

3 – LE DEVENIR DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES – Jean-Louis Autin, RFDA 2010. 875

Est-il possible de rationaliser un dispositif institutionnel, né dans l'incertitude, qui a grandi dans la contestation et n'a pas encore atteint l'âge de la maturité ? Il est heureux d'aborder cette question dans le cadre d'un colloque qui offre des angles d'attaque différents et permet de développer une approche pluridisciplinaire. Mais il est délicat de la traiter à travers une problématique certes stimulante mais qui appellera sans doute une réponse mitigée. Sur les trente dernières années en effet, que de propos désabusés, que de constats négatifs, que de critiques savamment argumentées à ce sujet ! Aussi bien, rendre conforme à la raison – « rationaliser » – une catégorie institutionnelle – les AAI – qui brille par son développement désordonné et le déséquilibre provoqué dans notre système administratif relève d'une certaine gageure. Le défi mérite pourtant d'être relevé à un moment où le débat sur les AAI, cessant d'être purement doctrinal et jurisprudentiel, suscite enfin l'intérêt des pouvoirs publics et des corps constitués.

La thématique du devenir des AAI s'inscrit tout à fait dans la problématique de la rationalisation mais elle en spécifie un aspect, en ce sens qu'elle est essentiellement tournée vers le futur. Le propos ne consistera donc pas ici à revenir sur des controverses qui ont jalonné la jeune histoire de cette catégorie, si ce n'est pour en tirer les enseignements utiles à la compréhension du présent et à l'appréhension du futur. C'est pourquoi aussi le plan adopté ne reprendra pas les idées généralement mises en avant dans l'étude des AAI mais se concentrera sur les points essentiels aujourd'hui débattus : l'existence (et non la création des AAI), l'action qu'elles exercent et non les compétences qu'elles détiennent et enfin le contrôle auquel elles sont assujetties et non la jurisprudence exhaustive que leur activité a engendrée.

Cette approche de la question permettra sur chaque thème étudié de faire le point sur les acquis et les certitudes d'une part, sur les interrogations et les perspectives d'autre part. Ainsi, le thème de l'existence des AAI partira de leur déploiement continu pour aboutir aux risques de leur remise en cause ; le thème de l'action fera la part de l'efficacité de leurs interventions passées pour souligner le caractère diffus de leur influence actuelle ; enfin, le thème du contrôle distinguera ce qui est revenu à l'intervention juridictionnelle et ce qui pourrait conduire à l'instauration d'un contrôle démocratique.

L'existence des autorités administratives indépendantes

La création des AAI a suscité dans les années 1980 un grand débat qui s'est principalement noué autour de la jurisprudence constitutionnelle et qui a vu la doctrine se diviser sur la pertinence d'une telle qualification. Curieusement, à cette époque et si l'on excepte le cas particulier de l'instance de régulation de l'audiovisuel, les pouvoirs publics ont recouru sans état d'âme à cette formule institutionnelle. Il est même intéressant de constater que le plus souvent, ce fut par voie d'amendement parlementaire qu'un organisme non autrement qualifié dans un projet de loi reçut une telle dénomination (2). Cette controverse n'empêcha pas la multiplication des autorités en question et la référence régulière à une catégorie qui compte aujourd'hui une cinquantaine d'unités.

Mais alors même que l'acuité du débat académique s'atténue et que les AAI semblent prendre définitivement place dans notre dispositif institutionnel, le doute surgit sur cette perspective et leur avenir paraît d'un coup moins assuré.

Un déploiement continu

On s'efforcera vainement d'attribuer la paternité de l'expression et le développement de la catégorie à tel ou tel courant politique. D'alternance en alternance, les majorités qui se sont succédées à la tête du pays ont contribué à son essor, ce qui a sans doute puissamment contribué à sa banalisation. Les créations se sont multipliées au fil des ans, sans idée directrice ni plan d'ensemble, ainsi qu'il a été fréquemment souligné. C'est donc tout naturellement qu'après une période d'expérimentation, qui n'a jamais dit son nom, il a été imaginé d'ancrer l'existence de certaines AAI dans la Constitution.

La multiplication des créations

A l'origine, il était de bon ton de prétendre cantonner le développement des AAI à des domaines limités ou plus précisément d'exclure leur création dans des secteurs stratégiques où, la responsabilité du politique étant fondamentalement engagée, l'intervention d'autorités indépendantes aurait paru incongrue. Or le pragmatisme des pouvoirs publics a balayé ces objections et les AAI ont essaimé dans tous les secteurs y compris ceux dont elles paraissaient devoir être naturellement écartées.

C'est ainsi que l'on a vu fleurir de telles institutions dans les domaines régaliens de la défense (Commission consultative du secret de la défense nationale), de l'ordre public (Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, Autorité de sûreté nucléaire, Commission nationale de déontologie de la sécurité, Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité) ou encore de la justice : contrôleur général des lieux de privation de liberté.

L'imagination du législateur n'est pas épuisée et la liste n'est pas close. L'année 2009 a encore été un bon cru avec la création de l'Autorité des normes comptables, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), tandis que la présente année a déjà vu la naissance de l'Autorité de contrôle prudentiel ainsi que l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL).

Encore faudrait-il, pour être exhaustif, faire état des différents projets de création, un temps débattus et finalement écartés mais qui sont susceptibles de refaire surface, comme en témoignent les vicissitudes qui ont prélué à la naissance de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) (1997-2004) (3). Si l'effectif des AAI est donc en constante progression, leur existence se voit renforcée par l'ancrage constitutionnel dont bénéficient certaines d'entre elles.

Un ancrage constitutionnel

Il est paradoxal de constater que le débat sur les AAI a connu, en termes constitutionnels, un complet retournement. Alors que pendant deux décennies ce débat fut centré sur la constitutionnalité des lois instituant de telles autorités au double motif que leur existence ne serait pas compatible avec l'article 20 de la Constitution (4) et s'inscrirait en porte à faux du principe de séparation des pouvoirs (5), ces deux arguments apparemment rédhibitoires ont été adroitement contournés par un travail remarquable du Conseil constitutionnel. Une jurisprudence habile lui a permis de réaliser un véritable encadrement de cette « expérimentation » institutionnelle qui, sans être exempt de plusieurs décisions de non-conformité, n'a pas pour autant bloqué le développement de la catégorie.

