

RAPPORT PUBLIC 2001

Jurisprudence et avis de 2000

Les autorités
administratives
indépendantes

En application de la loi du 11 mars 1957 (article 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

Renaud DENOIX DE SAINT MARC, Vice-président du Conseil d'État.

Jean MASSOT, Michel ROUX, Jean-Pierre LECLERC, Daniel LABETOULLE,
Michel FRANC, Marie-Aimée LATOURNERIE, *présidents de Section.*

Marie-Aimée LATOURNERIE, *directeur de la publication.*

Patrick FRYDMAN, *secrétaire général du Conseil d'État.*

Marcel POCHARD,
rapporteur général de la Section du rapport et des études.

Gilles BARDOU,
rapporteur général adjoint de la Section du rapport et des études

Christine SOTO, *secrétaire de rédaction de la publication.*



Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 1995, Considérations générales : *La transparence et le secret* (EDCE, n° 47), 1996.
- Rapport public du Conseil d'État, 1996, Considérations générales : *Sur le principe d'égalité* (EDCE, n° 48), 1997.
- Rapport public du Conseil d'État, 1998, Considérations générales : *Sur le droit de la santé* (EDCE, n° 49), 1998.
- Rapport public du Conseil d'État, 1999, Considérations générales : *L'intérêt général* (EDCE, n° 50), 1999.
- Rapport public du Conseil d'État, 2000, Considérations générales : *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* (EDCE, n° 51), 2000.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Statut et protection de l'enfant, 1991.
- L'Aide juridique : pour un meilleur accès au droit et à la justice, 1991.
- Sports : pouvoir et discipline, 1991.
- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits :
Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.
- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000.

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

- Années 1988 à 1999 (disponibles).
- Année 2000, Documents d'études 6.13.

Collection « Notes et études documentaires »

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, n^{le} éd. 1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

Collection « Les études de la Documentation française »

- Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

- La justice administrative en pratique, n^{le} édition, 1998.

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État ... 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Bureau d'aide juridictionnelle	59
Commission spéciale de cassation des pensions	61
Activité consultative	63
Assemblée générale	65
Section de l'intérieur	67
Section des finances	81
Section des travaux publics	97
Section sociale	111
Récapitulatif des statistiques pour 2000	127
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	129
Activité de la Section du rapport et des études	133
Les études et leurs suites	135
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2000	141
L'action internationale du Conseil d'État	155
L'activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État ..	159
Bilan des formations 2000	161
La mission permanente d'inspection des juridictions administratives	167
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	171
Activité des juridictions spécialisées	181
Commission des recours des réfugiés	183
Autres juridictions administratives spécialisées	188
Avis du Conseil d'État en 2000	193

II. Réflexions sur les autorités administratives indépendantes

● Considérations générales du Conseil d'État sur les autorités administratives indépendantes	253
Introduction	257
Première partie	
Genèse : hasard et nécessité	261
Deuxième partie	
État des lieux	287
Troisième partie	
Recommandations	327
Conclusion	385
● Contributions	
Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative	389
<i>Jean-Louis Autin</i>	
L'expérience anglaise en matière d'autorités administratives indépendantes	411
<i>John Bell</i>	
L'expérience espagnole en matière d'autorités administratives indépendantes	411
<i>Andrés Betancor Rodriguez</i>	
La fonction d'expertise scientifique indépendante exercée par un établissement public	427
<i>Martin Hirsch</i>	
L'environnement international d'une autorité de régulation de la concurrence	441
<i>Frédéric Jenny</i>	
Table des matières	463



Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc,
Vice-président du Conseil d'État

Le rapport public 2001 du Conseil d'État comporte, comme les années précédentes, deux parties distinctes. La première est relative au compte rendu de son activité juridictionnelle et consultative au cours de l'année 2000. La seconde est une partie thématique consacrée cette année aux autorités administratives indépendantes.

Au contentieux, l'année 2000 s'est caractérisée par une stabilisation du nombre d'affaires enregistrées et un accroissement du nombre d'affaires jugées, particulièrement sensible dans le domaine du contentieux des étrangers. En effet, les affaires intéressant les étrangers – recours contre des refus de visa, appels de jugements des tribunaux administratifs en matière de reconduite à la frontière, pourvois en cassation contre des décisions de la Commission des recours des réfugiés – représentent 56 % des entrées nettes de l'année 2000, ce qui est considérable. En 2001, la mise en œuvre du décret du 10 novembre 2000 qui a prévu que les recours contre les refus de visa devraient être désormais précédés d'un recours administratif préalable devant une commission spécialement créée à cet effet devrait entraîner un certain fléchissement du nombre de ces affaires mais il reste très peu vraisemblable que le contentieux des étrangers diminue globalement, notamment en raison de l'accroissement du nombre de demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié et de celui, corrélatif, des décisions juridictionnelles de la Commission des recours des réfugiés. En outre, le Conseil d'État devra compter en 2001 avec le traitement, en urgence, des demandes présentées



au titre de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et avec le traitement dans de bonnes conditions du contentieux des élections municipales et cantonales de mars 2001. L'objectif, qui doit être maintenu, d'une durée moyenne des instances devant le Conseil d'État ne dépassant pas sensiblement un an n'est donc pas encore à portée de la main, même si, s'agissant du contentieux des déclarations d'utilité publique notamment et malgré la lourdeur en la matière de la procédure contradictoire, des progrès sensibles ont encore été constatés.

L'activité consultative a connu, en 2000, un rythme plus soutenu dans l'ensemble que celui de l'année précédente, qu'il s'agisse du nombre total de textes examinés ou du nombre de demandes d'avis traitées. Cet accroissement quantitatif a pesé surtout sur la Section de l'intérieur et la Section des finances et dans une moindre mesure, sur la Section des travaux publics. Pour sa part, la Section sociale a examiné nettement moins de projets de décret mais sensiblement plus de projets de loi ou d'ordonnance qu'en 1999. Le Conseil d'État a examiné, en 2000, 74 projets de loi dont un projet de loi constitutionnelle et 34 projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales et 26 projets d'ordonnance. Il est préoccupant que des projets de loi importants, notamment en matière sociale, examinés par le Conseil d'État dès la fin de 1999 et au cours de l'année 2000 n'aient pu encore être débattus même en première lecture par le Parlement.

L'importance du travail de codification réalisé mérite d'être soulignée : la partie législative de neuf codes et la partie réglementaire de trois autres codes ont été adoptées, ainsi que la totalité du Code de justice administrative entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

Le volume d'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative est resté stable en 2000. Pendant cette année cette Section a poursuivi et achevé deux études lancées antérieurement, d'une part, sur les questions posées par la négociation et l'insertion en droit interne des traités et accords internationaux et, d'autre part, sur les associations reconnues d'utilité publique. Elle a aussi lancé, à la demande du Premier ministre, deux nouvelles études, portant l'une sur les conditions d'entrée en vigueur et les modalités de publicité des lois et des divers actes administratifs et l'autre sur l'influence internationale du droit français. Ces études conduisent la Section à réunir autour d'elle non seulement des fonctionnaires des administrations compétentes mais des membres de diverses institutions ou professions et des représentants de divers intérêts, affirmant ainsi la vocation du Conseil d'État à être, lorsque c'est nécessaire, un forum de discussions informelles permettant l'élaboration de propositions éprouvées.



