

1 – LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES – Michel Gentot, L.G.D.J – Clefs, 2nd edition, 1994, introduction, p. 8 to 16 (extraits).

Le phénomène de « l'autonomisation » de certaines institutions administratives est moins nouveau qu'on ne le dit parfois. Mais, jusqu'à une période récente, la dévolution de compétences autonomes à des entités publiques passait par l'octroi à ces organismes d'une personnalité morale différente de celle de l'État, et l'idée de reconnaître *l'indépendance* d'institutions englobées dans le système administratif ne paraissait défendable ni en logique ni en droit. Dès 1968, le Commissaire du Gouvernement** Jacques Rigaud souligne devant les formations contentieuses du Conseil d'État la fragilité, sinon la caducité du schéma administratif classique : « 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 de multiples causes à la création de nouveaux 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 de l'indépendance des personnes qui concourent à la décision. Et ces organismes sont dotés, non d'une fonction consultative, mais bien d'un "pouvoir de décision" » [1]. Le concept d'autorité administrative indépendante n'est pas encore forgé, mais les éléments distinctifs d'une définition se trouvent ainsi énoncés. Un certain nombre d'institutions créées à l'époque — telles que la Commission des opérations de bourse créée en 1967, la Commission nationale du droit de réponse créée en 1975, la Commission des sondages créée en 1977 — répondent assez bien à la qualification d'organismes publics « à compétences propres » évoqués par J. Rigaud. Mais il faut attendre la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés pour qu'une consécration juridique soit donnée à la notion d'autorité administrative indépendante avec la création, sous cette appellation, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), dotée d'importants pouvoirs pour garantir, en toute indépendance, les libertés individuelles contre les atteintes pouvant résulter du développement des fichiers personnels informatisés.

—

La notion restera pourtant longtemps contestée, et peut-être l'est-elle encore. Dès 1981, le président Guy Braibant souligne la contradiction intrinsèque de la notion : « Il est difficile de parler d'indépendance des autorités administratives à l'égard du gouvernement... Dans notre tradition législative, en effet, l'administration n'est pas, du moins en principe, indépendante, elle est subordonnée au gouvernement, et à travers lui au Parlement. L'indépendance est assurée par la Constitution à l'autorité judiciaire et l'on sait combien d'ailleurs elle est relative » [2]. De même, le professeur Paul Sabourin montre en 1983 combien il est difficile de cerner une notion unique d'autorité administrative indépendante, souligne qu'il y a une gradation dans les pouvoirs reconnus aux institutions qui prétendent à ce titre et même des « degrés » dans leur indépendance, pour conclure : « il n'y a pas de notion nouvelle d'autorité administrative indépendante » [3].

-

De manière moins nuancée, MM. de Lessac et Gavalda, commentant la loi du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence et transformant la Commission de la concurrence en Conseil de la concurrence, dénoncent « l'inanité de la notion » [4]. Et le Conseiller d'État Holleaux, analysant les lois de 1986 sur la liberté de communication audiovisuelle qui substituaient notamment le Conseil national de la communication audiovisuelle à la Haute Autorité, affirmera : « L'autorité administrative indépendante n'existe que pour les professeurs et les naïfs » [5].

- En dépit de ces critiques, de ces réactions de rejet et des incertitudes terminologiques, l'existence des autorités administratives indépendantes s'est imposée ; elle est reconnue et affirmée tant par le législateur que par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la doctrine.

C'est le législateur, on l'a dit, qui a la première fois qualifié d'autorité administrative indépendante une institution de l'État non gouvernementale, affranchie de toute subordination ministérielle et dotée d'importants pouvoirs à la fois pour exercer une « magistrature d'influence » et pour prendre des décisions administratives de caractère non juridictionnel, la CNIL. Par la suite, bien que le Parlement ait conféré avec réserve le sceau de l'autorité indépendante à des organismes exécutifs, on peut citer la Commission pour la transparence et le pluralisme, créée par la loi du 23 octobre 1984 — mais supprimée par la loi sur la presse du 1^{er} août 1986 —, la Commission nationale de la communication et des libertés créée par la loi du 30 septembre 1986, mais supprimée par la loi du 17 janvier 1989 et remplacée par une « autorité indépendante », le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Commission de la concurrence remaniée par la loi du 30 décembre 1985 avant la création un an plus tard du Conseil de la concurrence, le Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, qui fut érigée en autorité administrative indépendante par la loi du 10 juillet 1989, la commission de contrôle des interceptions de sécurité instituée par la loi du 11 juillet 1991. D'autres institutions, fort nombreuses, ne bénéficient pas du label officiel d'autorité administrative indépendante, mais il résulte des dispositions des lois qui les ont créées que le Parlement les a voulu indépendantes et qu'il n'a pas entendu leur donner un statut juridictionnel, ni les organiser en démembrement du pouvoir législatif — ce qui aurait évidemment été inconstitutionnel —. De manière générale, la loi du 11 juin 1983 consacre l'existence de la catégorie en prévoyant des dérogations aux règles générales de recrutement aux emplois de l'État en faveur de « certaines institutions administratives spécialisées de l'État dotées par la loi d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission ».

Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré le mouvement de création d'autorités administratives indépendantes dans les cas où le législateur s'est expressément prononcé. Bien au contraire il lui est arrivé de suppléer au silence de la loi, en requalifiant, par exemple, d'autorité administrative indépendante la Haute autorité de la communication audiovisuelle (décision du 26 juillet 1984), et en faisant de même pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel qui a succédé à la Haute Autorité (décision du 17 janvier 1989). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a qualifié à plusieurs reprises d'autorités administratives non juridictionnelles des institutions dotées de pouvoirs de sanction et composées de membres bénéficiant d'un statut qui garantissait leur indépendance.

Le Conseil d'État a, dès 1983, estimé « commode et légitime » par la voix de sa Commission du rapport et des études, de regrouper sous le vocable d'autorités administratives indépendantes des organismes publics situés au sein et auprès de l'exécutif, dotés d'un pouvoir autonome de décision ou d'influence dans un secteur déterminé, ne constituant pas des juridictions et libres tant « vis-à-vis des pouvoirs publics, politiques ou administratifs » [6] que des groupements d'intérêts de toute nature. Le rapport ne nie pas l'ambiguïté de l'institution, en y décelant une « forme nouvelle d'autolimitation de l'État » et en l'analysant comme « à la fois une protection contre le risque d'arbitraire dans l'intervention de l'État et aussi, du même coup, un procédé par lequel l'État peut parvenir à rendre plus acceptable le maintien ou même l'extension de ses interventions ». Il constate que ces autorités ont pu « s'intégrer sans difficultés dans le système politique et administratif français » et, qu'utilisées à bon escient, elles peuvent constituer un « élément de renforcement de l'État de droit dans notre société et une façon supplémentaire d'affirmer concrètement, par delà toute conjoncture politique particulière, les principes fondamentaux de la démocratie ».

Moins enthousiaste apparaît le rapport de la Section du rapport et des études (qui avait succédé à la commission du même nom) de 1987. La Section ne conteste pas l'existence des autorités administratives indépendantes, mais elle constate que cette existence même « constitue une complication de l'organisation administrative présentant certains inconvénients sur lesquels l'attention du gouvernement doit être appelée », et note que cette nouvelle catégorie « n'est pas prévue par le constituant et est difficilement conciliable avec l'équilibre des pouvoirs mis en place par lui ».

Au contentieux, le Conseil d'État, compétent pour connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes des « autorités administratives » s'est surtout attaché à rechercher, au-delà du silence et du flou de la loi, si les actes émanant de ces institutions nouvelles pouvaient être regardés comme des actes administratifs et a donné en plusieurs occasions une réponse affirmative à cette question. Ainsi en a-t-il été des mises au point de la commission des sondages, des « recommandations » de la Commission nationale de la communication et des libertés, et, surtout, des éventuelles décisions du Médiateur (arrêt Retail du 10 juillet 1981, dont nous aurons à reparler).

Quant à la doctrine, elle a depuis longtemps admis l'existence d'une nouvelle notion de droit administratif, l'analysant dans les manuels et dans de nombreux articles de revues, insistant en général sur l'ambiguïté du concept et les limites à assigner à l'institution mais saluant le plus souvent « les capacités de changement et d'adaptation du système politico-administratif français » [7] et une « évolution tendant à promouvoir un polycentrisme équilibré » [8].

-

Un colloque a d'ailleurs réuni en 1987 à Paris, universitaires et praticiens sur le sujet, qui a permis de constater, comme l'indiquait le professeur Rivero, que lorsque le législateur a institué pour la première fois un tel organisme, il n'avait pas conscience de créer un nouveau type d'administration, mais que les traits communs présentés par ces institutions permettaient de dégager une nouvelle notion et d'assister à une naissance non encore achevée, à un « accouchement de très longue durée » qui est celui de la catégorie des autorités administratives indépendantes [9].

Si l'existence des autorités administratives paraît ainsi avérée, leur essence est plus problématique et leur liste difficile à établir.