Si désormais la page n'est pas définitivement tournée (6), les marges d'incertitude sont étroites et le débat a rebondi, depuis 1988, sur l'opportunité de constitutionnaliser l'existence des AAI ou de certaines d'entre elles (7). Sans empiéter davantage sur la prochaine contribution, il convient seulement de souligner ici que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'utilise pas l'expression d'autorité administrative indépendante mais inscrit dans la loi fondamentale l'existence de deux organes considérés comme tels par la doctrine : d'une part, « le Défenseur des droits » qui se substituera au Médiateur de la République tout en intégrant diverses « petites » AAI et, d'autre part, une « commission indépendante » appelée à se prononcer par un avis public sur les textes relatifs au découpage des circonscriptions électorales et à la répartition des sièges parlementaires. Ce point d'arrivée – provisoire ? – du débat sur la constitutionnalisation des AAI peut sembler modeste ; il n'en est pas moins significatif de l'état d'avancement du débat sur l'existence de ces autorités.

Un processus contrarié ?

Comme on le sait, les apparences sont souvent trompeuses. Alors que l'effectif des AAI s'accroît et que leur existence s'enracine dans notre dispositif institutionnel, plusieurs éléments viennent obscurcir un horizon que l'on croyait dégagé. Les uns – sans doute conjoncturels – se rapportent à la conception

restrictive qui tend à prévaloir depuis quelques années de leur rôle dans notre système administratif ; les autres tiennent à l'environnement européen dans lequel certaines de ces autorités prennent place compte tenu de la mission de régulation qui leur est assignée.

Un coup de semonce national

« Il est sans exemple jusqu'à présent qu'une autorité ait disparu pour avoir, de l'avis du législateur, rempli son objet » (8) ; cette appréciation formulée en 1994 est encore d'actualité car on ne peut assimiler à une suppression les fusions d'autorités qui sont intervenues ces dernières années pour donner naissance à une nouvelle institution (9). Mais la situation pourrait évoluer, sous couvert d'un retour aux principes républicains (10). Telle est la problématique aujourd'hui évoquée à propos de la mise en place du « Défenseur des droits » qui a vocation à se substituer au Médiateur de la République et à intégrer sous sa coupe un certain nombre de « petites » autorités. La solution est habile car les autorités absorbées conserveraient une certaine individualité au sein de l'institution centrale qui aurait pour tâche de les fédérer, si bien que les AAI regroupées ne disparaîtraient pas « totalement ». On a pu parler à ce sujet d'une « holding administrative des droits ». Mais l'habileté s'efface devant la constatation que les autorités visées par ce regroupement touchent des domaines actuellement très sensibles de l'action publique. Même si le périmètre d'action du Défenseur des droits n'est pas définitivement arrêté, on sait déjà que, se substituant au Médiateur de la République, il absorbera le Défenseur des enfants et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) (11), alors que la politique de sécurité manifeste une défiance croissante à l'égard des mineurs et fait volontiers l'impasse sur les dérives policières. Un temps englobée dans ce projet, la Commission nationale Informatique et Libertés (CNIL) est sortie du débat mais d'autres institutions restent sous la menace d'une telle intégration (12).

Sans aller jusqu'à la suppression pure et simple d'une institution, il est des moyens plus subtils de limiter son rôle et de réduire son influence. Une première manifestation de défiance réside dans les restrictions budgétaires dont les autorités peuvent faire l'objet, sachant que la plupart d'entre elles dépendent exclusivement des subsides étatiques pour remplir leur fonction. De longue date, plusieurs AAI se sont d'ailleurs plaintes de la minceur des crédits alloués, faisant valoir qu'elles se trouvaient ainsi dans l'incapacité d'accomplir la totalité de leur mission. Depuis quelques années le phénomène s'est amplifié (13), en même temps que l'inquiétude des responsables de ces institutions (14), d'autant que, dans certains milieux parlementaires, une campagne critique se développe à propos « des excès budgétivores » de certaines AAI.

Une autre marque de réserve à l'égard de cette formule institutionnelle réside dans le cantonnement des compétences des autorités qui en relèvent. Jusqu'au début des années 2000 en effet, chaque réforme intéressant le domaine d'action d'une AAI – souvent liée à une affaire sensible ou un dossier délicat – se traduisait par un accroissement des attributions de l'autorité correspondante. Ce fut notamment le cas historiquement de l'instance de régulation de l'audiovisuel, de la Commission des opérations de bourse (COB) ou encore de la CNIL. Plus récemment on a pu relever un rétrécissement sensible des prérogatives de plusieurs d'entre elles.

Trois exemples significatifs illustrent cette situation. Le cas de la CNIL retient tout d'abord l'attention puisqu'il s'agit de la première AAI ; or les deux lois du 6 août 2004 et du 23 janvier 2006 la concernant diminuent ses moyens d'action, en allégeant les obligations déclaratives des détenteurs de fichiers, en réduisant ses pouvoirs d'investigation s'agissant des fichiers relatifs à la sécurité nationale et à la défense du territoire et en limitant l'information qui lui est communiquée quand elle rend un avis sur les fichiers intéressant la sûreté de l'État. Ajoutons au sujet de la CNIL que le gouvernement n'a pas souhaité plus récemment que le développement de la vidéosurveillance relève de son domaine de compétence, préférant en confier le contrôle à une commission administrative ordinaire, ce qui a contribué à la censure partielle du texte de loi par le Conseil constitutionnel (15). S'agissant ensuite de la Commission consultative du secret de la défense nationale, la loi de programmation militaire du 29 juillet 2009 ne restreint pas au sens strict ses prérogatives mais complique sérieusement la procédure relative à la levée

du secret-défense dans la mesure où, après un débat parlementaire difficile, il a été admis que l'invocation du secret ne s'appliquera plus seulement à des documents classifiés comme tels mais à des lieux placés hors du droit commun et dans lesquels les magistrats ne pourront plus pénétrer à l'improviste mais selon une procédure très contraignante. Le dernier exemple intéressant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) est sans doute le plus probant car la désignation des présidents de l'audiovisuel public a une valeur emblématique au regard de l'indépendance des médias. Or la reprise en mains par le président de la République de ce pouvoir de nomination précédemment confié au CSA lui-même (loi organique du 5 mars 2009 (16)) a pu apparaître comme « une régression du droit et un revirement de jurisprudence portant atteinte à la liberté, au pluralisme et à l'indépendance » de la télévision publique (17) et plus largement des médias, pour reprendre les termes de l'article 34 al. 1 de la Constitution issu de la révision de 2008.