Si l'action internationale du Conseil d'État, fortement marquée en 1999 par la célébration du bicentenaire de l'institution et le resserrement, à cette occasion, des liens tissés depuis de nombreuses années avec les autres Conseils d'État existant dans le monde et les hautes juridictions administratives de plus en plus nombreuses, n'a pas été aussi spectaculaire en 2000, elle n'en a pas moins continué à être soutenue. Le Conseil d'État a reçu de nombreuses délégations et accueilli de nombreux stagiaires et ses membres ont participé à diverses missions de coopération, en Europe, en Amérique, en Afrique, au Proche-Orient et en Asie.

Le choix de retenir comme thème général de réflexion du rapport public 2001 celui des autorités administratives indépendantes obéit à une logique profonde découlant des fonctions mêmes du Conseil d'État. En effet, dans le rapport public 2000 avaient déjà été notées les interrogations que pouvait susciter le nombre croissant de propositions de création d'autorités administratives indépendantes. En outre, venaient d'être tranchés au contentieux en décembre 1999 des points de droit importants relatifs aux conditions d'exercice du pouvoir de sanction conféré à une autorité administrative indépendante et cette jurisprudence pouvait emporter des conséquences pratiques non négligeables sur le rôle et le fonctionnement de telles institutions.

Dans l'esprit de l'article 24 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, codifié sous l'article L. 112-3 du Code de justice administrative, aux termes duquel «le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui paraissent conformes à l'intérêt général», le moment a donc paru approprié pour reprendre une réflexion générale sur les autorités administratives indépendantes, réflexion que le Conseil d'État avait entamée dès 1983 et que l'évolution tant des faits que du droit invitait sans aucun doute non seulement à actualiser mais aussi à approfondir.

Pour être opératoire, cette réflexion devait évidemment s'appuyer sur une connaissance suffisante de la réalité des autorités administratives indépendantes existantes, telle qu'elle est vécue par les institutions elles-mêmes et par le milieu dans lequel elles agissent. À cette fin, il a été procédé à un grand nombre d'auditions informelles. Il convenait aussi d'analyser les causes du phénomène de multiplication de telles institutions en France dans les vingt dernières années et les enjeux liés à ce phénomène, points sur lesquels la diversité d'expériences des membres du Conseil d'État a rendu particulièrement riche le débat interne préalable à l'adoption définitive du rapport.

Le fruit de ce travail collectif est, à partir d'une mise en perspective du passé et d'un éclairage du présent, l'énoncé de quelques recommandations pour l'avenir tant sur les questions concrètes que posent aujourd'hui les autorités administratives indépendantes existantes que



sur les principes qui devraient encadrer de nouveaux recours à cette formule. La conclusion du Conseil d'État est positive : même si elle ne saurait être la seule manifestation d'une réforme de l'État, l'autorité administrative indépendante peut être un dispositif fiable adapté dans certains cas aux exigences pesant aujourd'hui sur l'État.

Conformément à une coutume remontant à la création en 1947, à l'initiative du Président René Cassin, de la revue Études et Documents du Conseil d'État, une place est faite dans ce rapport public 2001 à des contributions individuelles d'auteurs français et étrangers. Elles portent cette année sur des sujets proches du thème retenu pour les considérations générales. C'est ainsi qu'il est traité par le professeur John Bell de l'expérience anglaise en matière d'autorités administratives indépendantes et par le professeur Andrés Betancor Rodriguez de l'expérience espagnole dans le même domaine. Le professeur Jean-Louis Autin livre ses réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative, Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, analyse l'environnement international d'une autorité de régulation de la concurrence et Martin Hirsch, directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, expose la fonction d'expertise scientifique indépendante exercée par un établissement public.

Que les auteurs de ces articles soient remerciés de ces éclairages apportés au sujet traité par le Conseil d'État.



Index des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
B. ou Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D	Recueil Dalloz
DS	Droit social
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
GP	Gazette du Palais
JCP	La Semaine juridique
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LPA	Les Petites Affiches
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFDA	Revue française de droit administratif
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen

L'indication d'une page après une décision du Conseil d'État (CE), d'un tribunal administratif (TA) ou d'une cour administrative d'appel (CAA) renvoie au Recueil Lebon. Après une décision du Conseil constitutionnel (CC), elle renvoie au recueil de ses décisions. Il est en de même pour les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).



Rapport d'activité

Activité juridictionnelle



Section du contentieux

Activité de la Section

I. – Le nombre d'affaires enregistrées, qui avait connu une forte augmentation en 1998 et en 1999, s'est stabilisé au niveau élevé atteint les années précédentes : en chiffres bruts, on passe de 12 747 affaires en 1999 à 12 800 en 2000 ; en chiffres « nets », c'est-à-dire après déduction des « séries », de 12 330 à 12 274 ; si on déduit en outre les affaires (régées par ordonnances du président de la Section du contentieux) correspondant tant à la procédure de répartition des compétences à l'intérieur de la juridiction administrative qu'aux recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle, on passe de 8 817 à 8 703.

Le nombre d'affaires jugées connaît quant à lui un accroissement : pour chacune des trois rubriques précédemment définies, on passe respectivement de 13 551 à 13 837, de 10 988 à 12 236 et de 7 581 à 8 504. Pour les chiffres bruts, le nombre d'affaires jugées l'emporte ainsi d'un millier sur celui des affaires enregistrées ; mais cet excédent doit être interprété avec prudence et nuances ; il tient pour une bonne part au fort nombre d'affaires de « séries » jugées en 2000 alors qu'elles avaient été enregistrées au cours des années précédentes¹. Après déduction des séries, l'année se traduit par un léger déficit (12 236 affaires jugées contre 12 274 enregistrées), qui s'accroît quelque peu (8 504 contre 8 703) après déduction des affaires réglées par ordonnances du président de la Section).

	1997	1998	1999	2000
Données brutes				
– Entrées	8 314	10 232	12 747	12 800
– Sorties	11 173	10 481	13 551	13 837
Données nettes				
– Entrées	7 193	8 427	12 330	12 274
– Sorties	11 173	9 337	10 988	12 236

1 - En 1999, les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État ont adopté des dispositions pratiques tendant à limiter la dissémination des « séries ».

Données nettes après déduction des ordonnances du Président de la Section du Contentieux				
- Entrées	4 471	5 520	8 817	8 703
- Sorties	8 049	6 576	7 581	8 504

Le « stock » global (avant déduction des « séries ») s'élève à 10 946 (contre 11 962 l'an dernier). Plus significatif est le chiffre – 9 972 – obtenu après déduction des « séries » et des affaires appelées à être réglées par ordonnance du président de la Section. Ce chiffre, à comparer, pour le même « périmètre », à 8 504 affaires jugées, a légèrement augmenté par rapport à l'an dernier, mais l'accroissement plus sensible du nombre d'affaires jugées fait que le « stock » représente, au 31 décembre 2000, 117 % du nombre d'affaires jugées au cours de l'année écoulée, alors que le pourcentage correspondant au 31 décembre 1999 était de 124 %. Mais l'objectif d'un stock ramené au niveau de la capacité annuelle de jugement n'est pas encore atteint et selon toute vraisemblance ne le sera pas non plus en 2001.

II. – Tout comme l'an dernier, il convient de souligner que depuis maintenant deux ans, l'activité juridictionnelle du Conseil d'État est déséquilibrée par la part prise par le contentieux des étrangers et, plus précisément par les trois masses que constituent les requêtes dirigées contre les refus de visa, les appels contre les jugements des tribunaux administratifs statuant en matière de reconduite à la frontière et les pourvois en cassation contre les décisions de la commission des recours des réfugiés. Ainsi que le montre le tableau ci-dessous, le nombre d'affaires enregistrées à ce titre est passé de 1 292 en 1997 à 4 895 en 2000, ce dernier chiffre représentant 56 % des entrées nettes après déduction des affaires relevant des ordonnances du président de la Section.

