qui me paraissent essentiels pour définir l'indépendance de l'expertise. Certains de ces principes découlent directement de la loi et des textes réglementaires. D'autres résultent de choix opérés dans la mise en place et le fonctionnement de l'agence. Certains concernent l'indépendance à l'égard des opérateurs économiques, d'autres l'indépendance à l'égard des autorités politiques et administratives. C'est la conjugaison de ces différents principes qui offre les garanties d'indépendance.

### III – Les limites possibles de l'indépendance dans un établissement public

Si l'expertise scientifique s'élabore dans des conditions, dans un contexte et selon des procédures destinées à garantir son indépendance à l'égard des intérêts économiques, administratifs et politiques, il convient de souligner cependant les limites possibles de l'indépendance d'une institution. Ces limites ne sont pas forcément propres aux établissements publics, mais peuvent se retrouver dans d'autres organismes publics, dont les autorités administratives indépendantes.

#### 1 – Le budget

La principale est la limite financière. Dès lors que les procédures sont organisées pour que les travaux soient réalisés de manière indépendante, celle-ci peut être remise en cause si les moyens ne sont pas suffisants ou s'ils ne peuvent être affectés en fonction de priorités scientifiques.

À cet égard, un « mauvais budget » pourrait être la sanction d'un établissement qui aurait déplu en usant de son indépendance. Cette « dépendance budgétaire » n'est pas propre aux établissements publics, dans le système juridique français. Peu d'organismes publics sont maîtres de la fixation de leurs ressources, les autorités administratives indépendantes pas plus que les autres. Ce qui singularise les établissements publics, c'est que leur budget doit recueillir un triple accord : au sein de l'exécutif, l'accord du ou des ministères techniques de rattachement et celui du ministère du Budget ; comme celui du législateur qui vote le budget de l'État. Dans les pays, comme les États-Unis,



où les agences sont moins sous la tutelle de l'exécutif que sous celle du pouvoir législatif, la négociation du budget est un exercice particulièrement exigeant pour les dirigeants des établissements publics qui doivent justifier très précisément leurs demandes de crédits, en particulier face à des élus qui peuvent être sensibles aux arguments des lobbies qui, parfois, n'ont pas intérêt à ce que telle fonction d'expertise ou de contrôle soit renforcée.

## **2 – La nomination des dirigeants et le choix des experts**

La deuxième limite possible est le mode de nomination des dirigeants. Contrairement à une autorité administrative indépendante, ou à une instance investie de pouvoirs juridictionnels, les dirigeants d'un établissement public sont révocables en cours de mandat, mandat qui est d'ailleurs plus court que les mandats retenus par le législateur pour les membres d'autorités administratives indépendantes<sup>16</sup>. Il est donc loisible aux autorités investies du pouvoir de nomination de mettre fin aux fonctions des dirigeants d'un établissement public, ce qui pourrait être considéré comme une manière, au moins théorique, de peser sur l'indépendance de l'établissement, s'il n'y avait pas, par ailleurs, des procédures organisant l'indépendance de l'expertise et le mode de nomination des experts.

En effet, s'agissant des experts eux-mêmes, ils sont nommés selon une procédure propre. À l'AFSSA, le décret prévoit qu'ils sont nommés par arrêté interministériel, pris sur proposition du directeur général de l'Agence, après avis du conseil scientifique. Dans ce cadre, il a été institué une procédure rigoureuse de sélection des experts, après publication d'un appel à candidature.

## **3 – Les modalités de la tutelle de l'État**

La troisième limite possible est le mode d'exercice de la tutelle. Précisons d'abord que la forme de l'établissement public introduit une distance au regard de la chaîne d'autorité ministérielle. Par rapport à une administration centrale, l'établissement public se caractérise par le fait que les instructions des tutelles se font non sur un mode strictement hiérarchique mais selon les procédés et dans les domaines prévus par les textes.

Ainsi, les pouvoirs du conseil d'administration sont-ils limitativement énumérés. Le conseil d'administration n'a pas de pouvoir sur le contenu scientifique du travail de l'Agence. Il ne délibère pas sur les avis. Ceci rend possible de concilier la notion d'indépendance de l'expertise et l'existence d'un conseil d'administration, composé principalement de représentants de l'État comme de représentants des opérateurs. En particulier, si le conseil d'administration de l'AFSSA comprend parmi ses 25 membres, 12 représentants de l'État, 3 représentants des industriels, 3 représentants des associations de consommateurs, le conseil d'administration n'intervient en aucune manière dans l'élaboration des avis de l'Agence<sup>17</sup>.

---

16 - Le pouvoir réglementaire a prévu que les dirigeants des Agences sanitaires sont nommés pour trois ans et que ce mandat peut être renouvelé.



De même, les représentants des administrations n'ont qu'une voix consultative dans le conseil scientifique, qui se prononce sur les grandes orientations en matière de recherche et ne sont pas membres du conseil scientifique restreint chargé de « veiller à la cohérence des avis ». Les comités d'experts spécialisés peuvent, selon les termes du règlement intérieur, se réunir, hors la présence des représentants des administrations.

## IV- Expertise indépendante, établissement sous tutelle : des évolutions possibles et souhaitables ?

---

Si l'expertise scientifique doit être indépendante, notamment dans le domaine sanitaire, il ne serait pas pour autant cohérent que l'établissement auquel incombe cette expertise soit coupé du système administratif classique. À cet égard, la forme d'un établissement public trouve ses justifications.

En premier lieu, les autorités sanitaires, – les ministres et leurs administrations – ont besoin d'avoir des réponses aux questions qu'elles se posent et ont besoin que ces réponses soient délivrées dans un délai compatible avec le bon fonctionnement de l'administration. Un établissement qui ne fonctionnerait que selon ses propres contraintes et considérerait comme faisant partie de sa propre indépendance de ne pas tenir compte des besoins exprimés par le Gouvernement serait rapidement inutile. Il est donc logique que l'établissement en charge de l'expertise soit, par son rattachement administratif et, donc, son mode de tutelle, intégré dans le système sanitaire dont il est l'un des maillons et non pas dissocié de lui.

Des évolutions sont-elles envisageables ou souhaitables ?

Dans le cadre de ces principes, des évolutions sont certainement envisageables qui pourraient contribuer à renforcer le dispositif d'expertise, dans le cadre d'un établissement public. Quatre évolutions peuvent être évoquées.

La première évolution concernerait la construction du budget d'un établissement public, investi de la responsabilité d'élaborer et de fournir de l'expertise. L'AFSSA, comme toutes les administrations et établissements publics, transmet ses demandes budgétaires, chaque année. Très logiquement, ces demandes sont examinées par les diverses administrations dont elle dépend et soumises aux différents niveaux d'arbitrage, selon le processus classique d'élaboration du budget de l'État. Ce qui est moins classique, c'est qu'une part non négligeable du budget de l'établissement (qu'il s'agisse d'investissements, de personnel ou de fonctionnement) provient de conven-

---

17 - On trouve un modèle inverse au Royaume-Uni : dans la Food standards agency, les avis sont soumis au « board » équivalent du conseil d'administration, mais ce *board* est composé de personnalités considérées comme indépendantes : elles sont choisies après appel à candidatures et ne représentent pas d'organismes.



tions ou de subventions, apportées par les différents services de l'État, en plus de la dotation budgétaire de base. Ce système complexe pourrait être considéré, non sans raisons, par un observateur extérieur, comme contradictoire, avec la possibilité d'organiser une expertise indépendante.

En effet, si l'administration doit pouvoir s'assurer à tout moment que l'argent attribué à un établissement public est bien dépensé d'une part de façon régulière et d'autre part conformément aux objectifs généraux assignés à cet établissement et aux besoins exprimés, il est également essentiel que l'établissement chargé de fournir cette expertise et d'anticiper sur les risques puisse décider de consacrer des moyens à un sujet qui puisse ne pas être considéré, pour de multiples raisons, comme une priorité par les administrations de tutelle. La possibilité de prévoir des budget pluriannuels comportant l'ensemble des ressources publiques de l'établissement pourrait contribuer à éclaircir cette situation.

La deuxième évolution concerne le « statut » des experts auxquels il est fait appel. Comme souligné au-dessus, les experts ont l'obligation légale de remplir une déclaration relative aux intérêts directs et indirects qu'ils peuvent entretenir avec des entreprises et ne doivent pas se prononcer sur un dossier pouvant faire naître un conflit d'intérêts. Si cette obligation a constitué un progrès considérable, sa mise en œuvre conduit à mettre en lumière la dépendance obligée de grands nombres d'experts, dont les laboratoires bénéficient de financements privés, ou la fréquence des expertises réalisées à titre privé. Les activités d'expertise publique ne sont pas ou peu rémunérées. Les meilleurs experts sont ceux qui sont déjà impliqués dans des fonctions de recherche et d'enseignement et sont donc très sollicités. Il est donc important de favoriser les conditions dans lesquelles s'exerce l'expertise publique pour renforcer son indépendance. Cela va de pair avec un certain nombre d'obligations, comme la sélection stricte des experts sur des critères scientifiques.