Une hypothèque européenne

L'hypothèque européenne n'affecte pas en général les AAI mais une catégorie d'entre elles le plus souvent désignées sous l'appellation d'autorités de régulation indépendantes. Que faut-il entendre par régulation ? (18) Il s'agit d'un mode opératoire original qui ne relève ni de la réglementation administrative ni de l'activité marchande et, par extension, qualifie l'autorité ou l'organisme en charge de cette fonction. À titre provisoire, la définition suivante peut être avancée : la régulation implique une action délibérée pour ajuster, autant que possible en temps réel, le comportement des opérateurs économiques par des moyens qui ne se limitent pas à la sphère du droit strictement entendue. On constate ainsi que l'expression « autorité de régulation » est réservée à des organismes publics qui, d'une part, interviennent sur le marché – à l'exclusion d'autres secteurs d'activité – et, d'autre part, disposent d'un arsenal diversifié de moyens d'action, juridiques et parajuridiques.

Si la notion de régulation ainsi définie correspond parfaitement à l'optique communautaire, le doute subsiste sur ce qu'elle recouvre exactement d'un point de vue juridico-politique. Son adéquation est avérée avec les politiques européennes de libéralisation sectorielle. Chaque fois qu'il est prévu d'ouvrir tel ou tel secteur à la concurrence en supprimant un monopole, en transformant le statut de l'opérateur historique et en aménageant l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché, les directives communautaires prévoient la nécessité de dissocier les trois fonctions de réglementation, de régulation et d'exploitation de l'activité. L'autorité de régulation occupe ainsi une position intermédiaire ou d'interface entre l'État, chargé de la fonction de réglementation ou de ce qu'il en reste, et les opérateurs économiques, c'est-à-dire les entreprises, qu'elles soient publiques ou privées, qui gèrent l'activité.

Mais l'ambiguïté persiste sur la portée effective de cette fonction de régulation car le choix n'est pas clairement opéré entre deux conceptions possibles de la notion. A s'en tenir à la perspective anglo-saxonne, qui est aussi celle des pays totalement gagnés à la cause du libéralisme, la fonction de régulation s'épuise dans l'ouverture du marché et dans l'observance des règles de la libre concurrence. En France a prévalu jusqu'à présent une conception plus active et plus exigeante de la régulation qui inclut et dépasse l'optique libérale. Il s'agit certes de veiller à ce que les opérateurs respectent les disciplines du marché ; mais l'autorité de régulation a aussi pour mission d'assurer dans chaque secteur la conciliation des intérêts privés légitimes et les exigences de l'intérêt général qui ne le sont pas moins. C'est dire qu'elle est amenée à prendre en compte, non simplement les impératifs du service public/universel propres au secteur – en général géré par l'opérateur historique – mais encore d'autres considérations d'intérêt général, variables d'un secteur à l'autre, comme l'aménagement du territoire s'agissant de la Poste ou des télécommunications, ou encore des impératifs d'ordre public s'agissant de l'audiovisuel ; d'où le caractère public très accusé de nos dispositifs de régulation.

La différence est de taille car si la conception française autorise à inscrire l'existence de ces autorités dans la durée, le point de vue purement libéral peut à terme, les mécanismes du marché et le libre jeu de la concurrence étant assurés, prescrire – dans une optique de dérégulation – la suppression de ces autorités.

Cette perspective n'est pas d'actualité et les défenseurs de l'autonomie comme de la pérennité des autorités sectorielles trouveront un réconfort certain dans un arrêt tout récent de la CJUE rendu il est vrai, non pas à propos d'une autorité de régulation économique, mais s'agissant d'une autorité de contrôle du traitement des données à caractère personnel. En l'occurrence, le contentieux concerne l'homologue allemand de la CNIL et son statut au regard des exigences de la directive communautaire 95/46/CE du 24 octobre 1995 (19). Le raisonnement de la Cour est d'une logique implacable et se développe en trois points. Tout d'abord, et à défaut de définition légale, le juge communautaire considère que « l'indépendance désigne normalement un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression » ; ce qui signifie que son pouvoir décisionnel doit être soustrait à toute influence extérieure qu'elle soit directe ou indirecte. S'agissant ensuite du contrôle du traitement informatisé des données à caractère personnel, la Cour estime que « la garantie d'indépendance des autorités nationales de contrôle a été établie non afin de conférer un statut particulier à ces autorités elles-mêmes mais en vue de protéger les personnes concernées par leurs décisions ». Il en résulte enfin que les autorités de contrôle doivent agir de manière objective et impartiale si bien que « le seul risque que les autorités de tutelle puissent exercer une influence politique sur les autorités de contrôle suffit pour entraver l'exercice indépendant des missions de celles-ci » ; et la CJUE vise expressément toute pratique d'« obéissance anticipée » comme tout soupçon de partialité. Voilà une conception de l'indépendance qui pourrait tout à fait s'appliquer à nos AAI.

L'action des autorités administratives indépendantes

Les moyens juridiques conférés aux AAI ont fait l'objet d'analyses suffisamment détaillées pour qu'il ne soit pas nécessaire de revenir longuement sur le sujet, d'autant que les développements récents n'ont pas apporté de changements significatifs aux problématiques antérieures. L'heure est plutôt à l'évaluation (20) et aux perspectives, placées sous l'expression énigmatique de « rationalisation du système des AAI » (21). La formule renvoie davantage à des considérations organiques et formelles qu'à des appréciations matérielles. Or il paraît plus judicieux pour le présent et pour l'avenir d'adopter un point de vue fonctionnel pour apprécier le mode spécifique d'action des AAI qui s'est révélé somme toute efficace mais est sans doute appelé à rester relativement diffus.

Une action efficace

Dresser un bilan d'activité des AAI n'est pas chose aisée pour de multiples raisons : contexte plus ou moins difficile de leur création, manque de recul pour les plus jeunes d'entre elles, diversité de leurs missions pour la plupart, environnement plus ou moins favorable, critères d'appréciation sujets à caution... Pourtant, si leurs interventions ne sont pas à l'abri de toute critique, elles peuvent se prévaloir – sans malignité – d'un bilan globalement positif à partir de deux éléments : des résultats tangibles sur des dossiers délicats et une intégration progressive, mais réelle, dans le dispositif institutionnel général.