Type de Contentieux	Entrées				Sorties			
	1997	1998	1999	2000	1997	1998	1999	2000
Reconduite à la frontière	631	881	2 094	2 120	1 176	557	1 261	2 043
Réfugiés	576	574	1 104	1 392	513	625	813	1 082
Visas	85	355	1 860	1 383	62	100	647	1 124
Total	1 292	1 810	5 058	4 895	1 751	1 282	2 721	4 249

Pour faire face à cette évolution, un effort tout particulier a été demandé pendant l'année 2000 aux membres et au personnel de la Section. Il a permis de juger 4 249 de ces affaires, contre 2 721 en 1999 (d'une façon d'autant plus méritoire qu'au cours de ces deux années, l'effectif des membres de la Section a sensiblement diminué). Néanmoins l'année 2000 se solde pour ces affaires par un déficit de 646 affaires et le « stock » correspondant représente au 31 décembre 2000 plus de 4 500 affaires.

En 2001, une certaine amélioration devrait résulter, pour le contentieux des refus de visa, de la mise en œuvre du décret du 10 novembre 2000 qui a prévu que les recours contentieux devraient désormais être précédés d'un recours administratif préalable devant une commission spécialement créée à cet effet. Mais l'accroissement du nombre de demandes de reconnaissance de la qualité

de réfugié soumises à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et de celui, corrélatif, des décisions juridictionnelles de la commission des recours des réfugiés entraînera, à coup sûr, une sensible augmentation du nombre de pourvois en cassation formés à ce titre. Et les chiffres des derniers mois ne confirment pas l'espoir d'une diminution des appels de jugements des tribunaux administratifs en matière de reconduite à la frontière.

Des adaptations procédurales et un renforcement des moyens mis à la disposition des membres de la Section du contentieux seront nécessaires pour répondre à cette situation et éviter qu'elle ne compromette les autres attributions juridictionnelles et, notamment, le traitement dans de bonnes conditions en 2001 et 2002 du contentieux des élections municipales et cantonales de mars 2001.

III. – L'autre objectif prioritaire sera, comme au cours des années précédentes, la diminution de la durée des instances engagées devant le Conseil d'État.

Au niveau global, une certaine amélioration est perceptible à cet égard. La légère diminution, mentionnée ci-dessus, de l'importance relative du « stock » par rapport au nombre d'affaires jugées en douze mois se traduit dans la durée théorique moyenne de l'instance (qui, ainsi calculée, passe d'un peu moins de quinze mois à un peu plus de quatorze). Entre le 31 décembre 1999 et le 31 décembre 2000, la proportion du « stock » total correspondant à des affaires enregistrées depuis au moins trois ans a été ramenée de 7,5 % à un peu moins de 5 % (elle était encore de 19 % au 31 décembre 1998) ; la proportion des affaires enregistrées depuis plus de deux ans mais moins de trois ans se situant entre 5 % et 6 %, tandis que les affaires enregistrées en 1999 représentaient, au 31 décembre 2000, 24 % et celles enregistrées en 2000, 66 %.

Il ne faut pas se dissimuler que ce « rajeunissement » du stock est, pour une part, une conséquence arithmétique de l'accroissement du nombre d'affaires relevant du contentieux des étrangers enregistrées en 1999 et 2000. La répartition par année d'enregistrement serait moins favorable si on s'en tenait aux contentieux classiques.

Au-delà de cette réserve, il reste que la situation en termes de durée des instances s'améliore.

Le rapport de l'an dernier avait fait état des progrès sensibles constatés pour les recours dirigés contre des déclarations d'utilité publique qui étaient trop souvent jugés dans des délais approchant ou dépassant trois ans ; cette évolution s'est poursuivie en 2000 : 96 affaires étaient en instance au 31 décembre 2000 ; trois seulement avaient été enregistrées en 1998 ; 69 l'avaient été en 1999 et 24 en 2000 ; l'objectif d'un délai de jugement, qui, – malgré la lourdeur en la matière, de l'instruction contradictoire entre les parties – n'excéderait pas 15 mois n'est plus très éloigné.

On se plaira aussi à souligner, après les critiques formulées ici même en 2000, les efforts entrepris par l'administration des impôts pour présenter plus rapidement ses observations dans les affaires où elle est en cause : combinés avec



les dispositions arrêtées par la Section du contentieux, ils ont permis de commencer à diminuer la durée moyenne des instances fiscales.

Mais, on l'a dit, l'objectif – qui doit être maintenu – d'une durée moyenne des instances ne dépassant pas sensiblement un an n'est pas encore à portée de la main. Il n'est pas sûr qu'on puisse s'en rapprocher vraiment en 2001. Les dispositions arrêtées au sein de la Section du contentieux pour le traitement, en urgence, des demandes présentées au titre de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives devraient permettre de faire face à cette charge nouvelle sans compromettre la politique de réduction de la longueur des procédures. Mais il faudra compter avec le contentieux des élections de mars 2001. C'est dire l'importance que revêtira l'évolution tant du contentieux des étrangers que des conditions dans lesquelles il pourra être traité.

Jurisprudence ²

Actes

Comme chaque année, les questions relatives au régime des actes administratifs ont donné lieu à de nombreuses décisions. Il est rendu compte de la plupart d'entre elles sous des rubriques thématiques. Trois méritent toutefois d'être étudiées à ce titre.

Par une décision du 28 juillet 2000 (*Association France Nature Environnement*), le Conseil d'État a annulé le refus implicite du Premier ministre de prendre les décrets prévus à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1986 dite « loi littoral » et au paragraphe IV de l'article L. 146-4 du Code de l'urbanisme pour permettre l'application de cette loi aux communes riveraines des estuaires et a assorti sa décision d'une injonction de prendre ces décrets dans un délai de six mois à compter de la notification de sa décision. Pour faire droit aux conclusions de l'association requérante, le Conseil d'État a d'abord relevé que l'intervention des décrets prévus était une condition nécessaire à l'application des dispositions législatives en cause. Près de treize ans s'étant écoulés depuis l'entrée en vigueur desdites dispositions, il a ensuite considéré qu'« en dépit des difficultés rencontrées par l'administration dans l'élaboration » de ces textes, **l'abstention du pouvoir réglementaire** de les prendre s'était prolongée « très largement au-delà d'un délai raisonnable ».

Un cas d'application de la jurisprudence sur les actes dits de gouvernement, c'est-à-dire les actes qui échappent à tout contrôle juridictionnel, est à signaler. Par une décision du 28 juillet 2000 (*M. Mégret et autre*), le Conseil d'État a jugé que présentaient le **caractère d'actes non détachables de la conduite des relations internationales de la France**, et, à ce titre, **d'actes**

2 - Un compte rendu plus détaillé de la jurisprudence du Conseil d'État en 2000 est publié comme les années précédentes, par la Documentation française : coll. « Documents d'études ».



de gouvernement, la décision des autorités françaises d'engager des forces militaires en République fédérale de Yougoslavie en liaison avec les événements du Kosovo, ainsi que les décisions fixant les objectifs militaires et déterminant et répartissant les moyens mis en œuvre. Il a, par voie de conséquence, décliné la compétence de la juridiction administrative pour en connaître.