La troisième évolution, dans le prolongement de la précédente, concerne les relations avec les organismes professionnels qui mériteraient d'être éclaircies dans l'ensemble des domaines concernés par l'expertise scientifique publique. Par exemple, ces organismes, dont le rôle est de représenter des opérateurs économiques, ont besoin que des recherches soient conduites, que des conseils leur soient donnés, que des expertises soient conduites. Ils sont prêts à les financer et l'apport de leur financement peut être déterminant. Il conviendrait, sauf à totalement exclure ce type de subventions, de pouvoir définir des règles totalement nouvelles d'attribution et d'utilisation de ces sources de financements si l'on souhaite qu'elles soient compatibles avec l'indépendance des travaux réalisés.

La quatrième évolution concerne l'exercice du mode de tutelle. Les conditions dans lesquelles s'exerce la tutelle sur un établissement public chargé d'organiser une expertise indépendante pourraient être mieux définies : la part de ce qui relève d'une tutelle administrative et d'une tutelle technique, les formes sous lesquelles elle s'exerce.



## Conclusion

---

La forme de l'établissement public permet de concilier l'indispensable indépendance de l'expertise scientifique et le respect de l'unité de la chaîne de responsabilité, fondamentale en matière de sécurité sanitaire.

Ces deux objectifs, qui peuvent apparaître comme contradictoires, ne peuvent être atteints que sous certaines conditions.

Il faut que les principes aient été bien fixés dans la loi, qui est la première source de légitimité pour un établissement de cette nature, car elle traduit les exigences d'indépendance déterminées directement par le législateur. Dès lors, cette indépendance de l'expertise n'est pas contradictoire avec le fonctionnement démocratique, puisque elle a été voulue par les représentants du peuple. Les experts ne confisquent donc pas une part de la démocratie. Ils contribuent, dans un cadre précis, à l'exercice de la « démocratie sanitaire ».

Il faut ensuite qu'aient été définies des procédures, qui garantissent que cette indépendance est effective : choix des experts ; fonctionnement des instances d'expertise ; conditions d'examen des dossiers ; absence de conflit d'intérêts.

Classiquement, les établissements publics ont été le réceptacle d'une recherche indépendante, ils le sont désormais d'une expertise indépendante, notamment dans le domaine sanitaire. Cette indépendance doit s'exercer tant à l'égard des intérêts économiques que des pouvoirs politiques et économiques, sans pour autant isoler l'établissement de l'action publique. Si l'expertise doit être réalisée dans de strictes conditions d'indépendance, elle est au service d'une politique publique. Elle doit donc pouvoir être pleinement mobilisée vers les objectifs de cette politique publique de sécurité sanitaire. C'est ce que doit viser l'exercice de la tutelle sur un établissement chargé de fournir de l'expertise.

À bien des égards, les conditions de l'indépendance de l'expertise scientifique et de celle de la justice sont comparables : transparence et publicité des débats ; choix des experts, organisation du contradictoire, collégialité des délibérations, codification des règles, motivation des avis, nécessité de réponse à l'urgence sans remise en cause des principes généraux. On ne s'étonnera donc pas de trouver tant dans les procédures que dans le vocabulaire des notions communes à la justice et à l'expertise scientifique ... mais l'analyse de ces analogies mériterait bien d'autres développements.

---

# L'environnement économique international et les autorités de concurrence

*Frédéric Jenny,  
professeur à l'ESSEC,  
vice-président du Conseil de la concurrence*

Le droit de la concurrence garantit le fonctionnement concurrentiel des marchés en permettant, d'une part, la détection et la répression des ententes et des abus de position dominante anticoncurrentiels et, d'autre part, le contrôle de la concentration économique abusive.

Le bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés n'est pas une fin en soi mais, comme le suggère l'analyse économique, un moyen généralement nécessaire pour rendre compatible la liberté d'entreprendre et l'initiative individuelle des agents économiques, caractéristiques des économies décentralisées, avec l'efficacité économique c'est-à-dire l'utilisation la plus judicieuse des ressources rares de la collectivité.

Le droit de la concurrence trouve ainsi sa source principale dans la théorie économique. La mise en œuvre du droit de la concurrence nécessite une double compétence juridique et économique. Il y a à cela deux raisons principales. La première raison est que les concepts utilisés en droit de la concurrence (marché pertinent, processus concurrentiel, monopole, barrières à l'entrée) proviennent, pour l'essentiel, de la théorie économique des marchés et qu'une certaine connaissance de cette théorie est nécessaire pour les interpréter. La seconde raison tient au fait que l'analyse économique suggère que le caractère anticoncurrentiel d'une pratique ne peut être établi qu'au regard de l'environnement économique dans lequel cette pratique est constatée. Ainsi, la mise en œuvre du droit de la concurrence suppose une interprétation économique.

Telle est la raison pour laquelle, dans de nombreux pays, une autorité spécialisée, indépendante tant des milieux d'affaires que de l'exécutif et composée de juristes et d'économistes, est chargée d'appliquer le droit de la concurrence au premier degré. Les décisions de ces autorités peuvent, en général, faire l'objet d'un appel ou d'un recours auprès des juridictions de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire.



## I – La doctrine des effets et l'application extra-territoriale du droit de la concurrence

---

En application de la doctrine des effets, l'autorité de régulation de la concurrence d'un pays est compétente pour les pratiques qui sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels sur le territoire national, que ces pratiques soient mises en œuvre par des entreprises elles-mêmes situées dans ce pays ou qu'elles soient mises en œuvre par des entreprises situées à l'étranger mais exportant dans ce pays. À l'inverse, l'autorité de concurrence d'un pays n'est pas compétente pour connaître de pratiques anticoncurrentielles qui n'ont pas d'effet (ou ne sont pas susceptibles d'avoir un effet) sur le territoire national de ce pays. Ainsi, les ententes à l'exportation sont généralement hors du champ de compétence des autorités de concurrence.

La seule exception notable à l'application de la doctrine des effets concerne la législation antitrust des États-Unis. La section 1 du Sherman Act dispose ainsi : « Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents états de l'union *ou avec les pays étrangers* sont déclarés illégaux ». Ainsi, une entente entre des entreprises japonaises, produisant ses effets anticoncurrentiels uniquement sur le marché japonais relève de la compétence des autorités antitrust américaines si elle est de nature à restreindre la capacité des entreprises américaines d'exporter au Japon.

## II – Les conséquences de la prolifération des droits nationaux de la concurrence et de l'interpénétration croissante des marchés

---

Les deux dernières décennies ont été caractérisées, d'une part, par la prolifération des droits nationaux de la concurrence et, d'autre part, par une interpénétration croissante des marchés nationaux. Près d'une centaine de pays sont désormais dotés d'un droit national de la concurrence ou en voie d'adopter un tel droit. Parallèlement, l'interpénétration des marchés nationaux sous les effets conjugués du développement du commerce international et du développement des investissements étrangers s'est accélérée. En outre les évolutions technologiques dans le domaine de la communication ont réduit l'importance des dimensions temps et espace dans les échanges internationaux.

Ces évolutions ont trois conséquences en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence.

## **1 – La prolifération des droits nationaux de la concurrence augmente les coûts de transaction des entreprises qui sont présentes dans un grand nombre de pays mais ne garantit pas l'efficacité de la mise en œuvre de chacun des droits nationaux**

L'augmentation des coûts de transaction pour les entreprises multinationales est d'autant plus importante que les droits nationaux ne sont pas harmonisés et que nombre de ces droits peuvent comporter des dispositions obligeant les entreprises à notifier certaines transactions ou contrats. Ainsi, par exemple, une cinquantaine de pays sont à l'heure actuelle dotés de dispositions permettant un contrôle de la concentration et il n'est pas rare que, lors de certaines concentrations, les parties soient obligées de notifier leur opération dans plusieurs dizaines de pays. Comme les critères d'évaluation des concentrations ne sont pas uniformes d'un pays à l'autre, que les procédures sont différentes, et que les pouvoirs des autorités de concurrence en matière de concentration ne sont pas les mêmes, une opération de concentration peut donner lieu à des appréciations divergentes ou des injonctions incompatibles même lorsque ses effets sont relativement similaires d'un pays à l'autre. À cette source de complexité, il faut bien entendu ajouter le fait que la même opération peut ne pas avoir les mêmes effets dans tous les pays car l'internationalisation des marchés n'est pas nécessairement synonyme d'unicité ou d'homogénéité des marchés.

Ainsi, par exemple, la concentration entre Coca-Cola Company et Cadbury Schweppes PTY LTD a été autorisée dans certains pays ( par exemple aux États-Unis) et interdite dans d'autres (par exemple au Mexique et en Australie). Il convient alors de s'interroger sur la situation ainsi créée. Si l'on prend l'exemple de l'Australie, l'interdiction de l'opération sur ce territoire (de treize millions d'habitants) était principalement justifiée par le fait que les parties à l'opération détenaient 66% du marché des boissons carbonatées et que leur part de marché serait, une fois l'opération réalisée, 7 fois plus importante que celle de leur plus gros concurrent (Pepsi-Cola) dont la part de marché était de 9%. Cette interdiction a eu pour conséquence que certaines marques de boissons gazeuses qui étaient sous le contrôle de Cadbury Schweppes antérieurement à la concentration n'ont pas pu passer sous le contrôle de Coca-Cola alors même que ces marques seront gérées par Coca-Cola dans les autres pays du Sud-Est Asiatique qui n'ont pas interdit l'opération. Ainsi, le gestionnaire des marques de Cadbury Schweppes en Australie, d'une part, ne détiendra pas le droit d'utiliser ses marques en dehors du territoire australien et, d'autre part, ne pourra maîtriser ni l'image ni la qualité ni le prix des produits vendus sous ses marques en dehors de ce territoire. Dans ces conditions, il est peu probable qu'il souhaite sacrifier ses marges ou qu'il ait les moyens de mener une stratégie offensive vis-à-vis de Coca-Cola sur le territoire australien.