Des réussites incontestables

Il serait bien sûr excessif de s'extasier devant la réussite de cette nouvelle formule institutionnelle car les rapports d'activités des AAI comme les tables du Recueil Lebon témoignent des échecs rencontrés, des erreurs commises ou des dysfonctionnements enregistrés. Sans prétendre à l'exhaustivité et pour s'en tenir à des situations récentes, trois affaires emblématiques peuvent être citées. Dans l'affaire EADS, où les membres de l'état-major de l'entreprise étaient soupçonnés de s'être enrichis indument grâce à une information privilégiée, les enquêteurs de l'autorité des marchés financiers (AMF) avaient conclu après trois ans d'investigation à la matérialité des faits et préconisé des condamnations que la commission des sanctions du «gendarme de la bourse » s'est refusée à prononcer, jetant un trouble sérieux sur la gestion de ce dossier (22). Dans une affaire relative au droit de la concurrence, c'est cette fois l'AAI qui a été désavouée en justice : l'ex- Conseil de la concurrence avait infligé une amende record de 575 millions € à un cartel du négoce de l'acier, le plus important cartel mis à jour depuis la création du Conseil ; mais devant la Cour d'appel de Paris, cette amende a été divisée par huit (73 millions €) au

motif jugé dangereux par les spécialistes que la crise peut excuser en partie des pratiques anticoncurrentielles (23). Enfin, l'audiovisuel connaît son lot de dossiers où l'instance de régulation se voit désapprouvée par le juge. Le dernier d'entre eux concerne la prise en compte du temps de parole du président de la République dans l'équilibre de la communication politique à la télévision. S'en tenant au vieux principe des trois tiers (gouvernement, majorité, opposition) le CSA avait refusé que les interventions du chef de l'État soient comptabilisées au nom de sa fonction arbitrale. Mais cette position a été contredite par le juge administratif au motif qu'on ne pouvait « exclure toute forme de prise en compte » des interventions du président de la République et de ses collaborateurs « dans l'appréciation du respect du pluralisme politique des médias audiovisuels » (24).

Il est d'autres domaines où les appréciations sont davantage partagées sur le rôle exact rempli par l'AAI. Ainsi, s'agissant de la CNIL les positions sont très tranchées. Certains en critiquent l'action de manière virulente (25), alors que le président de l'autorité en défend bec et ongles l'intervention (26). Il est vrai que l'on se trouve ici dans une situation inédite où celui-ci est en même temps sénateur et se pose au Parlement en « bête noire » du gouvernement (27).

Dans d'autres circonstances ou dans d'autres domaines, l'intervention des AAI s'est révélée très positive. Contrebalançant les précédents exemples, on ne peut manquer de souligner que l'ex-COB fut la première autorité nationale, à la fin des années 1980, à dénicher et à sanctionner des délits d'initiés que la justice pénale n'avait jamais réussi à mettre à jour. Comment oublier d'autre part que l'instance de régulation de l'audiovisuel réussit à coups de sanctions financières très sévères à dompter les agissements de la 1^{re} chaîne de télévision privée, l'ex-Cinq, confiée, en 1985, au groupe Berlusconi qui avait décidé de la combattre frontalement. Ajoutons que l'action de l'ex-Conseil de la concurrence lui aussi doté de pouvoirs de sanction redoutables (28) n'a pas été pour rien dans la maîtrise observée de la libéralisation des marchés et l'ouverture à la concurrence d'activités qui ne l'avaient jamais connue. Par ailleurs, il faudrait reprendre le bilan d'activité de chaque AAI pour détailler les « mérites » de chacune. Bien entendu viendrait en tête le Médiateur de la République, certes emprunté au modèle de l'Ombudsman scandinave, mais qui a fait ses preuves depuis 1973 dans notre pays au point, comme il a été dit, de se métamorphoser en Défenseur des droits avec la révision constitutionnelle de 2008 ; même avec des titres de noblesse moins éminents et plus réduits dans le temps, il serait judicieux d'y ajouter le Défenseur des enfants – structure légère et réactive – dont le rôle spécifique aurait pu, sans excès financier, être maintenu dans le cadre de la réforme actuelle. Citons encore, sans pouvoir être exhaustif, la CADA qui, avec des moyens et un budget insignifiants – elle est hébergée par le Secrétariat général du gouvernement – continue inlassablement de faire vivre ce droit d'accès dont on pouvait penser à l'origine qu'il serait effectif dans un délai rapide ; ou encore l'Autorité de sûreté nucléaire qui a su s'imposer en suspendant pendant trois semaines le chantier du réacteur de 3^e génération EPR à Flamanville puis en refusant d'agrément les laboratoires d'EDF chargés de mesurer la radioactivité dans l'environnement ; enfin, la Commission consultative du secret de la défense nationale qui, de puis sa création, a émis 142 avis dont 108 favorables à la levée du secret presque tous suivis par l'autorité politique.

Une intégration progressive

Certains avaient pu considérer l'arrivée des AAI sur la scène juridique comme un nouveau mode de régulation de l'action publique – ce qu'elles sont certainement – mais surtout alternatif ou concurrent de l'intervention juridictionnelle traditionnelle ; ce qui s'avère plus discutable. Très tôt, d'ailleurs, d'autres auteurs avaient pu au contraire déceler dans cette coexistence un facteur de complémentarité et d'approfondissement de l'État de droit (29). C'est effectivement ce qui s'est produit sous l'influence de deux paramètres qui contribuent puissamment à l'intégration progressive des AAI dans notre dispositif institutionnel.

Le premier tient aux relations organiques aménagées par le législateur entre les AAI et l'univers administratif. Ainsi le collège de nombreuses AAI comporte fréquemment la présence de fonctionnaires mais aussi de magistrats (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes) parmi lesquels est

souvent choisi le président de l'Autorité, ce qui contribue à une certaine osmose entre les différentes catégories institutionnelles.

Le second est relatif aux relations fonctionnelles qui, prévues d'abord ponctuellement par certains textes (30), se sont largement développées dans le cadre de l'instruction de nombreuses affaires portées devant les juridictions compétentes. Le plan pénal est le plus spectaculaire : les AAI sont en effet habilitées à saisir le parquet en matière de délits d'initiés, pratiques de vente prohibées, manipulation de sondages d'opinion, infractions au droit de l'audiovisuel...Mais il arrive aussi que les textes institutifs prévoient que les autorités juridictionnelles peuvent demander leur avis aux AAI à l'occasion du traitement des affaires dont elles sont saisies. Le cas le plus intéressant est celui du droit de la concurrence (31), dont on sait que son application peut être contrôlée par le juge administratif. Or précisément, le Conseil d'État a développé toute une jurisprudence « avant dire droit » dans laquelle il suspend le jugement au fond de l'affaire qui lui est soumise en attendant l'avis et les appréciations qu'il sollicite de la part du Conseil de la concurrence sur les notions et catégories propres au droit de la concurrence (32) qui sont en cause dans l'affaire litigieuse.