L'emploi de termes féminisés pour désigner certaines fonctions fait l'objet d'un débat public. Le Conseil d'État a été amené à dire si une telle féminisation est susceptible ou non d'affecter la validité des actes administratifs. Il avait été saisi d'une requête dirigée contre un décret du 31 mars 1999 nommant un magistrat présentée comme « présidente de chambre » à la Cour d'appel de Paris, en qualité de « procureure générale près la Cour d'appel de Dijon ». L'association requérante soutenait que ces deux appellations féminisées ne correspondaient à aucun emploi de la magistrature et méconnaissaient l'article 2 de la Constitution imposant le français comme langue officielle de la République. Le Conseil d'État a jugé, par une décision du 9 juin 2000 (*Association professionnelle des magistrats*), que l'utilisation de termes féminisés était sans incidence sur la légalité de la décision attaquée, dès lors que celle-ci était rédigée en français et ne comportait pas d'ambiguïté quant à la personne et aux emplois concernés. Il a ainsi estimé que le recours à des innovations linguistiques n'était pas par lui-même, et ce, indépendamment de la correction des termes employés, contraire à l'obligation de rédiger en langue française.

Agriculture

Par une décision du 28 juillet 2000 (*M. Marchand*), la Section du Contentieux a tranché une question propre au remembrement rural, matière traditionnellement pourvoyeuse de litiges.

Sans remettre en cause la jurisprudence selon laquelle le fermier n'est pas recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre une décision de la commission départementale de remembrement statuant sur les terres qu'il exploite en fermage, elle lui a ouvert la voie du recours de plein contentieux. En effet, la Section a admis **la recevabilité de l'action formée en vue de la condamnation de l'État à réparer le préjudice qu'aurait causé au fermier l'illégalité de la décision de remembrement**. La responsabilité de l'État est donc susceptible d'être engagée à raison de l'illégalité fautive commise par la commission, du fait de l'attribution au propriétaire des terres données en fermage de terres de moindre valeur, sur lesquelles les activités du fermier se sont avérées impossibles.

Aide sociale

Deux décisions ont clarifié la question de la détermination de la règle de droit applicable aux litiges portant sur les **recours en récupération des dépenses d'aide sociale** qui peuvent être exercés par les collectivités publiques, en application des dispositions de l'article 146 du Code de la famille et de l'aide sociale, du bénéficiaire ou de sa succession, du donataire ou du légataire. Par



une décision du 4 février 2000 (*Département de la Haute-Garonne*), la Section du contentieux a jugé que, bien que les recours exercés contre les actions en récupération aient la nature de recours de plein contentieux, les textes applicables étaient ceux en vigueur à la date à laquelle la situation de la personne contre laquelle cette action est exercée peut être regardée comme ayant été définitivement constituée et non ceux en vigueur à la date à laquelle le juge statue. Il a, en premier lieu, été fait application de cette règle au cas d'un recours exercé contre la succession du bénéficiaire de l'aide sociale. Dans cette hypothèse, les textes applicables sont ceux en vigueur à la date du décès de ce bénéficiaire. Par cette même décision, la Section a estimé qu'en cas de recours contre la succession du défunt, il n'y a pas lieu de distinguer, pour l'application du 2^o alinéa de l'article 146 du Code de la famille et de l'aide sociale entre la situation des héritiers institués par la loi et celle des légataires universels ou à titre universel venant aux droits du défunt en vertu du testament de ce dernier. En revanche, cette disposition n'est pas applicable aux légataires à titre particulier.

Le Conseil d'État a, dans un second temps, fait application de ces règles au cas d'un recours en récupération sur donation. Il a jugé, par une décision du 21 février 2000 (*Mme Couteau*), que la situation du donataire devait être regardée comme définitivement constituée lorsque les deux conditions de l'existence d'une donation et de l'admission du donateur à l'aide sociale étaient réunies. Par suite, lorsque le juge statue sur un litige relatif à une récupération sur une donation antérieure à l'ouverture des droits à l'aide sociale, il lui appartient de faire application des textes en vigueur à cette dernière date.

Audiovisuel

Saisi par divers organismes professionnels, le Conseil d'État s'est prononcé sur la légalité d'un communiqué du 22 février 2000 par lequel le Conseil supérieur de l'audiovisuel indiquait avoir décidé que les **restrictions d'accès à la publicité télévisée**, prévues par le décret du 27 mars 1992 pour les secteurs de la presse, de la distribution, du cinéma et de l'édition littéraire, ne devaient pas être appliquées à la publicité en faveur des sites Internet de ces secteurs, au motif que ces sites constituent un secteur économique nouveau et spécifique. Par une décision en date du 3 juillet 2000 (*Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres*), il a annulé le communiqué attaqué en jugeant que le CSA n'était pas compétent pour fixer une règle juridique nouvelle. En autorisant l'accès à la publicité télévisuelle des sites qui, par leur activité, contribuent à la promotion commerciale des entreprises qui relèvent des secteurs auxquels la publicité télévisuelle est interdite par le décret du 27 mars 1992, le CSA avait, en effet, restreint la portée de l'interdiction prévue par le pouvoir réglementaire.

L'article 80 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication prévoit l'octroi d'une **aide aux services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre** dont les ressources commerciales provenant de la diffusion à l'antenne de messages publicitaires sont inférieures à 20 % de leur chiffre d'affaires total. Deux décisions du Conseil d'État du 5 juillet 2000 (*Association « Radio Arménie »* et *Association*



« *Radio Val de Meuse* ») ont précisé le contenu de la **notion de « chiffre d'affaires »** pour le calcul de ce seuil. Se référant tant aux caractéristiques de l'activité en cause qu'aux buts poursuivis par le législateur, la Section du Contentieux s'est écartée de la définition que donne du chiffre d'affaires le plan comptable général. Elle a jugé qu'au sens des dispositions de l'article 80 de la loi du 30 septembre 1986, le chiffre d'affaires comprend toutes les recettes courantes perçues par le service de radiodiffusion, au nombre desquelles figurent notamment les produits financiers et les subventions et aides de toute nature attribuées en vue de l'exploitation du service, en l'espèce les sommes versées par l'État au titre de la rémunération des personnes recrutées par un contrat-emploi-solidarité.

Capitaux, banque

Le Conseil d'État a été saisi de la question de la **légalité du régime du « livret bleu », « compte spécial sur livret »** que les caisses de crédit mutuel ont été autorisées à proposer à leur clientèle par la loi de finances rectificative pour 1975. Il a censuré certaines des dispositions qui faisaient la singularité de ce régime. Par une décision du 5 janvier 2000 (*Association Française des banques et Chambre syndicale des banques populaires*), la Section du Contentieux a reconnu l'illégalité des dispositions de l'arrêté du 27 septembre 1991 qui prévoyaient, dans le cadre de l'organisation des rapports entre le Crédit mutuel et la Caisse des dépôts et consignations pour la gestion des sommes déposées sur « livret bleu » et affectées en compte auprès de cette caisse, la « neutralisation », au bénéfice du Crédit mutuel, des coûts correspondant aux « prélèvements obligatoires acquittés par le Crédit mutuel » sur le produit des sommes ainsi collectées. Elle a, en effet, considéré que cette « neutralisation » méconnaissait l'interdiction d'une telle prise en charge du prélèvement libératoire de l'article 125 A du Code général des impôts par le débiteur, inscrite à l'article 1678 quater du Code général des impôts.