On retiendra que si l'Australian Competition and Consumer Commission a, formellement, mis en œuvre de façon souveraine le droit de la concurrence australien en interdisant la concentration entre Coca-Cola et Cadbury Schweppes sur son territoire, cette mise en œuvre du droit national ne lui permet cependant pas de garantir l'exercice d'une concurrence effective sur le



marché australien des boissons carbonatées en raison des décisions explicites ou tacites d'autorisation de la concentration dans un grand nombre d'autres pays.

## **2 – Par ailleurs, l'interpénétration croissante des marchés nationaux entraîne, pour les états, une « perte de souveraineté opérationnelle » dans la mise en œuvre de leur droit interne de la concurrence**

En effet, en raison même du développement du commerce international, un pays peut, plus fréquemment que par le passé, être victime de pratiques anti-concurrentielles mises en œuvre à l'étranger par des entreprises exportant dans ce pays mais n'y ayant pas nécessairement une implantation.

Par exemple, des entreprises d'un pays (A) exportant vers un pays (B) peuvent mettre en œuvre une entente de prix et de répartition de marché dans le pays (B) sans y avoir une implantation. Faute d'avoir des pouvoirs d'enquête lui permettant de recueillir les preuves nécessaires dans le pays (A), l'autorité de concurrence du pays (B) ne pourra disposer des éléments lui permettant de sanctionner l'infraction à son droit de la concurrence.

De la même façon, une entreprise d'un pays (A), abusant de sa position dominante dans un pays (B) où elle exporte, pourra échapper au droit de la concurrence du pays (B) si l'autorité de concurrence de ce dernier pays, ne pouvant utiliser ses pouvoirs d'enquête dans le pays (A), est dans l'incapacité de réunir les preuves nécessaires à la mise en œuvre de son droit de la concurrence.

Un exemple de ce type de situation est fourni par l'instance engagée par le Département de la Justice et les procureurs d'un certain nombre d'états des États-Unis contre Microsoft. Il est reproché à Microsoft d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation d'ordinateurs, marché où l'entreprise dispose d'une très forte part de marché grâce à Windows, en pratiquant la vente liée de ce système d'exploitation et de son navigateur internet (Internet Explorer). Cette stratégie commerciale aurait, selon l'accusation, eu pour objet et pour effet de limiter considérablement les possibilités d'expansion des concurrents de Microsoft (et, en particulier de Netscape) sur le marché des navigateurs internet. En première instance le juge Jackson a estimé que l'abus de position dominante (ou de monopolisation) était constitué et il a ordonné, à la demande du Département de la Justice des États-Unis et des états qui s'étaient joints à sa démarche, le démantèlement de Microsoft en trois unités pour éviter la répétition d'une telle pratique. Microsoft ayant fait appel de la décision, l'affaire est actuellement examinée par une cour fédérale.

Cette affaire suggère trois commentaires.

En premier lieu la stratégie de Microsoft, décidée à Seattle, est une stratégie mondiale de telle sorte qu'elle s'applique à la France ou à tout autre territoire national sur lequel Microsoft est commercialement présent et a une position dominante, même s'il n'y a pas d'implantation. Ceci veut dire que si Micro-



soft mettait en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles aux États-Unis, il est possible, voire vraisemblable, que ces pratiques affecteraient également les marchés d'autres pays.

En deuxième lieu, c'est en utilisant les pouvoirs que leur conféraient les règles de procédure applicables en l'espèce que les plaignants ont eu accès aux messages électroniques de Bill Gates et de certains des cadres dirigeants de Microsoft. Ces messages constituaient un élément de preuve déterminant pour établir la volonté de Microsoft d'éliminer ses concurrents, en général, et Netscape en particulier. Si une autorité de concurrence d'un autre pays avait décidé, en s'appuyant sur les dispositions de son droit national de la concurrence, de s'attaquer à la pratique de ventes liées de Microsoft, cette autorité n'aurait pas eu accès aux éléments de preuve qui ont été présentés devant le juge Jackson et n'aurait, selon toute vraisemblance, pas pu établir la preuve de l'existence dans son pays d'une pratique anticoncurrentielle.

En troisième lieu, si le démantèlement de Microsoft est exigé par les juridictions américaines, il vaudra dans les faits pour tous les pays où Microsoft est présent et, ce, alors même que les autorités nationales de concurrence de ces pays n'auront été consultées ni sur l'existence sur leur territoire d'une infraction commise par Microsoft, ni, a fortiori, sur l'utilité d'un démantèlement de l'entreprise pour remédier au risque de poursuite de la pratique anticoncurrentielle. Cette dernière constatation est d'autant plus importante que la question de l'utilité des mesures structurelles pour corriger un comportement anticoncurrentiel est une question controversée, même aux États-Unis.

### **3 – Enfin, le développement de pratiques anticoncurrentielles transnationales qui échappent à toute sanction mine les efforts de libéralisation du commerce international entrepris dans le cadre multilatéral**

Le vaste mouvement de dérégulation engagé depuis le début des années 80 dans la plupart des pays développés et l'élimination progressive des barrières tarifaires aux échanges dans le cadre des négociations du GATT puis de l'OMC sont fondés sur l'idée que l'élimination des obstacles publics à l'interpénétration des marchés est de nature à intensifier la concurrence sur les marchés internationaux et à améliorer l'efficacité économique globale.

Mais parallèlement à ces évolutions, on assiste à un phénomène inquiétant : le développement de cartels internationaux grâce auxquels des entreprises constituent des barrières privées aux échanges en se répartissant les marchés et en éliminant la concurrence par les prix entre elles. On retrouve ainsi au niveau mondial un phénomène qui a pu être observé au niveau européen : plus la concurrence est libre (et plus les marchés nationaux s'interpénètrent) plus forte est la tentation pour les acteurs économiques de s'entendre.

Ce n'est que dans les années récentes, grâce notamment aux efforts vigoureux entrepris sous l'administration Clinton par le Département de la Justice des États-Unis pour lutter contre les cartels internationaux qui avaient un effet anticoncurrentiel dans ce pays que l'ampleur du phénomène a pu être appréciée. Il suffit de rappeler ici que dans les quatre dernières années plus



d'une trentaine de cartels internationaux ayant des effets aux États-Unis ont été découverts et font actuellement l'objet d'une instruction (seules les procédures concernant les cartels de la lysine et des vitamines sont terminées) pour se rendre compte qu'il ne s'agit nullement d'un phénomène marginal.

Encore faut-il noter que certains cartels internationaux sont conçus pour ne pouvoir être détectés par les autorités de concurrence des États-Unis ou de l'Union Européenne, soit parce que les auteurs de ces pratiques illicites veillent à ne pas les mettre en œuvre aux États-Unis et en Europe soit parce qu'ils s'arrangent pour que les éléments qui pourraient servir à établir la preuve de ces pratiques soient conservés dans des territoires où les autorités de ces pays ne peuvent intervenir.

L'un des exemples les plus notoires d'un tel cartel est le cartel du gros équipement électrique qui, pendant plusieurs dizaines d'années (des années 30 aux années 80), a permis à une cinquantaine de producteurs de gros équipements électriques regroupés sous l'égide de l'International Electric Association de mettre en œuvre une très vaste répartition de marché concernant la totalité des gros équipements électriques (comprenant les turbines à vapeur, à eau, ou à gaz, les générateurs, les condensateurs, les transformateurs les disjoncteurs etc.), dans le monde entier à l'exception des États-Unis et de la Communauté européenne. Participaient à ce cartel les entreprises les plus éminentes du secteur dans tous les pays industrialisés telles que General Electric et Westinghouse pour les États-Unis, Brown Boveri pour la Suisse, Asea pour la Suède, Alsthom, la CGE, Creusot Loire, Jeumont Schneider, Merlin Gerin et Neyrpic pour la France, AEG et Siemens pour la République Fédérale d'Allemagne etc. Outre le fait que ce cartel constituait une entente organisée sur un très grand nombre de marchés publics passés par les gouvernements de pays désireux d'améliorer leur capacité de production ou de transport ou de distribution de l'électricité, les membres du cartel mettaient en œuvre des prix de prédation lorsqu'ils étaient en concurrence avec de nouveaux producteurs non membres du cartel. Cette technique a été utilisée notamment pour éliminer l'industrie brésilienne du gros équipement électrique.

L'un des aspects intéressants de cette affaire, pour notre propos, est que les producteurs brésiliens, acculés à la faillite, n'ont jamais pu faire condamner le cartel, en dépit du fait qu'ils détenaient de nombreuses preuves de ses agissements. En effet, le droit de la concurrence était, à l'époque, inexistant au Brésil et les autorités tant américaines qu'européennes auxquelles ces preuves ont été présentées ont estimé que ce cartel ne relevait pas de leur compétence dès lors qu'il n'y avait pas de répartition de marché en matière de gros équipement électrique sur leur territoire (et, dans le cas des États-Unis, que ce cartel ne nuisait pas à la capacité d'exportation des entreprises américaines du secteur).