L'établissement de ces relations fonctionnelles contribue à légitimer l'action et donc l'existence des AAI, dans une configuration institutionnelle où il est avéré que ces autorités, loin de se substituer aux administrations ordinaires – critique fréquemment formulée –, sont les auxiliaires indispensables des institutions classiques avec lesquelles se développe une action en réseau mutuellement profitable.

Une action diffuse

La singularité de l'action des AAI réside dans le fait qu'elle ne se laisse pas appréhender dans les seuls termes de l'intervention publique classique. Les autorités ou organes administratifs ordinaires relèvent de telle ou telle catégorie institutionnelle à raison des attributions qu'elles détiennent et qui leur assignent une certaine spécialité. Les AAI se voient pour leur part conférer une mission qui requiert généralement une pluralité de prérogatives, dont la combinaison se traduit par une magistrature d'influence dont l'exercice est certainement appelé à se développer dans l'avenir.

Une polyvalence fonctionnelle

Certaines AAI, assimilables à des autorités administratives classiques, détiennent une ou deux attributions déterminées et leur indépendance est uniquement justifiée par le souci de mettre leur action à l'abri des turbulences ou des contingences de la vie politique. D'autres en revanche cumulent diverses fonctions qui relèvent souvent à la fois de l'ordre consultatif et du registre décisoire. Enfin, les plus importantes d'entre elles sont dotées d'un arsenal de prérogatives qui visent à leur assurer le contrôle total – au sens anglo-saxon du terme, c'est-à-dire la maîtrise – de toute une sphère d'activité. C'est notamment le cas des autorités intervenant dans le domaine économique car de la simple consultation à l'ordonnancement sectoriel, en passant par la réglementation et le pouvoir de sanction, elles exercent une véritable fonction de régulation (33).

Leur action s'inscrit en diagonale des trois pouvoirs classiquement distingués : dotées par le législateur d'un large mandat pour réguler le secteur qui leur est confié, elles sont habilitées à exercer une fraction du pouvoir réglementaire et dotées de prérogatives quasi juridictionnelles. Les voici donc en porte-à-faux du principe de séparation des pouvoirs, porteuses d'un nouveau modèle d'action qui combine consensus, persuasion, incitation et recherche de l'équité, et donc souvent stigmatisées en tant que telles.

Au total, cette configuration institutionnelle appelle deux séries de remarques. En tant qu'elle révèle des différences considérables d'une autorité à l'autre, la disparité des compétences exercées est un élément qui ne plaide pas en faveur de l'unité et de la cohérence de la catégorie étudiée. Mais elle revêt un caractère heuristique car, jointe à d'autres considérations, elle conduit à reconsidérer la théorie de la séparation des pouvoirs, trop sommairement assimilée à l'idée d'une simple tripartition qui n'est pas

conforme à la pensée de Montesquieu et que démentent d'ailleurs les évolutions constitutionnelles et politiques récentes. Sans constituer un quatrième pouvoir (34) ni un contre-pouvoir, dépourvu de légitimité démocratique, les AAI peuvent utilement jouer un rôle d'équilibrage et de stabilisation dans la vaste entreprise d'aménagement de la théorie de la séparation adaptée à l'esprit du temps et à la réalité de la vie politique contemporaine.

L'exercice d'une magistrature d'influence

Ce serait sous-estimer l'impact de l'action des AAI dans l'ordre juridique que de limiter l'analyse aux situations dans lesquelles cette incidence est directement mesurable. Car il existe «une face cachée » de ces instances qui ne peut s'apprécier uniquement en termes de droit positif et qui relève d'un « pouvoir d'influence » (35). L'expression est ancienne comme l'indiquent les références mentionnées (36) mais elle n'a sans doute jamais été aussi exacte car elle est de plus en plus en phase avec l'opinion. Cette influence s'exerce de manière diffuse et graduée : certaines de ses manifestations, classiques et modestes, évoquent l'idée d'une fonction incantatoire ; d'autres, plus substantielles, impliquent la détention d'une véritable autorité morale.

Au titre de la fonction incantatoire, mérite d'être mentionné l'intérêt que représente l'auto-saisine par l'AAI elle-même. Longtemps son champ d'action a été borné par la nécessité d'être régulièrement saisie pour intervenir sur un dossier ou une affaire litigieuse. Mais le juge administratif a surmonté cet obstacle, à la fin des années 1990, en estimant que la possibilité d'auto-saisine était l'un des principes constitutifs du droit des AAI et qu'elle représente l'une des conditions essentielles de leur pouvoir disciplinaire (37). C'est ainsi que les AAI ont pris l'habitude d'émettre des observations ou des déclarations solennelles, soit sur la base d'une habilitation textuelle soit dans le silence de la loi. Ces observations figurent dans le rapport annuel que chaque AAI est appelée à établir mais elles sont souvent livrées aux pouvoirs publics et à l'opinion en temps réel pour donner le plus grand écho possible à la critique généralement émise et qui frappe les esprits dans une société médiatique comme la nôtre. Plusieurs exemples illustrent ce propos concernant des AAI qui sont aujourd'hui sur la sellette.

Ainsi, au terme de cinq années d'existence, la HALDE a pu présenter un rapport d'activité (4 mars 2010) largement positif, faisant état de 10 000 réclamations reçues en 2009 ce qui témoigne non pas nécessairement d'une augmentation des pratiques discriminatoires mais d'une meilleure connaissance de l'institution dont le taux de notoriété est de 54% ; elle a pleinement joué son rôle à la fois dans la détection des pratiques répréhensibles (testing, CV anonymes...) et dans le traitement des litiges individuels dont elle est saisie : tentative de médiation et en cas d'échec saisine du juge où « 78 % des observations présentées ont connu une suite favorable ». Ajoutons que la HALDE n'a pas hésité à prendre une délibération par laquelle elle estime que plusieurs dispositions de la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration – ayant pourtant fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité – revêtaient un caractère discriminatoire, contraire à certaines conventions internationales et directives européennes (38). Son président sortant est fondé à faire valoir que l'action de la HALDE a grandement contribué à la prise de conscience par nos concitoyens de la réalité des discriminations et a réalisé des avancées significatives, tout en mettant l'accent sur des sujets sensibles (par ex., Délib. 6 avr. 2009, à propos des gens du Voyage).