À l'occasion d'un litige relatif à l'élection des délégués et des représentants du personnel aux comités d'établissement et à la composition du comité central d'entreprise de la Banque de France, a été précisée la nature juridique de cet établissement, que l'article 6 de la loi du 4 août 1993 s'était borné à définir comme une « institution dont le capital appartient à l'État ». Dans le prolongement d'un avis du 9 novembre 1999 rendu par le Conseil d'État dans ses formations consultatives, qui a été rendu public³, le Conseil d'État statuant au contentieux a consacré une **nouvelle catégorie de personne publique** en faisant de la **Banque de France une « personne publique sui generis »**.

Par une décision du 22 mars 2000 (*Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France et autres*), il a jugé que la Banque de France constitue une personne publique chargée par la loi de missions de service public qui, ayant principalement pour objet la mise en œuvre de la politique monétaire, le bon fonctionnement des systèmes de compensation et de paiement et

3 - CE, *Rapport public 2000*, p. 211, « EDCE », n° 51, La Documentation française.



la stabilité du système monétaire, sont pour l'essentiel de nature administrative. La Banque de France n'a pas le caractère d'un établissement public mais revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres. Pour la solution du litige qui lui était soumis, le Conseil d'État a considéré qu'au nombre de ces dernières, figure l'application au personnel de la Banque des dispositions du Code du travail qui ne sont incompatibles ni avec son statut ni avec ses missions de service public.

Collectivités territoriales

Une décision du 7 janvier 2000 (*Le Boulaire et autres*) a éclairé la portée des dispositions de l'article L. 1232-5 du Code général des collectivités territoriales, aux termes desquelles tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer. Le Conseil d'État a jugé que ces dispositions, organisant ce qu'il est convenu d'appeler les « **autorisations de plaider** », visent uniquement les actions appartenant aux communes et ne sauraient être étendues à d'autres collectivités territoriales ou groupements de collectivités que par une disposition législative. De fait, une disposition a été insérée en ce sens dans la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

Le Conseil d'État s'est prononcé, par une décision du 31 mai 2000 (*Ville de Dunkerque*), sur certains aspects du **soutien financier apporté par les communes à des associations sportives**. Saisi de la question de la légalité de la délibération par laquelle une commune avait attribué un prêt à l'association gérant le centre de formation des équipes amateurs et la section amateur du club de football de la ville, dont les ressources provenaient presque exclusivement de subventions publiques, il a refusé de regarder cette association comme une « entreprise » au sens des dispositions des lois du 2 mars 1982 et du 7 janvier 1983, ce qui eût imposé à la commune de respecter les règles de l'article 4 de la loi du 7 janvier 1983 selon lesquelles les communes ne peuvent prodiguer des aides aux entreprises qu'en complément des aides directes dispensées par la région. Retenant l'existence d'un intérêt de la commune justifiant la décision d'octroi de ce prêt, il a jugé cette décision légale.

Une décision du 18 octobre 2000 (*Commune de Pantin*) a précisé la portée des dispositions du IV de l'article 6 de la loi de finances pour 1987, qui a institué au bénéfice des collectivités locales une **dotación compensatrice des réductions de base de taxe professionnelle pour embauche ou investissement résultant de la même loi**. La requête émanait d'une commune qui se plaignait du refus de l'administration fiscale de tenir compte, pour le calcul de sa dotation, des réductions de bases d'imposition prononcées après la mise en recouvrement des rôles primitifs de la taxe. Le Conseil d'État a déduit des termes mêmes des dispositions législatives régissant cette dotation due par l'État que celle-ci n'est pas limitée à la seule compensation des réductions de base pour embauche ou investissement comprises dans les rôles primitifs de



la taxe mais doit, au contraire, être calculée en fonction de la totalité des bases d'imposition à la taxe professionnelle retenues dans les rôles de la commune au titre de cette année, qu'il s'agisse des rôles primitifs ou des rôles supplémentaires.

Communautés européennes

Si, par le passé, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de répondre à des questions de droit communautaire à l'occasion d'une demande d'avis formulée en application de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 (Section, 26 février 1993, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Savoie*), la Section du Contentieux a été amenée à préciser les **conditions dans lesquelles la procédure de demande d'avis peut se concilier avec une question préjudicielle adressée par le juge national à la Cour de justice des Communautés européennes**. Elle l'a fait en réponse à une demande d'avis adressée dans le cadre d'un litige mettant en cause l'application de règles du Code des pensions civiles et militaires. Son avis, en date du 4 février 2000 (*M. Mouflin*), marque que la procédure de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 peut porter sur une question de droit communautaire, étant entendu qu'une question dont la réponse n'est pas claire appelle plutôt, en principe, la saisine à titre préjudiciel de la Cour de justice des Communautés européennes. En l'espèce, constatant qu'une partie des difficultés soulevées par la demande d'avis avait fait l'objet de la part du Conseil d'État d'une question préjudicielle encore pendante devant cette Cour, la Section a indiqué qu'il revenait au tribunal administratif d'apprécier si, compte tenu de ces éléments, il estimait nécessaire, pour rendre son jugement, de saisir lui aussi le juge communautaire, conformément à la possibilité qui lui est ouverte par l'article 177 du traité (devenu article 234 CE).

Après avoir jugé en 1999 que la mission dont est investie la société « La Française des Jeux » par les textes la régissant ne revêt pas le caractère de mission de service public (Section, 27 octobre 1999, *M. Rolin*), le Conseil d'État a eu à se prononcer sur l'existence d'une atteinte, du fait de la législation nationale relative aux jeux d'argent, à la règle de la libre prestation de services. Par une décision du 15 mai 2000 (*Confédération française des professionnels en jeux automatiques*), le Conseil d'État a rappelé, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qu'une atteinte, par la législation nationale, à la libre prestation de services peut être admise, notamment, si elle est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, de nature à garantir la réalisation de l'objectif visé et n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. À la lumière de ces règles, il a jugé que **la limitation des jeux**, qui est l'objet des dispositions du décret du 9 novembre 1978 confiant l'exploitation des jeux de loterie à la Française des jeux, société d'économie mixte contrôlée par l'État, **est une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier**, en application de l'article 56 (devenu 46 CE) du Traité instituant la Communauté européenne, **une limitation à la libre prestation de service et à la liberté d'établissement**. En confiant, sans appel à la concurrence, l'exploitation des jeux de loterie à la Française des jeux, le décret du 9 novembre 1978 ne porte donc



pas par lui-même à ces libertés une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Une décision du 22 novembre 2000 (*Association Greenpeace France*) a définitivement tranché le litige ouvert en 1998 par diverses requêtes tendant à l'annulation de l'arrêté du ministre de l'agriculture et de la pêche en date du 5 février 1998, qui avait porté inscription au catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France et **autorisation de la mise en culture de trois variétés de maïs génétiquement modifié**, produites par la société Novartis Seeds.

Tirant les conséquences d'un arrêt rendu le 21 mars 2000 par la Cour de justice des Communautés européennes en réponse à la question préjudicielle formulée par la Section du contentieux par sa décision du 11 décembre 1998, il a validé pour l'essentiel cet arrêté. Le Conseil d'État a relevé, en effet, conformément à l'interprétation donnée par la Cour de la directive communautaire du 23 avril 1990 modifiée relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés (O.G.M.) dans l'environnement, que, compte tenu de la décision du 23 janvier 1997 de la Commission des Communautés européennes favorable à la mise sur le marché des trois variétés de maïs génétiquement modifié produites par la société Novartis Seeds, **le gouvernement français était obligé, en l'absence d'éléments nouveaux de nature à le dispenser de suivre la décision de la Commission, de délivrer son « consentement écrit »**. Il a cependant annulé partiellement l'arrêté attaqué en tant qu'il limitait à trois ans la durée de l'inscription prononcée en jugeant fondé le moyen soulevé, non sans quelque paradoxe, par l'un des requérants tiré de la violation de l'article 7 du décret du 18 mai 1981 modifié qui dispose que l'inscription au catalogue est valable pour une période de dix ans renouvelable par période de cinq ans.