On aurait tort de croire que le cas du gros équipement électrique est un cas isolé ou qu'il reflète une réalité dépassée. Des indices précis de l'existence d'un vaste cartel à l'exportation mis en œuvre par l'ensemble des sidérurgistes européens et asiatiques (japonais et coréens) ont été présentés au milieu des années 90 à l'OCDE. Selon ces allégations, cet accord, connu sous le nom de « East of Burma Agreement », diviserait la zone comprise entre le Japon et l'Europe selon une ligne passant à l'est de la Birmanie (devenue Myanmar).



Les sidérurgistes asiatiques ne pourraient exporter qu'une quantité limitée et convenue à l'avance dans les pays situés à l'ouest de cette ligne, cependant que, réciproquement, les sidérurgistes européens ne pourraient exporter qu'une quantité limitée à l'est de la Birmanie. Lorsque les sidérurgistes d'un pays contreviennent à ces accords et exportent plus que le quota qui leur est alloué, les sidérurgistes de la zone où ils ont « indûment » exporté sont autorisés à mettre en œuvre des mesures de rétorsion, c'est-à-dire à exporter dans le territoire des contrevenants, à des prix de dumping, le double de la quantité exportée en contravention des accords. Selon les allégations présentées à l'OCDE, les prix à l'export sont par ailleurs des prix d'entente déterminés lors de réunions bi-annuelles.

Il est intéressant de noter que si la réalité d'un tel cartel est rarement mise en doute, les autorités de la concurrence de l'Union Européenne, du Japon ou de la Corée n'ont néanmoins pas jugé utile de vérifier les allégations qui leur étaient présentées dans l'enceinte de l'OCDE. En effet, dès lors qu'il s'agit d'un cartel dont les effets ne concernent que les marchés d'exportation de ces pays, ces autorités ne sont plus compétentes pour appliquer leur droit national. Par ailleurs, comme les membres du cartel se réunissent régulièrement soit dans un pays de la communauté soit en Asie au Japon ou en Corée, les pays victimes de ce cartel (tels que l'Inde, le Pakistan, ou la Russie, qui sont dotés d'un droit de la concurrence) ne sont pas à même de réunir les preuves qui leur permettraient d'appliquer leur propre droit national pour faire cesser les pratiques qui renchérissent le prix de leurs importations d'acier.

Ainsi, en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, les droits nationaux de la concurrence ne peuvent plus être mis en œuvre indépendamment les uns des autres. La conception d'une architecture qui pourrait tout à la fois permettre de préserver le fonctionnement concurrentiel des marchés internationaux et rendre aux autorités nationales une partie de la souveraineté opérationnelle que l'internationalisation des marchés leur a fait perdre est l'un des défis majeurs auxquels est confrontée la communauté internationale dans le domaine de la concurrence.

### III – L'application extra-territoriale du droit de la concurrence

---

Le premier type de solution envisageable lorsqu'un pays est confronté à un problème de concurrence dû à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle à l'extérieur de son territoire est l'application extraterritoriale de son droit national. Il y a lieu à cet égard de faire une distinction entre deux types d'applications extraterritoriales du droit national. L'application du droit national à des pratiques mises en œuvre à l'extérieur du territoire national mais ayant des effets sur le territoire national du pays considéré et l'application du droit national à des pratiques ayant des effets à l'extérieur du territoire national.



L'application extra-territoriale du droit national à des pratiques mises en œuvre à l'extérieur du territoire mais ayant des effets sur le territoire national est compatible avec la doctrine des effets. Cette forme d'application extraterritoriale du droit est fréquemment utilisée pour combattre des pratiques anticoncurrentielles ayant des effets sur le territoire de l'Union européenne lorsque la Commission a été à même de réunir des preuves qu'elle estime suffisantes. La difficulté de cette solution vient cependant du fait qu'il est souvent impossible à l'autorité de concurrence, pour les raisons que nous avons évoquées ci-dessus, d'avoir accès aux éléments de preuve sans l'aide de l'autorité étrangère de concurrence du pays dans lequel la pratique a été mise en œuvre. En outre, comme nous l'avons vu dans l'exemple de la concentration entre Coca-Cola et Cadbury Schweppes, cette forme d'application extraterritoriale du droit de la concurrence n'est pas d'un grand secours pour le traitement des concentrations ayant lieu à l'étranger et ayant un effet sur le territoire national.

Si l'application extra-territoriale du droit de la concurrence national à des pratiques ayant des effets à l'extérieur du territoire national est plus rare, elle n'est pas inconnue. Les autorités des États-Unis menacent parfois les autorités japonaises d'appliquer le Sherman Act à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre et ayant des effets au Japon et qui ou bien limitent les capacités d'exportation des entreprises américaines au Japon ou bien provoquent un dommage aux intérêts américains. Ainsi, la construction d'une base militaire américaine au Japon ayant donné lieu à une entente de prix entre les soumissionnaires japonais, les États-Unis ont menacé d'entamer une procédure pénale dans leur pays si l'autorité de la concurrence japonaise ne condamnait pas, sur le fondement du droit japonais de la concurrence, les auteurs de cette pratique. Aux États-Unis, la possibilité de ce type d'application extraterritoriale du droit de la concurrence conforte ceux qui pensent que tous les problèmes de concurrence susceptibles d'affecter les intérêts de ce pays peuvent être traités grâce aux dispositions de leur droit interne et qui, par conséquent, estiment inutile la recherche d'une solution plus globale aux problèmes de concurrence posés par l'interpénétration des marchés nationaux.

L'application extra-territoriale du droit de la concurrence des États-Unis à des pratiques n'ayant pas d'effet restrictif de concurrence sur leur territoire s'inscrit d'ailleurs dans une tradition américaine dépassant le strict domaine du droit de la concurrence et consistant à utiliser la menace de l'application extraterritoriale du droit national des États-Unis pour obliger des personnes morales ou publiques étrangères à adopter des comportements conformes aux intérêts de ce pays (voir par exemple les lois D'Amato et Helms-Burton qui visent à permettre aux autorités américaines de poursuivre aux États-Unis des entreprises étrangères qui auraient commercé avec Cuba ou l'Iran) se heurte cependant à deux difficultés. En premier lieu, pour appliquer de façon extra-territoriale le droit de la concurrence des États-Unis à des pratiques mises en œuvre et ayant des effets à l'extérieur du territoire de ce pays, encore faut-il que les autorités américaines disposent des éléments de preuve permettant de démontrer qu'une infraction à leur droit national a été commise ; or ils ne disposent pas, en principe, de moyens d'investigation dans les pays étrangers. En second lieu, l'application extraterritoriale du droit national de la concurrence d'un pays à des pratiques ayant des effets à l'extérieur du territoire de



ce pays est de nature, s'il se généralise, à créer des conflits de droits et une insécurité juridique très préjudiciable au fonctionnement du système économique international. En effet, la même pratique, ou la même concentration, pourra être examinée par un grand nombre d'autorités nationales de concurrence qui appliquent des droits nationaux dont les dispositions de fond ne sont pas nécessairement les mêmes et qui sont donc susceptibles d'arriver à des conclusions différentes.

Les autorités américaines ont d'ailleurs pu récemment se rendre compte des risques liés à la généralisation de l'application extra-territoriale du droit de la concurrence à des transactions ayant des effets à l'extérieur du territoire national de l'autorité de concurrence qui se prononce. L'opération de concentration entre Boeing et Mc Donnell Douglas a été examinée à la fois par la Federal Trade Commission (FTC) et par la Commission européenne. Si la FTC, appliquant le droit américain de la concentration, n'a pas émis d'objection à l'égard de cette opération de concentration, la Commission européenne, appliquant le droit communautaire, a exigé des engagements pour l'accepter. L'une de ces exigences ressortait, dans les faits et bien que la Commission s'en défende, d'une application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence puisqu'il était demandé à Boeing de renoncer à l'exclusivité d'achat qui lui avait été consentie pour un certain nombre d'années par plusieurs compagnies aériennes américaines. Il ressort de cette affaire, d'une part, que l'engagement exigé par la Commission concernait des transactions à venir aux États-Unis entre un constructeur américain d'avions et des compagnies aériennes américaines et, d'autre part, que la Commission avait une analyse différente de celle de la FTC quant aux conséquences de ces accords d'exclusivité sur la concurrence aux États-Unis. À partir de cet exemple, on peut facilement imaginer les conséquences d'une généralisation de ce type d'application extra-territoriale du droit de la concurrence.

## IV – La définition d'un droit supranational de la concurrence

---

Pour traiter le problème de l'internationalisation des pratiques anticoncurrentielles, on peut également songer à la création d'un droit supranational de la concurrence, mis en œuvre par une autorité ayant des pouvoirs d'investigation et de sanction dans tous les états membres de l'ensemble où s'applique le droit supranational considéré. C'est la solution qui a été choisie dans le cadre de l'Union européenne.