Quant au contrôleur des lieux de privation des libertés, il s'est longuement attardé dans ses premiers rapports sur les conditions de rétention des étrangers en situation irrégulière, sur le délabrement des anciens locaux pénitentiaires mais aussi sur le caractère déshumanisé des nouvelles prisons et plus largement sur le respect de la dignité des personnes qui, pour une raison ou une autre, sont momentanément privées de liberté ; son intervention dans le débat public sur la condition pénitentiaire, sans être décisive, a certainement influencé les esprits.

La CNIL, pour sa part, a dénoncé les dangers du plus important fichier de police : le système de traitement des infractions constatées (STIC), dont elle estime qu'elles ne sont impactées que pour moins de 20 % des personnes mises en causes (39).

Enfin, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), appelée à fusionner avec le Défenseur des droits, fait état d'un bilan mitigé. Ses avis d'ordre général ont eu un impact réel : ses observations répétées sur les gardes à vue excessives, les fouilles à corps et l'utilisation abusive des menottes ont fait l'objet d'instructions restrictives. En revanche, en présence de pratiques de violence illégitime, ses demandes de sanction visant les fonctionnaires concernés n'ont jamais été suivies d'effets. À tort ou à raison, la CNDS se dit victime d'une « réelle hostilité » des administrations qu'elle est censée contrôler ; il est vrai que son indépendance d'appréciation et sa liberté de ton ont provoqué à plusieurs reprises de vives tensions avec la hiérarchie policière qui ne sont peut-être pas étrangères à la perspective projetée de sa disparition par intégration dans l'institution du Défenseur des droits.

S'agissant de l'autorité morale que les AAI exercent de manière extensive – notamment à travers la collaboration avec les autorités juridictionnelles déjà évoquée –, il y a lieu également de mentionner la procédure de règlement administratif des litiges entre les opérateurs économiques. L'instauration de cette nouvelle compétence a suscité des réticences liées à la critique souvent formulée d'une concentration excessive des pouvoirs et d'un empiètement anormal sur l'office du juge. Il peut être répliqué que la création de modes alternatifs de règlement des litiges a précédé l'institution des AAI et que ne doivent pas être confondues fonction contentieuse et fonction juridictionnelle. La première implique deux éléments : l'existence d'un litige et une solution apportée sur une base juridique. « Avec les AAI en cause nous sommes donc confrontés à l'existence d'un contentieux sans juridiction » (40).

De plus, cette fonction n'a été confiée qu'à un très petit nombre d'AAI : l'ARCEP, la CRE et le CSA, c'est-à-dire à des autorités de régulation économique intervenant dans le domaine des industries de réseaux et dans le cas bien particulier de l'accès au réseau des opérateurs concurrents (41). Enfin, cette attribution exceptionnelle a été entourée de garanties procédurales très strictes (42).

(...)

Un droit de regard éminent du Parlement

Dans la tradition française, le Parlement ne contrôle pas l'administration ; mais, dans le cas présent, il est difficile de respecter cette tradition et « c'est surtout par un retour au pouvoir de contrôle du législateur que les AAI semblent devoir consolider leur légitimité » (58). Au demeurant, les préconisations formulées par les instances qui ont réfléchi au sujet – Rapport public du Conseil d'État en 2001, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation et de contrôle des politiques publiques en 2006 – ne s'éloignent qu'assez peu des modes d'intervention habituels des assemblées parlementaires, qu'il s'agisse en l'occurrence de rationaliser et de systématiser.

On évoque en effet à ce sujet l'idée d'auditions périodiques des présidents des Autorités par les commissions parlementaires compétentes et un suivi régulier de la part des Offices parlementaires d'évaluation et de contrôle ; mais le fait s'est déjà produit et il ne tient qu'à la volonté des responsables des deux assemblées que ces auditions soient programmées de manière régulière (59). Un autre instrument dont l'usage est recommandé consisterait à donner plus d'ampleur et de retentissement au rapport périodique d'activité des AAI. Actuellement, l'édition d'un tel rapport n'est pas exigée de toutes les autorités ; lorsqu'il est prévu, il comporte trop souvent des données superficielles : enfin, il comporte des destinataires variables, ce qui contribue à l'impression de désordre fréquemment dénoncée (60). Aussi bien est-il préconisé de prévoir la publication par toutes les AAI d'un rapport annuel adressé aux mêmes responsables et qui comporterait d'une part un bilan de l'utilisation des crédits budgétaires consommés, d'autre part un état des règles déontologiques appliquées par les membres des différents collèges et enfin la doctrine suivie par l'autorité dans l'exercice de ses missions (61).

On peut se permettre de conseiller que soit étudiée attentivement la pratique des sunset laws qui a cours en Amérique du Nord ; elle conduit les responsables d'organismes autonomes ou d'agences de régulation à débattre, au moment de la création de l'entité, avec les représentants qualifiés du Parlement de la mission à remplir ; en fin de course, le bilan d'activité est dressé au regard des objectifs poursuivis, avec la perspective d'une abrogation de la loi et de la disparition de l'organisme si le mandat n'a pas été accompli de manière satisfaisante. Cette technique rejoint l'idée répandue dans les milieux parlementaires français depuis 2006 que les AAI sont soumises à une obligation de « reddition des comptes ».

La réflexion sur le devenir des AAI reste ainsi ouverte mais dominée par le constat de la difficulté de passer d'une catégorie factuelle à une catégorie juridique. Les raisons en sont multiples, mais on privilégiera l'hypothèse que les AAI sont une manifestation du libéralisme et un instrument de sa promotion ; du libéralisme politique quand elles protègent les citoyens d'une emprise excessive de la puissance publique ; du libéralisme économique quand elles assurent la transition d'une économie administrée à une économie de marché.

Or la France n'est pas acquise à la cause du libéralisme. Les institutions de la Ve République témoignent de notre penchant historique pour les régimes autoritaires, tandis que la construction européenne bouscule l'organisation économique de l'État (62). Tant que des formes renouvelées de démocratie politique, économique et administrative n'auront pas pris corps, les AAI seront enfermées dans cette contradiction qui interdit de les supprimer mais empêche de les stabiliser.

(1) Dans son numéro 5/2010, la *RFDA* a publié un colloque sur « Les autorités administratives indépendantes » (...).

(2) Ce fut notamment le cas pour la CNIL, dénommée AAI par la loi du 6 janv. 1978, relative à l'informatique et aux libertés, lors du débat sur le texte devant le Sénat.