Si l'on cherche à définir les autorités de manière négative, il est aisé de montrer qu'elles ne sont ni des juridictions, ni des personnes morales, ni des démembrements du pouvoir exécutif, ni de simples commissions de sages. Elles ne sont pas des juridictions même dans le cas où elles sont investies de pouvoirs répressifs ou d'une compétence pour régler des contestations individuelles, car leurs décisions ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée et elles ne relèvent pas du contrôle de cassation de l'une des juridictions suprêmes que sont le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Elles ne sont pas des personnes morales de droit public, ce qui exclut toutes les institutions ayant un statut d'établissement public. Elles n'ont ni personnalité, ni patrimoine et leurs éventuelles fautes ne peuvent engager que la responsabilité de l'État. Elles ne constituent pas pour autant de simples démembrements du pouvoir exécutif, en raison de leur indépendance à l'égard de toute autorité ministérielle. Enfin, même si les personnes composant les collèges qui constituent les autorités sont en règle générale désignées en raison de leur expérience, de leur compétence, de leur impartialité — bref de leur sagesse, réelle ou supposée —, il ne s'agit pas de commissions de sages comme le gouvernement a pris l'habitude d'en créer pour proposer des solutions à des problèmes délicats (nationalité, sécurité sociale, etc.). Les

autorités administratives indépendantes sont en effet des *institutions*, dotées d'un statut leur garantissant une intervention permanente dans le secteur sur lequel elles ont compétence.

De manière plus précise, l'on peut tenter de définir les autorités administratives indépendantes en reprenant les éléments de leur dénomination, mais chacun des termes utilisés prête à discussion, de sorte que leur association ne produit pas un concept clair et rigoureux :

a) Des autorités ? Il s'agit donc à première vue d'institutions, et non pas d'agents ou d'instruments du pouvoir, dotées de compétences propres et normalement investies d'un pouvoir de décision.

Mais certains des organismes classés par la doctrine ou qualifiés par la loi comme des « autorités » n'ont qu'un pouvoir de recommandation, de proposition ou même d'avis ; ce qui compte, c'est leur influence, leur capacité de persuasion, la légitimité qui leur est reconnue pour assurer la régulation d'un secteur ou l'application d'une loi, plus que l'étendue de leur pouvoir normatif. Et ceci n'a rien d'étonnant puisque, précisément, ces autorités ont souvent été créées pour renouveler les modes classiques d'expression du pouvoir d'État.

C'est donc une définition large de « l'autorité » qu'il convient de retenir, intégrant des organismes qui ont des responsabilités dans un processus administratif de décision ou de contrôle, en exerçant un « pouvoir d'influence » ou une « magistrature morale », autant que ceux auxquels le législateur a confié le pouvoir de prendre des décisions réglementaires ou individuelles, mais l'on admettra que cette conception extensive ne facilite pas l'analyse juridique.

b) Administratives ? C'est l'élément qui paraît le moins contestable dans la notion d'autorité administrative indépendante. Une stricte application du principe de la séparation des pouvoirs conduit, de manière jugée par certains un peu simpliste, à affirmer que si ces autorités, qui sont créées par les pouvoirs publics dans un cadre ne relevant pas du droit privé, ne constituent ni un démembrement du pouvoir législatif ni un mode d'expression de l'autorité judiciaire, elles relèvent nécessairement du pouvoir administratif de l'État. Cependant cette déduction a donné lieu à d'abondantes controverses, qui se prolongent encore maintenant, à propos de l'institution du Médiateur, devenu en 1989 « Le Médiateur de la République », expressément qualifié par la loi « d'autorité indépendante ». L'intention manifestée par le Président de la République en 1988 de proposer que l'on confère un statut constitutionnel à l'autorité chargée de la régulation de l'audiovisuel [10] a relancé l'idée, parfois exprimée aux États-Unis, que le pouvoir de régulation indépendante pourrait bien constituer un quatrième pouvoir. Le droit positif n'autorise pas une telle conclusion, mais l'on peut comprendre que certaines autorités indépendantes souhaitent échapper à une qualification qui paraît impliquer qu'elles sont englobées dans un pouvoir administratif aux pesanteurs duquel elles ont précisément pour vocation d'échapper.

-

c) Indépendantes ? C'est la justification la plus évidente de cette nouvelle catégorie d'institutions que de prétendre à l'indépendance, tant vis-à-vis du gouvernement que des groupements d'intérêts et même de l'opinion. L'objectif va de soi, mais quels sont les critères qui permettent de reconnaître l'indépendance ? Les conditions de nomination des personnes qui constituent l'autorité ? Mais quel que soit le mode de nomination, l'intervention du pouvoir politique n'est jamais absente, et l'exemple du Médiateur de la République est là pour montrer que l'on peut être nommé de manière discrétionnaire par le Président de la République en Conseil des Ministres et être parfaitement indépendant. À l'inverse l'élection par des corps eux-mêmes indépendants comporte des risques de politisation qui ne sont pas minces [11]. Est-ce la stabilité institutionnelle qui permet d'être assuré de l'indépendance ? C'est là probablement un critère, et le fait que les instances chargées de la régulation de l'audiovisuel aient été

constituées et défaites entre 1981 et 1989 au rythme du balancier politique a largement contribué à entretenir un certain scepticisme dans le monde politique et dans l'opinion sur la réalité de l'indépendance de ces organismes. Mais il serait très injuste de dénier toute indépendance à des institutions nées dans un contexte politique déterminé et de leur faire supporter ainsi le poids d'un « péché originel », comme l'écrit Evelyse Pisier, dans un article intitulé de manière significative : « Vous avez dit indépendantes ? » [12].