Le modèle communautaire de droit de la concurrence exerce une certaine fascination dans le reste du monde car, d'une part, la norme supranationale européenne ne remplace pas mais se superpose à la norme nationale de chacun des états membres et, d'autre part, la mise en œuvre de la norme supranationale est assurée concurremment (en tout cas en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles) par l'autorité supranationale et par les autorités nationales. Une solution de ce type apparaît ainsi comme très attrayante



pour les pays qui, soucieux de préserver leurs spécificités, ne souhaitent ni abandonner leur droit national de la concurrence ni confier intégralement à une autorité supranationale la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Pourtant, cette solution suppose un abandon substantiel de souveraineté. Elle impose, en effet, non seulement que la norme supranationale s'intègre au droit national mais aussi, et fort logiquement, que l'application du droit national ne soit pas contradictoire avec l'application de la norme supranationale (« *ne prive pas d'effet utile* » l'application de la norme supranationale pour reprendre la terminologie communautaire). Cette exigence implique que la mise en œuvre du droit national ne puisse conduire à l'autorisation d'une pratique qui serait prohibée par la norme supranationale. Plus controversée est la question de savoir si cette exigence implique également que le droit national ne puisse interdire une pratique qui serait autorisée par la norme supranationale. Quoiqu'il en soit, si l'on admet que les états membres d'un ensemble doivent pouvoir conserver un droit national de la concurrence parallèlement à la norme supranationale, ces droits nationaux ne peuvent qu'être étroitement calqués sur la norme supranationale, en tout cas pour ce qui concerne les domaines couverts par cette norme internationale.

Ainsi, par exemple, les pays candidats à l'intégration dans l'Union européenne doivent-ils se doter de droits nationaux dont les dispositions reprennent pour l'essentiel celles des articles 81 et 82 du Traité. De la même façon, les autorités françaises de concurrence ont pendant de longues années traité les relations verticales (contrats de distribution exclusive, par exemple) comme ces accords étaient traités par les autorités communautaires, c'est-à-dire avec un niveau de sévérité qui n'était pas justifié par la logique économique. Il a fallu attendre la fin des années 1990 pour qu'un véritable *aggiornamento* de la pensée européenne, suscité pour partie par la pression des autorités nationales de concurrence, intervienne dans ce domaine et pour que le traitement des pratiques verticales tant au plan du droit communautaire qu'au regard de notre droit national devienne plus conforme à la logique économique.

Dès lors qu'il y a coexistence entre une norme supranationale et des droits nationaux, il ne peut donc y avoir de véritable indépendance de ces derniers par rapport à cette norme. Ceci ne pose pas de problèmes insurmontables si les pays acceptant de se soumettre à une norme supranationale sont relativement homogènes du point de vue de leur niveau de développement et si l'unique objet du droit de la concurrence est la promotion de l'efficacité économique.

Mais si l'objectif ultime du droit de la concurrence est, dans tous les pays, la promotion de l'efficacité économique, ceci n'empêche pas que la plupart des droits de la concurrence contiennent des dispositions ayant une autre finalité.

Ainsi, par exemple, le droit communautaire de la concurrence poursuit un double objectif : promouvoir la concurrence (ce qui est un objectif économique) et unifier le marché européen (ce qui est un objectif plus politique qu'économique).

Dans le droit français de la concurrence la sauvegarde du processus concurrentiel est recherchée pour garantir l'efficacité économique mais, par ailleurs, notre droit vise également à préserver une certaine loyauté dans les rapports commerciaux comme en témoignent les dispositions concernant l'abus de dépendance économique ou l'interdiction de pratiquer des prix abusivement bas.

De la même façon, alors que dans certains pays les concentrations d'entreprises sont prohibées si elle conduisent les parties à la concentration à acquérir ou renforcer une position dominante sur un marché (quels que soient leurs avantages en termes de gains d'efficacité), dans d'autres pays les concentrations ne sont interdites que si leur bilan économique est négatif, c'est-à-dire si les restrictions de concurrence qu'elles sont susceptibles d'induire sont plus importantes que les gains d'efficacité qu'elles impliquent. Dans le premier type de pays (par exemple en Allemagne ou au Japon) l'un des objets du droit de la concurrence est de prévenir l'émergence d'entreprises trop puissantes par crainte que cette puissance économique ne leur permette de corrompre le pouvoir politique, souci apparemment absent dans le second type de pays (par exemple en France).

Bien entendu, dans la mesure où le droit de la concurrence national constitue un instrument juridique destiné à promouvoir l'efficacité économique, ce droit reflétera également le niveau de développement économique et juridique du pays considéré. Un droit de la concurrence plus administratif et interventionniste (c'est-à-dire, par exemple donnant de larges pouvoirs à l'administration pour contrôler les prix pratiqués par les entreprises détenant une position dominante) sera plus adapté dans des pays en transition où, d'une part, les structures juridiques sont sous-développées, d'autre part, la capacité des juridictions de recourir à l'expertise économique est limitée et, enfin, des programmes de privatisation hâtifs ont transformé des monopoles publics en monopoles privés.

L'hétérogénéité des droits de la concurrence est ainsi due à des considérations historiques, politiques, sociologiques et économiques propres à chacun des pays considérés. Dès lors, la création d'un droit supranational de la concurrence remplaçant les droits nationaux ou mis en œuvre parallèlement aux droits nationaux (lesquels ne peuvent cependant être indépendants du droit supranational) peut se concevoir uniquement dans le cadre restreint d'un petit nombre de pays relativement homogènes du point de vue de leurs structures juridiques et économiques. La supranationalité ne peut constituer une solution au problème global posé par l'interpénétration des marchés nationaux.



## V – La coopération internationale entre les autorités de concurrence

---

Puisque ni l'application extra-territoriale du droit de la concurrence ni la définition d'un droit supranational ne semblent constituer des solutions adaptées au problème consistant à concilier la nécessité de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles transnationales tout en respectant la souveraineté nationale des états et la diversité de leurs droits de la concurrence, la voie de la coopération entre les autorités nationales de concurrence mérite d'être explorée.

Des accords de coopération entre autorités de concurrence existent, par exemple, entre les États-Unis et l'Union européenne, entre l'Union européenne et le Canada, entre les États-Unis et le Japon, entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, entre les membres du Mercosur et entre ceux du Caricom, entre le Canada et les États-Unis, entre l'Australie et Taiwan, entre le Canada et le Chili, etc.

Dans certains cas, comme, par exemple, l'accord entre l'Australie et la Nouvelle Zélande, la coopération est très approfondie. À titre d'exemple, cet accord prévoit que chacun des deux droits nationaux prohibe les abus de position dominante sur le territoire des deux pays et que l'autorité de concurrence de chaque pays peut mettre en œuvre son droit national non seulement à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles qui ont des effets dans son pays mais également à l'encontre des pratiques qui ont des effets dans l'autre pays. En bref, cet accord consacre une véritable extra-territorialité réciproque des deux droits nationaux.

Dans d'autres accords, il est prévu que les autorités de concurrence des pays concernés pourront coordonner leurs enquêtes ou se prêter aide et assistance et échanger les résultats de leurs investigations.

Tel est le cas, en particulier, de l'accord d'assistance mutuelle en matière de concurrence conclu, en 1990, entre le Canada et les États-Unis, pays où les ententes horizontales de prix et de répartition de marché constituent des infractions pénales. Cet accord, qui a été le premier du genre, a notamment pour objet d'empêcher les entreprises de l'un des deux pays de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles affectant l'autre pays tout en bénéficiant d'une l'impunité de fait en raison de l'impossibilité pour l'autorité du pays affecté de déclencher une enquête pénale dans le pays dans lequel se trouvent les preuves de l'infraction. Cet accord permet, d'une part, aux autorités judiciaires des deux pays de déclencher des enquêtes simultanées ou de procéder à des perquisitions coordonnées des deux cotés de la frontière et, d'autre part, aux autorités judiciaires de l'un des deux pays d'effectuer une enquête pénale pour le compte des autorités de l'autre.

Plusieurs cartels internationaux (par exemple dans les secteurs du papier pour photocopie, des couverts en plastique, de la lysine et des vitamines) ayant des effets dans les deux pays ont ainsi pu être poursuivis par les autorités des États-Unis et du Canada travaillant en étroite collaboration. Dans la décennie





qui s'est écoulée depuis sa signature, la mise en œuvre de cet accord a permis aux autorités canadiennes d'infliger des amendes pénales de plus de 700 millions de francs à des entreprises ayant participé à des cartels ayant des effets au Canada mais originellement découverts par le Département de la Justice des États-Unis.

Dans d'autres accords, enfin, il est simplement prévu des mécanismes d'information mutuels, de consultation et d'échange d'informations non confidentielles lorsque les autorités de concurrence des pays concernés sont saisies des mêmes pratiques ou de concentrations susceptibles d'avoir des effets sur leurs territoires respectifs.

Un grand nombre de ces accords comportent des dispositions permettant la mise en œuvre du principe de « courtoisie positive » entre les autorités de la concurrence<sup>1</sup>. Le principe de courtoisie positive consiste à permettre à une autorité de concurrence nationale ou un état (A) d'attirer l'attention de l'autorité de concurrence d'un autre état (B) sur l'existence, dans cet autre état, d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par son droit national et portant préjudice aux intérêts du pays (A) et de lui demander d'éliminer ou de sanctionner cette pratique. C'est, par exemple, au nom du principe de courtoisie positive et dans le cadre de l'accord de coopération de 1991 entre les États-Unis et l'Union Européenne que le Département de la Justice des États-Unis a attiré l'attention des autorités européennes sur des indices de pratiques discriminatoires liées à l'utilisation du système de réservations Amadeus pour le transport aérien mis au point par Air France, Lufthansa et Iberia pouvant avoir pour effet d'exclure de la concurrence sur le marché européen d'autres systèmes de réservations mis au point aux États-Unis. Le Département de la Justice des États-Unis a demandé à la Commission européenne de déclencher une enquête afin d'établir si ces pratiques étaient contraires aux dispositions du Traité d'Amsterdam.