(3) Ainsi, le Haut Conseil du secteur public a prôné en vain (*Le Monde*, 23 déc. 1999) la création d'une autorité de régulation du marché de l'eau que la loi sur l'eau et les milieux aquatiques, adoptée le 30 décembre 2006, n'a pas consacrée. De même, l'évocation par le ministre de l'Écologie d'une Haute autorité sur les OGM (*Le Monde*, 30 août 2007) n'a pas encore débouché sur le plan législatif dans le cadre du Grenelle de l'environnement. Enfin, le président de la Ligue des droits de l'homme vient de préconiser, face à la prolifération des fichiers informatiques de toutes sortes, la mise en place d'un « habeas corpus numérique » qui a peu de chance de voir le jour dans l'immédiat (*Le Monde*, 10 févr. 2010).

(4) Cet article précise que « le gouvernement dispose de l'administration », ce qui signifie logiquement qu'elle lui est subordonnée. Sans affronter directement la contradiction ni expliciter les termes de la conciliation avec l'existence d'autorités administratives indépendantes, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence compréhensive qui limite le droit de regard de l'État sur les AAI à la possibilité de déclencher le contrôle de légalité contre leurs décisions.

(5) Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel et au prix d'une savante construction intellectuelle, le principe de séparation ne fait pas obstacle à ce que les AAI détiennent un pouvoir réglementaire et un pouvoir de sanction, sous réserve dans les deux cas de sérieuses restrictions.

(6) S'agissant ainsi de la dévolution du pouvoir de sanction, un doute sérieux a resurgi avec la décision du Conseil constitutionnel censurant l'attribution d'un tel pouvoir à HADOPI car, s'agissant d'une liberté fondamentale, le législateur « ne pouvait confier [ce] pouvoir de sanction à une autorité administrative » (Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580-DC, *AJDA* 2009. 1132 ; D. 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière ; *ibid.* 2045, point de vue L. Marino ; *ibid.* 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 1966,

obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; Constitutions 2010. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; ibid. 293, obs. D. de Bellescize ; Rev. science crim. 2009. 609, obs. J. Francillon ; ibid. 2010. 209, obs. B. de Lamy ; ibid. 415, étude A. Cappello ; RTD civ. 2009. 754, obs. T. Revet ; ibid. 756, obs. T. Revet ; RTD com. 2009. 730, étude F. Pollaud-Dulian) ; il faut sans doute rapprocher cette décision de celle par laquelle le Conseil avait estimé en 1984, s'agissant de la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse que « [cette] répression ne saurait être confiée à une autorité administrative » (décision n° 84-181-DC des 10 et 11 oct. 1984) ; dans les deux cas en effet était en cause la liberté de communication, s'agissant d'HADOPI l'accès à Internet étant considéré comme « une composante de la liberté de communication ».

(7) A. Rouyère, Faut-il faire figurer les AAI dans la Constitution ?, LPA 4 mai 1992, n° 54.

(8) M. Gentot, Les AAI, coll. « Clefs politique », Montchrestien, 1994, 2e éd., p. 96.

(9) Tel est le cas de l'AMF dont la création a résulté de la réunion de la COB et du conseil des marchés financiers ou encore de l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles née de la fusion des deux commissions de contrôle préexistantes dans les deux domaines concernés ou enfin de l'Autorité prudentielle regroupant cette dernière avec la Commission bancaire. En 2006, une fusion du CSA et de l'ARCEP avait été envisagée mais le projet fut finalement abandonné.

(10) Dès l'origine, G. Braibant s'était montré hostile à la formule des AAI considérée non seulement comme incompatible avec la Constitution mais « contraire à la tradition républicaine », in C.-A. Colliard et G. Timsit, Les AAI, coll. « Les voies du droit », PUF, 1988, p. 291 ; H. Guaino reprend aujourd'hui à « son » compte l'idée selon laquelle les AAI « sont contraires à l'esprit républicain » in L'Élysée revendique la tutelle sur la télévision publique, Le Monde, 27 juin 2008.

(11) La perspective d'une « suppression » du Défenseur des enfants a soulevé de nombreuses protestations émanant notamment des titulaires successifs de la charge (Le Monde, 19 sept. et 28 nov. 2009). S'agissant de la CNDS, son président a fait savoir dans le dernier rapport rendu que cette probable intégration représenterait « une triste régression » puisque dans le mode de désignation c'est une garantie d'indépendance qui disparaît, ajoutée à une restriction de ses compétences dans la mesure où les investigations sur place seront supprimées ».

(12) L'hypothèse un moment évoquée d'une intégration de la HALDE au sein du Défenseur des droits paraît s'éloigner avec la nomination toute récente du successeur du premier président de l'autorité qui terminait son mandat. Cette éventualité avait valu au journal Le Monde ce titre savoureux, à la une du quotidien, le 6 mars 2010 : Discriminations : l'Élysée songe à placer la HALDE sous tutelle (sic). Ce qu'imaginait l'Élysée, le Sénat l'a réalisé en « rattachant » la HALDE au Défenseur des droits, en tout cas en première lecture du projet de loi concernant cette nouvelle AI.

(13) En 2008, le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, appelant à un fonctionnement plus modeste de ces autorités, annonçait le gel des dotations de plusieurs d'entre elles, notamment la CNIL, la HALDE et l'Autorité de la concurrence tandis que l'année suivante une amputation des crédits encore plus substantielle était décidée et touchait même des autorités au budget insignifiant comme la CADA ou la CNCIS (in Le Monde, L'Assemblée met les AAI au régime, 13 nov. 2008 ; Les députés veulent amputer les crédits des AAI, 10 nov. 2009).

(14) Plusieurs présidents d'AAI ont tiré la « sonnette d'alarme ». Ainsi, le président du CSA a estimé que dans ces conditions « il n'y aura pas d'extension de la TNT à l'outre mer comme nous l'a demandé le gouvernement » ; celui de la CNDS a fait valoir qu'en raison la faiblesse de son budget « l'instruction des affaires risque d'être retardée » ; enfin le président de l'AFLD déplorant un trou de 4 M. € dans son budget déclarait qu'« en France la pérennité de la lutte antidopage était en cause » (Le Monde, 19 janv. 2010), ce qui s'avère dommageable dans un contexte où l'Agence française se heurte notamment à

l'Union cycliste internationale beaucoup moins exigeante en la matière, s'agissant des contrôles sur le Tour de France. Mauvais présage, le titulaire de la charge vient de démissionner.

(15) Loi du 28 févr. 2010 relative à la violence en groupes ; décision 2010-DC du 25 févr. 2010.