Comptabilité publique

L'Assemblée du contentieux a été amenée à se prononcer sur les limites du pouvoir d'appréciation du juge des comptes. Compétente, en vertu de l'article 1er de la loi du 22 juin 1967, pour juger les comptes des comptables publics, la Cour des comptes ne peut légalement fonder les décisions qu'elle rend dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que sur les éléments matériels des comptes soumis à son contrôle, à l'exclusion notamment du comportement personnel des comptables intéressés (*Assemblée, Ministre de l'économie, des finances et du budget c/Vèque* du 23 juin 1989). L'appréciation de ce comportement incombe, en effet, au seul ministre de l'économie et des finances, en vertu de l'article 60 de la loi du 23 février 1963. La frontière entre les domaines de compétence respectifs du juge des comptes et du ministre a été précisée par l'Assemblée du contentieux, saisie d'une requête dirigée contre un arrêt de la Cour des comptes par lequel des débets avaient été prononcés à l'encontre d'un comptable public, en raison notamment du défaut de recouvrement d'une créance. Par une décision du 27 octobre 2000 (*Mme Desvigne*), l'Assemblée du contentieux a jugé que la Cour des comptes pouvait, sans excéder ses pouvoirs ni empiéter sur ceux du ministre, rechercher si **un comptable public** s'était livré aux différents contrôles qu'il lui



appartient d'assurer et s'il avait exercé, s'agissant du recouvrement d'une créance qu'il avait prise en charge, des **diligences adéquates, complètes et rapides**, dès lors que ces diligences sont indissociables des éléments matériels du compte. Cette décision marque une extension du pouvoir d'appréciation du juge des comptes.

Dans le cadre d'un litige relatif à l'examen du compte d'emploi des ressources collectées en 1993 par l'Association pour la recherche sur le cancer (ARC), le Conseil d'État a été appelé à préciser **l'étendue des pouvoirs des magistrats rapporteurs de la Cour des comptes** lorsqu'ils procèdent à pareil contrôle des ressources collectées auprès du public à l'occasion de campagnes nationales d'appel à la générosité publique, sur le fondement de l'article 111-8 du Code des juridictions financières. Il a jugé, par une décision du 19 janvier 2000 (*Société International Development Communication et société Distribuëu*), qu'il résulte de la combinaison des dispositions du décret du 11 février 1985 relatif à la Cour des comptes qui étendent aux magistrats rapporteurs de la Cour des comptes le droit de communication que les agents des services financiers tiennent de la loi et de l'article L. 83 du Livre des procédures fiscales que ces magistrats peuvent légalement, dans le cadre de ces contrôles et dans les limites de l'objet de leur mission, exercer leur droit de communication auprès des établissements financiers. Ainsi, pour les besoins du contrôle du compte d'emploi des ressources collectées auprès du public, les magistrats peuvent régulièrement obtenir communication des comptes bancaires, auprès des établissements bancaires tenant les comptes des fournisseurs de l'association contrôlée.

Contributions et taxes

Plusieurs décisions relevant du domaine fiscal retiennent particulièrement l'attention.

Par sa décision du 6 octobre 2000 (*SARL Trace*), la Section du contentieux a délimité les champs d'application respectifs des deux principales techniques d'investigation du contrôle fiscal, à savoir, d'une part, le **droit de communication** mis en œuvre, sauf disposition spéciale, sans formalités particulières, et, d'autre part, le **droit de vérification**, dont la mise en œuvre suppose au contraire le respect des garanties légales reconnues au contribuable. Elle a défini le droit de communication comme ayant seulement pour objet de permettre à l'administration fiscale, pour l'établissement et le contrôle de l'assiette d'un contribuable, de demander à un tiers ou, éventuellement au contribuable lui-même, sur place ou par correspondance, de manière ponctuelle, des renseignements disponibles sans que cela nécessite d'investigations particulières, ou, le cas échéant, copie de certains documents existants qui se rapportent à l'activité professionnelle de la personne auprès de laquelle ce droit est exercé. En revanche, relève de la vérification de comptabilité d'une entreprise ou d'un membre d'une profession non commerciale le contrôle sur place de la sincérité des déclarations fiscales souscrites par cette entreprise ou ce contribuable par comparaison avec les écritures comptables ou les pièces justificatives dont l'administration peut éventuellement remettre en cause l'exactitude.



À propos de la question du cumul des déductions forfaitaires prévues, en faveur des médecins conventionnés, par une instruction administrative du 7 février 1972, avec l'abattement accordé par la loi en cas d'adhésion des intéressés à une association de gestion agréée, la Section du contentieux a précisé les **rappports entre la loi et ce qu'il est convenu d'appeler la « doctrine fiscale »**, c'est-à-dire les interprétations administratives des textes fiscaux dont peuvent se prévaloir les contribuables sur le fondement de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales pour faire échec à un redressement. Par un avis du 20 octobre 2000 rendu en application de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 (*Mlle Bertoni*), elle s'est prononcée dans le sens de l'« étanchéité » entre la loi et la doctrine. Le législateur avait, dans un premier temps, interdit le cumul de l'avantage légal avec d'autres déductions forfaitaires ou abattements d'assiette puis avait, dans un second temps, supprimé cette restriction. Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions législatives successives n'avaient eu ni pour objet ni par elles-mêmes pour effet de régler le sort de déductions uniquement fondées sur des instructions de l'administration.

Une affaire jugée le 27 mars 2000 (*Fédération nationale de l'industrie hôtelière*) a éclairé le **régime juridique des cantines d'entreprise et d'administration au regard de la taxe sur la valeur ajoutée**. Deux décisions ministérielles des 23 mars 1942 et 19 mars 1943 exonéraient de cette taxe les ventes des repas faites par ces cantines au profit de leurs usagers, ce qui était de nature à nuire à la restauration traditionnelle, aux cafétérias et aux libres-services, dont les prestations sont soumises au taux normal de TVA.

Saisi du refus d'abroger ces décisions, le Conseil d'État a déduit de la combinaison des articles 256-I, 256 A et des dispositions de l'article 256 B du Code général des impôts, interprétées à la lumière de la sixième directive communautaire, que tant les administrations que les entreprises sont assujetties à la TVA sur les opérations des cantines ouvertes à leur personnel. Il a ainsi fait droit aux conclusions de la requête et enjoint au ministre d'abroger dans un délai de six mois les décisions de 1942 et 1943.