Il convient de souligner que la plupart des accords volontaires de coopération ou bien ne permettent pas l'échange d'informations confidentielles entre les autorités de concurrence ou bien limitent les possibilités de tels échanges aux cas où les parties en cause donnent leur accord à ces échanges ( accord qui est fréquemment donné dans des cas de contrôle de concentrations mais qui est plus difficile à obtenir lorsque les parties sont accusées d'avoir mis en œuvre une pratique prohibée).

Deux types de considérations expliquent la réticence des autorités politiques dans de nombreux pays à permettre à l'autorité de concurrence d'échanger avec ses homologues des informations confidentielles recueillies au cours des enquêtes. En premier lieu, il est fréquemment allégué que si des informations confidentielles concernant la stratégie d'une entreprise sont transmises à une autorité de concurrence étrangère, ces informations risquent de se retrouver

1 - Des dispositions concernant explicitement ou implicitement la courtoisie positive se trouvent dans les accords de coopération relatifs à la concurrence de 1991 et 1998 entre l'Union européenne et les États-Unis et dans l'accord de coopération de 1995 entre le Canada et les États-Unis. Pour un exposé plus complet de l'histoire des dispositions de courtoisie positive dans le droit de la concurrence et de leur nature voir : *CLP Committee report on Positive Comity*, document DAFNE/CLP 99-19, OCDE, 1999.



dans les mains des concurrents étrangers de l'entreprise considérée et d'être utilisées à des fins qui n'ont rien à voir avec la mise en œuvre du droit de la concurrence. En second lieu, la possibilité d'échanges d'informations confidentielles entre autorités de concurrence est particulièrement mal ressentie lorsque les normes juridiques des pays concernés sont très différentes. Ainsi, par exemple, le patronat européen s'est traditionnellement opposé à la possibilité d'autoriser des échanges d'informations confidentielles entre la Commission et les autorités des États-Unis pour la mise en œuvre des dispositions réprimant les ententes et les abus de position dominante en faisant valoir, d'une part, que certaines infractions ( par exemple les ententes horizontales de prix et de répartition de marché) que de tels échanges permettraient de sanctionner aux États-Unis constituent dans ce pays des infractions pénales alors qu'elles constituent de simples infractions administratives en Europe et, d'autre part, que les victimes de ces pratiques aux États-Unis pourraient, au titre de l'action civile, obtenir le triple du dommage causé alors que ce n'est pas le cas en Europe.

Bien que les progrès dans ce domaine soient lents, il est possible de considérer que les réticences exprimées vis-à-vis des échanges d'informations confidentielles entre autorités de concurrence dans le cadre de la lutte contre les pratiques prohibées sont destinées sinon à disparaître du moins à s'atténuer fortement avec le temps sous l'effet de différentes forces.

Tout d'abord, si une certaine suspicion peut légitimement s'exprimer sur la capacité d'une autorité de concurrence nouvellement créée, et donc sans expérience, à éviter la dissémination auprès de tiers des informations qu'elle a pu recueillir grâce à un échange d'informations, cette suspicion tend à disparaître au fur et à mesure que l'autorité apporte la preuve de son professionnalisme.

Par ailleurs, on observe une évolution convergente des droits de la concurrence à travers le monde. Le modèle européen est, d'ailleurs, en passe de devenir le modèle dominant de droit de la concurrence notamment parce que le système de notification d'accords éventuellement anticoncurrentiels, la possibilité pour l'administration de conférer des exemptions par catégories, d'imposer des injonctions, ou d'infliger des sanctions pécuniaires semblent particulièrement adaptés pour les pays en transition où les juridictions ordinaires n'ont ni les moyens matériels ni l'expertise nécessaire pour mettre en œuvre un droit de la concurrence. Ainsi, par exemple, notre droit européen a inspiré le droit de pays aussi divers que ceux de la plupart des pays d'Europe de l'Est, différents pays africains, la Jamaïque, et certains pays sud-américains. Cette convergence est une convergence « douce » et lente mais elle est incontestablement de nature à faciliter la coopération internationale à terme.

Enfin, au fur et à mesure que se développe l'économie de marché et que s'accroît l'interpénétration des marchés nationaux, le coût pour la collectivité de l'absence de coopération en matière de droit de la concurrence devient plus évident. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard l'expérience exemplaire des États-Unis et du Canada dont le très ambitieux programme de coopération adopté en 1990 permet notamment la mise en œuvre coordonnée des pouvoirs d'enquête des autorités des deux pays. Alors que pendant de nombreuses années au Canada de fortes tensions nationalistes ont empêché toute coopéra-

tion en matière de concurrence avec les autorités des États-Unis, le développement de l'économie de marché au Canada et l'interpénétration croissante des marchés nord-américains ont finalement convaincu les autorités canadiennes de l'intérêt d'une coopération effective.

Auparavant, dans les années 40, le Département de la Justice des États-Unis décida d'enquêter sur l'industrie papetière canadienne. Cette enquête déclencha une vive réaction au Canada, pays où la politique industrielle jouait un rôle important et où l'industrie papetière était non seulement une source importante de devises étrangères mais une industrie manufacturière importante. Cette réaction conduisit notamment le Québec et l'Ontario à adopter des lois de blocage interdisant à quiconque de coopérer avec une puissance étrangère poursuivant des entreprises canadiennes. La tension entre les États-Unis et le Canada s'accrut encore dans les années 50 lorsque le gouvernement américain décida d'ouvrir une enquête sur des accords croisés de licence entre des producteurs canadiens de radio et de télévision ayant pour objet d'exclure du marché canadien les producteurs des États-Unis. Cette nouvelle crise dans les relations économiques entre le États-Unis et le Canada conduisit les deux gouvernements à tenter de trouver un *modus vivendi* en matière de pratiques anticoncurrentielles. En 1959 l'accord Fulton-Rogers établit un mécanisme de notification et de consultation en matière de concurrence entre les deux pays qui non seulement était le premier accord de ce type au monde mais devint le prototype pour de nombreux accords bilatéraux ultérieurement signés entre les États-Unis et d'autres pays. L'interpénétration croissante des marchés entre les États-Unis et le Canada fournit l'occasion de nombreux nouveaux conflits entre les autorités canadiennes et américaines, le plus important de ces conflits survenant lorsque les autorités américaines décidèrent d'enquêter sur l'industrie de l'uranium à la fin des années 70 et au début des années 80. Parallèlement les autorités des deux pays continuèrent leurs efforts pour trouver des solutions à ces conflits et signèrent deux nouveaux accords, l'accord Mitchell-Basford de 1969 et un premier accord de coopération bilatérale en 1984. Finalement en 1986 le Canada adopta une nouvelle loi sur la concurrence (Competition Act) qui renforçait considérablement son dispositif de surveillance des marchés et marquait la mise en sommeil de la politique industrielle des années 60 à 80. Quatre ans plus tard, afin de rendre effective la mise en œuvre de son droit de la concurrence, le Gouvernement Canadien décidait de renforcer sa coopération avec les autorités antitrust américaines dans les conditions qui ont été évoquées précédemment.

Même s'ils ne permettent pas les échanges d'informations confidentielles, de tels accords de coopération constituent incontestablement des instruments utiles lorsque les autorités de concurrence de pays différents sont saisies des mêmes pratiques ou de concentrations ayant des effets transnationaux. Ils peuvent permettre à ces autorités nationales de concurrence de confronter leurs points de vue sur des questions de fond telles, par exemple, que la définition des marchés pertinents. Par l'échange d'informations non confidentielles, ils peuvent également permettre aux deux autorités d'aller plus vite dans leurs investigations en facilitant la recherche d'éléments de contexte leur permettant d'apprécier l'éventuelle portée des pratiques ou des transactions examinées. La mise en œuvre de tels accords de coopération peut



également être utile pour les parties elles-mêmes, particulièrement dans le cadre du contrôle de la concentration, en permettant aux différentes autorités de la concurrence saisies d'une même concentration d'arriver plus facilement à des solutions compatibles les unes avec les autres. Dans un certain nombre de cas, au cours des années récentes, les parties à une concentration examinée simultanément par les autorités des États-Unis et par la Commission européenne ont choisi de lever la confidentialité s'attachant à la notification de leur concentration aux États-Unis afin que les autorités américaines puissent échanger en toute liberté les informations contenues dans cette notification avec la Merger Task Force à Bruxelles pour que ces deux autorités puissent coordonner leurs analyses des effets de la concentration et leurs éventuelles exigences.