(16) Avalisée par le Conseil constitutionnel : Cons. const., 3 mars 2009, n° 2009-576-DC, AJDA 2009. 401 ; D. 2009. 884, point de vue A. Levade ; ibid. 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay.

(17) Selon un membre du Cons. const. terminant son mandat et défendant le droit à une « position différente » au sein de l'institution : P. Joxe, Cas de conscience, Labor et Fides, 2009, p. 143.

(18) V. J. Chevallier, La régulation juridique en question, Droit et Société, 2001, n° 49 ; G. Marcou, La notion juridique de régulation, AJDA 2006. 347 ; L. Calandri, Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français, « Bibliothèque de droit public », t. 259, LGDJ, 2009.

(19) CJCE 9 mars 2010, Commission c/ Allemagne, aff. C-518/07, AJDA 2010. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat.

(20) P. Gelard, Les AAI : évaluation d'un objet juridique non identifié, Rapport Office parlementaire d'évaluation de la législation – Ass. nat. n° 3166, Sénat n° 404. Paris, 15 juin 2006, 2 vol.

(21) J.-L. Autin, La rationalisation du système des AAI, Regards sur l'actualité, n° 330, Doc. fr. avr. 2007, p. 27.

(22) Affaire EADS : l'AMF blanchit les anciens dirigeants du groupe, in Le Monde, 19 déc. 2009.

(23) Le Monde, 17 déc. 2009 et 23 janv. 2010 ; Les Échos, 21 janv. 2010.

(24) CE, 8 avr. 2009, n° 311136, Hollande, Mathus, Lebon ; AJDA 2009. 677 ; ibid. 1096, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2009. 1145 ; RFDA 2009. 351, concl. C. de Salins ; ibid. 580, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud ; Constitutions 2010. 119, obs. J. Bougrab.

(25) D. Forest, La CNIL ou l'illusion d'un contre-pouvoir, Libération, 12 sept. 2008.

(26) A. Türk, Une CNIL réformée, renforcée et engagée, Libération, 7 janv. 2008 ; Non, la commission informatique et libertés n'est pas morte, Libération, 25 sept. 2008.

(27) Le Sénat a voté le 25 mars 2010 contre l'avis du gouvernement et en 1^{re} lecture une proposition de loi élargissant les pouvoirs de la CNIL

(28) V. pour quelques ex. : J. Morand-Deville, Cours Droit administratif, Montchrestien, 2009, p. 144.

(29) B. Stirn, Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation, AJDA 1990. 591.

(30) Le Médiateur de la République peut demander aux chefs des hautes juridictions de faire procéder aux études nécessaires à l'exercice de sa mission (loi du 3 janv. 1973, art. 12, modifié par la loi du 24 déc. 1976). Quant à la loi du 17 janv. 1989 créant le CSA, elle a prévu la mise à disposition d'un Conseiller d'État comme rapporteur dans le cadre des pouvoirs de répression administrative dont cette AAI est dotée.

(31) Selon l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 (art. L.462-3 C. com.), « le Conseil de la concurrence peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies ».

(32) CE, 26 mars 1999, n° 202260, Société EDA, Lebon ; AJDA 1999. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex ; D. 2000. 204, note J.-P. Markus ; RDI 1999. 234, obs. F. Llorens (à propos de la notion de marchés pertinents) ; CE 15 mars 2000, Sté Cégédim, DA 2000, n° 79 et CE 13 janv. 2003, Mutuelle générale des services publics, AJDA 2003. 899 (à propos de la notion de position dominante).

- (33) J. Chevallier, Les AAI et la régulation des marchés, *Justices* n° 1, janv.-juin 1995, p. 81.
- (34) V. pour l'utilisation de l'expression aux États-Unis : P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, p. 132, note 1. F. Mitterrand, *Lettre à tous les Français* (avr. 1988) : à propos de l'instance de régulation de l'audiovisuel.
- (35) R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, t.1, 15e éd. p. 228 ; Ch. Carpentier, *La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ?* *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1993.30.
- (36) E. Pisier, *Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les AAI*, *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 76.
- (37) Concl. A. Seban, CE, ass., 3 déc. 1999, Didier, RFDA 2000. 584 ; CE 20 oct. 2000, Soc. Habib Bank, AJDA 2000. 1071). Cette position a été confirmée plus récemment sous la formule suivante : « Considérant que la possibilité conférée à un organisme administratif, tel que la CNIL de se saisir, de son propre mouvement, d'affaires qui entrent dans le domaine de la compétence qui lui est attribuée n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès » (CE, réf., 6 oct. 2008, req. n° 311974). La CEDH n'a pas contredit ce point de vue – sous réserve d'un encadrement approprié– en estimant que « le Conseil d'État a répondu sur la question de l'auto-saisine en la justifiant par la particularité des AAI dans leur rôle de régulation des marchés » (CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, Dubus (Sté) c/ France, D. 2009. 2247, note A. Couret ; AJ pénal 2009. 354, étude J. Lasserre Capdeville).
- (38) AJDA 2008. 70.
- (39) *Le Monde*, 20 janv. 2009.
- (40) P. Quilichini, *Réguler n'est pas juger*, AJDA 2004. 1060.
- (41) M.-A. Frison-Roche, *Régulation et règlement des conflits*, LPA 2004, n° 212, p. 6.
- (42) P. Idoux, *Communications électroniques*, J.-Cl. Adm., Fasc. 274-10, 2010.
- (58) G. Dumortier, *Le contrôle de l'action des AAI*, in *Regards sur l'actualité*, n° 330, Doc. fr., avr. 2007, p. 39.
- (59) Il est vrai qu'il existe un fâcheux précédent lors de ce que l'on a appelé « l'affaire Schuller-Maréchal » dans les années 1994-1995 à propos d'écoutes téléphoniques dont la régularité prêtait à discussion. Le président de la CNCIS, ayant démenti les propos du Premier ministre de l'époque, fut prié avec insistance de venir s'expliquer devant une commission d'enquête de l'Assemblée nationale. Mais, face aux interpellations vigoureuses dont il fit l'objet, il répliqua : « je suis une AAI » et l'entretien tourna court !
- (60) N. Decoopman (dir.), *Le désordre des AAI*, coll. « CEPRISCA », PUF, 2002.
- (61) V. les recommandations (27 à 30) du rapport Gélard op.cit.
- (62) B. Chenot, *Organisation économique de l'État*, Dalloz, 2e éd., 1965.