Une série de litiges relatifs à une taxe pesant sur certaines entreprises à raison de leurs émissions de polluants dans l'atmosphère et perçue par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a soulevé, une nouvelle fois, la question de la **frontière entre le domaine des taxes parafiscales, établies par voie réglementaire, et celui des « impositions de toute nature »**, que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin d'instituer. Par une décision d'Assemblée du 26 octobre 1990 (*Union fédérale des consommateurs*), le Conseil d'État avait déjà jugé que la compétence que tient le pouvoir réglementaire de l'article 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 pour instituer des taxes parafiscales ne s'étend pas à l'institution de prélèvements destinés à contribuer à la réalisation d'objectifs généraux d'intérêt national de la politique arrêtée par le gouvernement. Faisant application de cette jurisprudence dans une décision du 31 mai 2000 (*Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie*), il a, par voie d'exception, jugé illégal le décret n°90-389 du 11 mai 1990 instituant la taxe en cause dans le litige, en tant que celle-ci concerne les émissions de protoxyde d'azote. Il a considéré, pour ce faire, que les actions dont le décret prévoyait le financement devaient



être regardées comme se rattachant à l'objectif d'intérêt général de lutte contre la pollution de l'air et en particulier contre « l'effet de serre ». Seul, par conséquent, le législateur aurait été compétent pour instituer l'imposition contestée.

La portée des dispositions de l'article 10 du Livre des procédures fiscales, issues de la loi dite Aicardi du 8 juillet 1987, selon lesquelles sont opposables à l'administration les dispositions contenues dans la « **charte des droits et obligations du contribuable vérifié** », a été précisée par une décision du 10 novembre 2000 (*M. Milhau*). Il a ainsi été jugé que les agents de l'administration sont tenus, pour l'exécution d'un examen contradictoire de l'ensemble de la situation fiscale personnelle ou d'une vérification de comptabilité, de respecter les règles qui, ne trouvant pas de fondement légal dans d'autres articles du Code général des impôts ou du Livre des procédures fiscales, figurent néanmoins dans cette charte à la date où ce document est remis au contribuable, dès lors que ces règles ont pour objet de garantir les droits du contribuable vérifié. Au cas où l'agent vérificateur méconnaîtrait ces règles, et notamment les formalités qu'elles comportent, le juge de l'impôt, saisi d'un litige sur ce point, s'attache à apprécier si cette méconnaissance a eu la caractéristique d'une irrégularité substantielle portant atteinte aux droits et garanties reconnus par la charte au contribuable vérifié.

En matière de **sanctions fiscales**, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 28 octobre 2000 (*Vanackere*), qu'un contribuable ne peut utilement se prévaloir des stipulations du premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la partie du litige concernant le bien-fondé des pénalités que s'il a présenté une contestation propre à ces pénalités. Tel n'est pas le cas lorsque le débat contentieux s'est concentré sur l'impôt et ne porte contestation des pénalités que par voie de conséquence. Cette solution est en harmonie avec celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Gantzer contre France* en date du 5 octobre 1999.

La Section du contentieux a précisé le régime, au regard de la taxe sur la valeur ajoutée, de rémunérations contractuelles, communément appelées « **indemnités de résiliation** ». La question qui lui était soumise était celle du traitement fiscal de sommes versées par un client à son fournisseur, en exécution de stipulations prévoyant, en cas de renonciation au bénéfice de certaines livraisons de biens, le versement au fabricant d'une « indemnité » d'un montant égal à celui des investissements et frais de formation supportés par ce dernier afin de se mettre en mesure d'exécuter le contrat. Par décision du 15 décembre 2000 (*Société Polyclad Europe*), la Section a jugé qu'une telle « indemnité » s'analyse comme la contrepartie directe et la rémunération, selon l'une des modalités dont les parties étaient convenues pour assurer l'équilibre économique du contrat, du service que le fournisseur s'engage à fournir à son cocontractant. En d'autres termes, il s'agit bien d'une forme de rémunération de la prestation de service constituant l'objet véritable du contrat, à savoir l'engagement du fournisseur de satisfaire les besoins d'approvisionnement de son client, dans la limite fixée contractuellement et dans l'exacte mesure ultérieurement décidée par le client. Il s'ensuit que cette « indemnité » de résiliation doit être regardée comme la rémunération d'une



prestation de services au sens de l'article 256 du Code général des impôts et entre, dès lors, dans le champ d'application de la TVA.

Cultes

La **question du caractère cultuel**, au sens de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État, **d'associations locales des témoins du culte de Jéhovah** s'est posée au Conseil d'État dans le cadre d'un litige fiscal. Le Code général des impôts prévoit, en effet, en son article 1382, une exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties au profit des associations cultuelles. Par un avis du 24 octobre 1997 relatif à l'application de ces mêmes dispositions et rendu dans le cadre de la procédure de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 (*Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*), le Conseil d'État avait énoncé les critères de reconnaissance du caractère cultuel des associations et précisé, notamment, qu'une association dont certaines des activités portaient atteinte à l'ordre public ne pouvait bénéficier du statut d'association cultuelle. Saisi de pourvois dirigés contre des arrêts par lesquels les juges d'appel avaient déduit l'absence de menaces à l'ordre public de ce qu'il ne résultait pas de l'instruction que les associations en cause aient fait l'objet de poursuites ou d'une dissolution de la part des autorités administratives ou judiciaires, ni qu'elles aient incité leurs membres à commettre des délits, en particulier celui de non assistance à personne en danger, le Conseil d'État a rejeté, par une décision du 23 juin 2000 (*Associations locales des témoins du culte des témoins de Jéhovah de Riom et Clamecy*), la critique soulevée par le ministre à l'encontre de ces arrêts, en jugeant que ces éléments de fait pouvaient légalement caractériser une absence d'atteinte à l'ordre public. Le juge de cassation exerce donc un contrôle de qualification juridique sur le respect du critère de l'absence d'atteinte à l'ordre public.

Domaine public

Depuis 1932, le Conseil d'État jugeait, lorsqu'il se trouvait en présence de faits constitutifs d'une **contravention de grande voirie causés par un véhicule volé**, que le propriétaire de ce véhicule devait, pour échapper à la condamnation à réparer l'atteinte au domaine public, établir qu'il avait pris toutes les précautions nécessaires pour placer son véhicule à l'abri du vol. Cette jurisprudence était toutefois entrée en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui juge depuis 1941 que le propriétaire d'un véhicule volé est réputé n'en avoir plus la garde et n'est dès lors plus soumis, pour les dommages susceptibles d'être causés par ce véhicule, à la présomption de responsabilité posée par l'article 1384 du Code civil. La Section du Contentieux a mis un terme à cette divergence, par une décision du 5 juillet 2000 (*Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ M. Chevalier*). Jugeant que la personne qui peut être poursuivie pour contravention de grande voirie est soit celle qui a commis, ou pour le compte de laquelle a été commise, l'action qui est à l'origine de l'infraction, soit celle sous la garde de laquelle se trouvait la chose qui a été la cause du dommage, elle en déduit que, dès lors qu'il n'en a plus la garde, le propriétaire d'un véhicule volé ne



peut être tenu pour l'auteur de la contravention de grande voirie causée par ce véhicule.

Droits civils et individuels

Pour trancher un litige qui posait des questions liées à la protection des droits des malades, le Conseil d'État a été amené à combiner les principes de protection de la santé et de respect de la vie privée. Saisie d'une requête dirigée contre le décret du 6 mai 1999 fixant les modalités de **transmission à l'autorité sanitaire de données individuelles concernant certaines maladies**, pris pour l'application de l'article L. 11 du Code de la santé publique, l'Assemblée du contentieux a annulé, par une décision du 30 juin 2000 (*Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*), la disposition renvoyant à un arrêté du ministre de la santé le soin de déterminer la liste des éléments à transmettre mais a refusé d'annuler la disposition prévoyant la fourniture des informations nécessaires à la mise en œuvre de mesures urgentes d'investigation et d'intervention.