n

L'indépendance se juge-t-elle à l'absence de tout contrôle ? Sans doute pas, et c'est ce qui justifie l'argumentation de certains auteurs qui préféreraient que l'on parlât d'autonomie plutôt que d'indépendance. Même si les institutions dites indépendantes échappent à tout pouvoir hiérarchique et à toute tutelle, elles restent soumises à un contrôle du Parlement, ne serait-ce que parce que leur statut est législatif et non pas constitutionnel ; leur activité relève également d'un contrôle juridictionnel qui est en principe exercé par un juge administratif, mais peut incomber, si les intérêts d'une bonne administration de la justice justifient cette entorse aux principes du dualisme juridictionnel, à l'autorité judiciaire.

Ainsi les autorités administratives indépendantes sont des institutions dont l'autorité peut être aussi bien morale que juridique, dont l'insertion dans l'administration est souvent contestée, dont l'indépendance est fragile et n'interdit pas certains contrôles. Ces incertitudes terminologiques ne facilitent ni l'analyse, ni l'établissement d'une « liste » exhaustive de ces institutions. Le Conseil d'État en avait dénombré 18 dans son étude de 1983, mais, à la même époque, le professeur Sabourin, dans son article précité de l'Actualité juridique, n'en identifie que 7. C'est bien que, comme le souligne Jacques Chevallier, il existe deux conceptions, l'une étroite, « qui exige à la fois un véritable statut d'autorité, traduit par l'existence d'un pouvoir de décision, et une indépendance garantie par des règles précises de composition », l'autre extensive qui admet que l'autorité morale ou l'exercice d'une influence déterminante puissent définir ce type d'institution.

À vrai dire, ce n'est pas seulement la nature juridique de l'institution qui doit être prise en compte pour une définition, mais également la mission qui lui est assignée par la loi. Ces missions, que l'on détaillera plus loin, correspondent à des besoins qui se sont exprimés récemment : assurer la régulation d'activités s'épanouissant dans un environnement de liberté ; protéger les administrés contre les risques d'arbitraire ; faire respecter les nouveaux droits à la transparence et à l'information pluraliste ; évaluer de manière indépendante le fonctionnement de certains services publics. Créées en général pour répondre à l'un de ces objets, les autorités administratives indépendantes paraissent ainsi pouvoir être définies comme des organismes publics non juridictionnels et dépourvus de la personnalité morale qui ont reçu de la loi la mission d'assurer la régulation de secteurs sensibles, de veiller au respect de certains droits des administrés et sont dotés de garanties statutaires et de pouvoirs leur permettant d'exercer leurs fonctions sans être soumis à l'emprise du gouvernement.

[1] *Conclusions sous Conseil d'État, 6 décembre 1968, Ministre des armées contre Ruffin, Revue de droit public, 1969, p. 703.*

[2] *G. Braibant : Droit d'accès et droit à l'information, in Mélanges Charlier 1981, p. 703.*

[3] P. Sabourin : *Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle*, in *AJDA* 1983, p. 275.

[4] De Lessac et Gavalda, in *Dalloz* 1986, *Chronique* 31, p. 187.

[5] A. Holleaux in *Les Petites Affiches*, 9 février 1987.

[6] *Etude de la Commission du rapport et des études du Conseil d'État, présentée par MM. Gazier et Cannac. Etudes et documents du Conseil d'État 1983-1984*, p. 13.

[7] Jacques Chevallier, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, *Semaine juridique*, I, 1986, n° 3254.

[8] Jean-Louis Quermonne, *L'appareil administratif de l'État*, *Points-Seuil*, 1991.

[9] Sous la direction de C.A. Colliard et G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, *P.U.F.* 1988.

[10] Cette idée a été reprise sans succès, en février 1993 par le comité consultatif pour la révision de la Constitution.

[11] Voir sur ce point l'intervention de M. Pierre Nicolaÿ au colloque sur les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, notamment p. 305.

[12] E. Pisier : « Vous avez dit indépendantes ? », in *revue Pouvoirs*, 1988, n° 46.