À titre d'exemple, en application des accords de coopération signés en 1991 et 1998 entre la Commission européenne et les autorités américaines de concurrence, la Commission a notifié en 1998 aux autorités des États-Unis 52 affaires ( dont 43 concentrations) où les intérêts américains pouvaient être en jeu et les autorités antitrust des États-Unis ont notifié à la Commission 46 affaires ( dont 39 concentrations) où les intérêts européens pouvaient être en jeu. Pour ce qui est des concentrations, les exemples de coopération étroite entre les autorités des États-Unis et la Commission sont nombreux et on peut citer, par exemple, les concentrations Worldcom/Sprint, Worldcom/MCI, MCI/British Telecom, Sprint/France Telecom/Deutsche Telekom, Guinness-Grand Met, Alcoa/Reynolds ou encore la concentration Dresser/Haliburton.

Il est frappant de constater que si la coopération transatlantique dans le domaine de la concurrence s'est rapidement développée au cours de la dernière décennie, la coopération entre les autorités des pays membres de l'Union européenne pour la mise en œuvre du droit communautaire est restée pratiquement inexistante. En outre, la coopération entre la Commission européenne et chacune des autorités de concurrence nationales pour la mise en œuvre du droit européen par ces dernières est limitée en raison, notamment de l'arrêt « Banques Espagnoles »<sup>2</sup> de la CJCE qui interdit l'utilisation, comme moyen de preuve par une autorité nationale (mais non par le juge national dans le cadre d'une procédure judiciaire), d'éléments d'information recueillis par la Commission sur la base de l'article 11 (demande de renseignement de la Commission) et les informations qui le sont dans le cadre des articles 2,4 et 5 (notification d'un accord à la Commission) du règlement 17/62.

Le retard pris par les pays de l'Union européenne pour la coopération en matière de concurrence est d'autant plus préoccupant que la modernisation du droit européen de la concurrence implique que les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales seront, à l'avenir, plus fréquemment amenées à traiter d'infractions au droit européen de la concurrence en raison de la suppression du système de notification à la Commission prévu par le règlement 17/62, de la suppression du monopole de la Commission pour la mise en œuvre de l'article 81-3 du Traité et de la volonté de la Commission

2 - Arrêt de la Cour de Justice du 16 Juillet 1992 dans l'Affaire C-67/91 ayant pour objet une demande adressée à la Cour en application du Traité CEE, par le Tribunal de Defensa de la Competencia, JO 1992 I-4820.



de concentrer ses moyens en ce qui concerne les articles 81 et 82 du Traité sur le traitement des seules affaires présentant un intérêt communautaire suffisant. Dans ce contexte de subsidiarité renforcée, les autorités nationales de concurrence des différents pays de l'Union pourront être saisies simultanément des mêmes pratiques ou pourront avoir besoin de l'aide des autorités de concurrence d'autres pays de l'Union pour apprécier, au regard du droit européen, la portée des pratiques dont elles seront saisies. Cette modernisation du droit européen de la concurrence suppose donc nécessairement une coopération renforcée entre les différentes autorités nationales et entre ces dernières et la Commission. Ainsi, la Commission a récemment proposé de réformer le règlement 17/62 pour autoriser explicitement la Commission et les autorités de concurrence des états membres à se communiquer et à utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles.

Si l'utilité des accords de coopération bilatérale ou régionale pour détecter ou sanctionner certaines pratiques anticoncurrentielles ou pour contrôler des transactions transnationales ne saurait être mise en doute, il n'en demeure pas moins que le recours à cet instrument présente des limites qu'il convient de garder à l'esprit.

En premier lieu, il faut rappeler que de tels accords sont volontaires. Ceci veut dire, dans les faits, qu'un pays n'acceptera de conclure un accord de coopération en matière de concurrence avec un autre pays uniquement s'il estime qu'il est dans son propre intérêt de développer cette forme de coopération avec l'autre pays. Pour qu'un pays (A) estime qu'il est dans son intérêt de conclure un accord de coopération avec un autre pays (B) encore faut-il qu'il soit vraisemblable qu'il puisse être victime de pratiques anticoncurrentielles émanant d'entreprises situées dans cet autre pays (B). Une telle circonstance interviendra plus fréquemment si les pays en cause sont, d'une part, tous les deux relativement développés et si, d'autre part, ils sont des partenaires commerciaux importants. Ainsi, il est assez logique que les États-Unis, l'Union européenne et le Japon aient souhaité passer des accords de coopération bilatérale entre eux ou que, pour des raisons de proximité, l'Australie et la Nouvelle Zélande d'un côté et les États-Unis et le Canada de l'autre aient décidé de coopérer. En revanche, il est peu vraisemblable qu'un pays comme les États-Unis propose au Sénégal ou au Cameroun de conclure un programme de coopération dans le domaine de la concurrence pour la simple raison qu'il y a peu de chances que des entreprises camerounaises ou sénégalaises soient en position de fausser le jeu de la concurrence sur un marché aux États-Unis. Ainsi, il convient de noter que les pays en voie de développement, qui sont pourtant souvent victimes de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur leur territoire par des entreprises multinationales établies dans des pays développés, ne sont pourtant généralement pas liés par des accords de coopération avec ces pays et ne peuvent donc bénéficier de l'aide de ces pays pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles dont ils sont victimes.

En deuxième lieu, ces accords prévoient que la coopération sur une affaire particulière n'interviendra effectivement que si chacun des pays estime qu'il est dans son intérêt de coopérer pour la résolution de cette affaire. Ceci veut



dire dans les faits que lorsque deux pays sont liés par des accords de coopération du type de ceux mentionnés précédemment, l'autorité de concurrence du premier pays ne pourra pas toujours obtenir la coopération de l'autorité de concurrence du deuxième pays. La coopération effective sera vraisemblablement facile à obtenir dans le cas où les deux pays considérés sont simultanément victimes d'un cartel international, car, dans ce cas, il est de l'intérêt des deux pays de rétablir les conditions de la concurrence sur leurs marchés. De même, lorsqu'une concentration est de nature à limiter la concurrence dans deux pays, ils peuvent avoir un intérêt commun à coopérer pour le contrôle de cette concentration. Il y a d'ailleurs lieu de noter que la plupart des exemples mentionnés ci-dessus de coopération effective au plan bilatéral concernent des cas de cartels internationaux ou de concentration.

En revanche, lorsque la pratique transnationale a des effets asymétriques sur la concurrence dans les deux pays ou lorsque leurs intérêts commerciaux divergent, il est moins vraisemblable qu'une coopération effective soit mise en œuvre. Ainsi, par exemple, si les exportateurs d'un pays (A) dénoncent une entente à l'importation dans un pays (B), ou l'existence de contrats d'exclusivité anticoncurrentiels entre les producteurs et les distributeurs du pays (B), il se peut que l'autorité de concurrence du pays (B) ne soit pas très pressée d'éliminer ou de faire sanctionner la restriction de concurrence sur son marché national dans la mesure où cette restriction de concurrence protège l'industrie nationale.

À titre d'exemple, deux conflits commerciaux internationaux récents méritent d'être mentionnés : l'affaire Fuji/Kodak et l'affaire Boeing /MC Donnell Douglas.

Dans la première affaire Kodak et le gouvernement des États-Unis soutenaient que les relations étroites d'exclusivité existant au Japon entre les distributeurs traditionnels de pellicules photographiques et Fuji constituaient tout à la fois une pratique anticoncurrentielle prohibée par les dispositions de la loi anti-monopole japonaise et une barrière à l'entrée sur le marché japonais pour Kodak (dont la part sur le marché nippon stagnait à 4%). À l'époque, les États-Unis n'avaient pas encore signé d'accord de coopération en matière de concurrence avec le Japon de telle sorte que, formellement, les autorités américaines ne pouvaient demander la coopération de la Japan Fair Trade Commission qui est l'autorité chargée de mettre en œuvre la loi japonaise sur la concurrence. En revanche, rien n'empêchait Kodak, acteur sur le marché japonais, de saisir la Japan Fair Trade Commission pour qu'elle condamne cette pratique. Pourtant, et parce qu'elle craignait que cette autorité ne montre que peu d'empressement pour traiter ce cas, Kodak a choisi de ne pas saisir cette autorité mais de porter l'affaire devant l'Organisation Mondiale du Commerce en faisant valoir notamment que la législation commerciale japonaise, qui restreint les possibilités d'installation des grandes surfaces et protège les distributeurs traditionnels, constituait une barrière commerciale contraire aux engagements pris par le Japon dans le cadre du GATT.

Dans la seconde affaire, la concentration entre Boeing et Mc Donnell Douglas, notifiée en Février 1997, était contrôlable tant par la Federal Trade Commission aux États-Unis que par la Commission européenne. Il était clair



que les décisions susceptibles d'intervenir de part et d'autre de l'Atlantique pouvaient avoir pour effet de modifier l'équilibre des forces commerciales entre Boeing et Airbus. En dépit de quelques démentis assez peu crédibles, il apparaît que la coopération entre la Federal Trade Commission des États-Unis et la Commission européenne n'a pas effectivement fonctionné dans cette affaire compte tenu des intérêts commerciaux antagonistes en présence. Ce qui est, en revanche, certain, c'est que le traitement de l'affaire a donné lieu à des échanges au cours desquels les autorités politiques américaines, d'une part, et le représentant de la Commission européenne, d'autre part, ont politisé leur débat, échangé des invectives et risqué de déclencher une guerre commerciale.

## VI – L'approche multilatérale

---

Compte tenu, d'une part, de la difficulté de garantir le fonctionnement concurrentiel des marchés mondiaux par le simple jeu d'accords volontaires de coopération bilatérale ou régionale entre autorités de concurrence, et, d'autre part, du fait que la généralisation de l'application extraterritoriale des droits nationaux de la concurrence ou la création d'un droit supranational la concurrence sont de nature à entraîner un chaos juridique ou de fortes réticences politiques, la communauté internationale a décidé d'entamer une réflexion sur la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'envisager une solution multilatérale au problème de la coopération en matière de concurrence.

Cette idée a été lancée par l'Union européenne lors de la négociation du dernier accord commercial multilatéral dans le cadre l'Organisation Mondiale du Commerce et il a été décidé, lors de la conférence ministérielle de cette organisation tenue en Décembre 1996 à Singapour, de créer au sein de l'OMC un « *Groupe de travail sur l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence* » dont l'objet est d'explorer, à titre préliminaire, et sans préjuger de l'opportunité politique d'une négociation multilatérale dans le domaine de la concurrence, les relations entre libéralisation commerciale, concurrence internationale, et développement économique.

Plusieurs raisons militent en faveur de la proposition de la Commission européenne de définir un cadre multilatéral de coopération en matière de concurrence dans le cadre de l'OMC.

En premier lieu, l'élimination des barrières commerciales aux échanges dans le cadre des négociations multilatérales a, depuis la création du GATT qui a précédé l'OMC, fortement contribué à l'interpénétration des marchés nationaux ; il est donc logique que les efforts déployés au sein de l'OMC pour éliminer les barrières gouvernementales aux échanges soient complétés par la mise en œuvre de moyens permettant de garantir que ces marchés fonctionneront de façon concurrentielle et que, dès lors, la libéralisation commerciale contribuera effectivement à l'amélioration globale de l'efficacité du système économique mondial. La complémentarité entre la politique commerciale et la



politique de concurrence au plan des échanges mondiaux avait d'ailleurs été reconnue par les pères fondateurs du système commercial multilatéral<sup>3</sup> puisque la Charte de La Havane, adoptée en 1948, qui a servi de fondement à L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), comprenait un chapitre V intitulé « Pratiques commerciales restrictives » concernant la concurrence. Ce chapitre comprenait neuf articles qui définissaient les obligations incombant aux gouvernements membres pour faire face à ces pratiques et prévoyaient la mise en place, dans le cadre de l'Organisation internationale du commerce, d'un mécanisme international visant à donner suite aux réclamations des membres. Aux termes de la Charte, ces dispositions avaient pour objet « d'empêcher les pratiques commerciales privées ou publiques qui dans le commerce international entravent la concurrence, restreignent l'accès au marché ou favorisent le contrôle à caractère de monopole dans tous les cas où ces pratiques produisent des effets nuisibles sur le développement de la production ou du commerce et où elles font obstacle à ce que soit atteint l'un quelconque des autres objectifs (énoncés dans la Charte) ». L'opposition des États-Unis à ces dispositions et le fait qu'elles n'ont, par voie de conséquence, pas été mises en œuvre lors de la négociation du GATT a contribué à faire oublier la complémentarité entre la politique commerciale et la politique de concurrence.

En deuxième lieu, comme nous l'avons vu antérieurement, le problème à résoudre est celui de trouver une solution qui, tout en respectant la souveraineté nationale des états, permette aussi d'organiser entre eux une coopération effective en matière de concurrence. Or, on peut tenir pour acquis que la communauté internationale n'est pas prête à créer et financer une nouvelle organisation internationale à laquelle serait confiée cette mission. Il convient alors, en premier lieu, de trouver comme lieu d'accueil pour une initiative en matière de concurrence un cadre pré-existant suffisamment large pour que la plupart des pays, développés ou en voie de développement, y soient représentés (ce qui exclut l'OCDE qui ne regroupe que trente deux pays développés). En outre si, comme nous l'avons vu, certains pays peuvent avoir intérêt ponctuellement à ne pas coopérer avec certains autres pays ou sur certaines affaires, il est également nécessaire que le cadre choisi permette de garantir le respect des engagements en matière de concurrence (ce qui exclut la CNUCED qui ne dispose d'aucun mécanisme contraignant vis-à-vis de ses membres). À la lumière de ces considérations l'OMC présente trois avantages :

- le premier avantage tient au fait que l'OMC réunit 140 pays et que ses membres réalisent l'essentiel du commerce international ;
- le deuxième avantage tient au fait que dans le cadre de l'OMC les membres négocient des engagements et que des mécanismes de consultation en cas de conflits commerciaux et de règlements des différends permettent d'assurer le respect des engagements ;
- le troisième avantage est que certains accords négociés dans le cadre de l'OMC contiennent déjà des dispositions concernant la concurrence. Tel est, par exemple, le cas de l'annexe Télécommunications de l'accord sur les services (GATS) négocié à Singapour qui fait obligation aux États signataires de faire en

3 - Cf. sur la Charte de La Havane : Rapport annuel de l'OMC pour 1997 : Dossier spécial : le commerce et la politique de concurrence, Chapitre IV.



sorte que leurs monopoles publics ou les entreprises auxquelles ils ont consentis des droits exclusifs ne mettent pas en œuvre des pratiques abusives destinées à fermer l'accès à leur marché national.

Dans le cadre du groupe de travail sur l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence, la Commission et ses États membres, soutenus par divers pays (tels que les pays d'Europe de l'Est, le Japon, la Corée et certains pays latino-américains) a préconisé, à titre exploratoire, la négociation d'un accord par lequel les signataires s'engageraient à adopter et mettre en œuvre un droit de la concurrence comprenant au moins une prohibition des ententes horizontales injustifiables (c'est-à-dire des ententes de prix et de répartition de marché), le reste des dispositions du droit national de chaque état étant laissé à son appréciation, et s'engageraient à ce que leur droit national respecte les principes commerciaux multilatéraux de transparence et de non discrimination. Un tel accord comporterait également un mécanisme de consultation en cas de conflit et des dispositions concernant l'assistance technique qui pourrait être offerte aux pays ne disposant pas jusqu'à présent d'un droit de la concurrence.

Ces propositions se heurtent, pour l'instant, à la réserve des États-Unis qui ne montrent guère d'enthousiasme pour l'adoption d'une solution multilatérale dans le cadre de l'OMC<sup>4</sup>, au scepticisme de certains pays en voie de développement (tels que l'Inde, la Malaisie ou le Pakistan) qui craignent que l'adoption d'un tel accord ne limite leur capacité de mettre en œuvre une politique industrielle destinée à promouvoir leurs « *champions nationaux* » et au calcul de ceux qui (tel que, par exemple, Hong Kong) souhaitent utiliser le débat sur la concurrence et le commerce international pour faire d'abord modifier les règles multilatérales autorisant dans certaines conditions les états membres de l'OMC à mettre en œuvre des législations « antidumping » qu'ils considèrent comme protectionnistes et anticoncurrentielles.

## Conclusion

L'intensité et la richesse des discussions concernant le problème des pratiques anticoncurrentielles transnationales, de même d'ailleurs que la diversité des solutions envisagées pour faire face à ce problème, témoignent du fait que nous sommes à l'aube d'une mutation profonde de notre environnement juridique. Cette mutation n'est que la conséquence nécessaire des réformes économiques engagées depuis une vingtaine d'années dans la plupart des pays développés et dans un certain nombre de pays en voie de développement. D'une part, le mouvement vers l'économie de marché dont les manifestations

4 - Joel Klein, Assistant Attorney General chargé de la concurrence sous l'administration Clinton, a proposé peu de temps avant de quitter son poste (en septembre 2000) le lancement d'une « *Global Competition Initiative* ». Cette proposition vise à créer les conditions d'une coopération multilatérale purement volontaire en matière de concurrence ouverte à tous les pays qui le souhaitent. Cette proposition, qui pourrait d'ailleurs être complémentaire de la proposition de l'Union Européenne à l'OMC est à l'étude.



les plus évidentes sont la libéralisation des échanges, la privatisation de certaines entreprises publiques, ou encore la dérégulation de certains secteurs implique que le droit de la concurrence doit prendre une importance de plus en plus grande dans la régulation économique. D'autre part, l'internationalisation des marchés qui est une conséquence naturelle du mouvement vers l'économie de marché a pour conséquence que les États ne peuvent plus, en appliquant leur droit national aux pratiques ayant un effet sur leur territoire, exercer leur souveraineté opérationnelle sur les marchés. Des formes nouvelles de coopération internationale, tant en ce qui concerne la définition des normes juridiques en matière de concurrence qu'au plan de la mise en œuvre de ces normes, sont indispensables pour redonner aux États une partie de la souveraineté opérationnelle que l'internationalisation des marchés leur a fait perdre. Inventer des formes nouvelles de coopération internationale, redéfinir les droits nationaux de la concurrence, notamment au plan procédural, pour qu'ils remplissent les conditions permettant cette coopération, repenser le mode de fonctionnement des autorités administratives ou judiciaires de concurrence pour qu'elles puissent faire face aux exigences de cette coopération sans pour autant perdre toute capacité d'initiative constituent autant de défis auxquels la communauté internationale doit faire face. À défaut d'un cadre juridique adapté permettant un contrôle efficace du fonctionnement des marchés internationaux, le protectionnisme, le corporatisme et le nationalisme pourraient resurgir et menacer les acquis économiques des dernières décennies.