Après avoir rappelé que le législateur avait confié au décret le soin d'assurer l'anonymat des personnes dont les données individuelles sont recueillies et que cette exigence d'anonymat impliquait que le destinataire des informations ne puisse pas connaître ou identifier, au vu des éléments transmis, le nom des personnes intéressées, l'Assemblée du contentieux a estimé qu'« en se bornant à renvoyer purement et simplement à un arrêté ministériel » le soin de déterminer la liste des éléments à communiquer, le décret ne satisfaisait pas, par lui-même, à cette exigence.

En revanche, elle a refusé d'annuler la disposition qui impose aux professionnels de la santé ayant constaté l'existence d'un cas de maladie nécessitant une intervention urgente l'obligation de « signaler sans délai » le cas constaté afin de permettre « la mise en place d'urgence de mesures de prévention individuelle et collective et, le cas échéant, de déclencher des investigations pour identifier l'origine de la contamination ou de l'exposition ». L'Assemblée du contentieux a en effet considéré que le gouvernement n'avait pas excédé les limites de l'habilitation reçue du législateur qui l'invitait à concilier le principe de l'anonymat avec la nécessité de protéger la santé publique dans les cas où celle-ci requiert une intervention urgente. En prévoyant la fourniture de toute information nécessaire à la mise en œuvre des mesures d'investigation et d'intervention « y compris l'identité et l'adresse du patient » et la possibilité de transmettre ces informations à d'autres professionnels « lorsque leur intervention est indispensable pour la mise en œuvre des mesures de prévention individuelle et collective », le gouvernement a en effet édicté des règles proportionnées à l'objectif poursuivi.

Droit constitutionnel

Une décision du 23 février 2000 (*M. Bamba Dieng*) a fait application de la jurisprudence dégagée le 11 décembre 1998 par l'Assemblée du contentieux dans sa décision « *SARL du Parc d'activités de Blotzheim* », selon laquelle il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen



soulevé devant lui et tiré de la **méconnaissance, par l'acte de publication d'un traité ou accord, des dispositions de l'article 53 de la Constitution** subordonnant à l'intervention d'une loi la ratification ou l'approbation de certains traités ou accords internationaux. Saisi d'une demande d'annulation du décret du 18 février 1994 portant publication d'un accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Sénégal modifiant la convention de coopération judiciaire existant entre ces deux pays, le Conseil d'État a relevé que les stipulations de l'article 1er de cet accord mettaient en cause le caractère saisissable de biens auxquels auraient été susceptibles de s'appliquer les voies d'exécution prévues au nouveau code de procédure civile et touchaient ainsi aux principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales dont la détermination est réservée au législateur par la Constitution. Il en a déduit que l'accord ne pouvait être ratifié ou approuvé qu'en vertu d'une loi et a censuré le décret qui en avait porté publication.

À la suite des décisions des 25 juillet et 23 août 2000 par lesquelles le Conseil constitutionnel a admis sa compétence pour connaître de recours formés, préalablement à la tenue du scrutin, contre certains des **actes préparatoires au référendum** du 25 septembre 2000 relatif à la réduction de la durée du mandat du Président de la République, le Conseil d'État a été conduit à réexaminer sa propre jurisprudence en la matière. Par une décision du 1^{er} septembre 2000 (*M. Larrourou et autres*), l'Assemblée du contentieux a confirmé la compétence du Conseil d'État pour connaître, en premier et dernier ressort, des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes relatifs à l'organisation d'un référendum et de la campagne référendaire.

Elle a toutefois jugé que l'existence, devant le Conseil constitutionnel, avant la proclamation des résultats du scrutin, d'une voie de recours parallèle contre certains de ces actes faisait obstacle à ce que les recours pour excès de pouvoir formés devant le Conseil d'État contre ces actes soient recevables. Sont ainsi irrecevables les recours dirigés contre les décrets portant organisation du référendum et de la campagne référendaire, dans la mesure où le Conseil constitutionnel estime qu'il lui appartient, à raison de la nature de ces actes, d'en connaître. En revanche, les conclusions dirigées contre un avis du ministre de l'intérieur relatif à la participation des partis et groupements politiques à la campagne en vue du référendum sont recevables devant le Conseil d'État.

Droit économique

Le Conseil d'État a largement été sollicité cette année au titre du contentieux économique. De nombreuses affaires avaient trait au droit de la concurrence. Plusieurs d'entre elles ont donné à la Section du contentieux l'occasion de préciser la portée de certaines règles de procédure.

Par une première décision du 31 mai 2000 (*Société Koramic Building products SA, société Wienderberger Baustoffindustrie AG*), la Section du contentieux s'est prononcée sur la procédure préalable à la mise en œuvre de l'article 42 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui confère au ministre de l'économie et des finances le pouvoir, après avis du Conseil de la concur-



rence, de subordonner la **réalisation d'une opération de concentration** à l'observation de certaines prescriptions. La question soulevée était celle de l'interprétation de diverses dispositions réglementaires relatives à l'information des parties au cours de l'instruction du dossier. La Section a jugé que la communication du rapport du rapporteur devant le Conseil de la concurrence, de l'avis de cet organisme, ainsi que du projet d'arrêté du ministre, devait être faite à l'égard de toutes les entreprises parties à l'opération, à savoir non seulement les entreprises acheteuses mais aussi l'entreprise cédante.

Saisie d'une décision rejetant comme irrecevable la notification d'un projet de concentration, la Section du Contentieux a précisé, par une décision du 31 mai 2000 (*Société Cora et Société Casino-Guichard Perrachon*), l'interprétation des dispositions de l'article 40 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, selon lesquelles tout projet de concentration ou toute concentration ne remontant pas à plus de trois mois peut être soumis par une entreprise concernée au ministre chargé de l'économie, en vue de recueillir son acceptation. Saisie de la légalité d'une décision du ministre rejetant une telle notification comme irrecevable au motif qu'elle n'aurait pas eu trait à une opération de concentration au sens de l'article 39 de l'ordonnance, elle a précisé, sur le plan de la procédure, qu'en égard tant aux conséquences qui s'attachent à une telle décision qu'aux motifs retenus pour justifier l'irrecevabilité, le ministre ne pouvait prendre sa décision sans qu'en application du principe général des droits de la défense, **les sociétés concernées aient été mises au préalable en mesure de présenter leurs observations**. Sur le fond, la Section a pris parti sur la notion de concentration en précisant qu'une filiale commune à plusieurs entreprises ne peut être regardée comme une concentration que si elle assure réellement, dans son fonctionnement quotidien et de manière durable, toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

A également été examinée la légalité du refus opposé le 24 novembre 1999 par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie au nouveau projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs pour la France des boissons « Orangina », détenus par la société Pernod-Ricard. Statuant par une décision du 6 octobre 2000 (*Société Pernod-Ricard*), la Section du Contentieux, exerçant un contrôle de proportionnalité sur le caractère excessif de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie, a jugé légale la décision de refus qui lui était déférée. Elle a notamment considéré que, pour apprécier les effets de l'opération projetée sur la situation concurrentielle du marché français, le ministre avait pu légalement pu tenir compte des liens capitalistiques et accords noués dans des pays voisins par la société Coca-Cola.

En réponse à des questions adressées au Conseil d'État par le tribunal administratif de Bayonne, la Section du Contentieux a été amenée à dire, par un avis du 22 novembre 2000 (*Société L&P Publicité SARL*), dans quelle mesure **les autorités administratives doivent tenir compte des règles de concurrence dans l'exercice de leurs missions de police**. Dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de



protéger ou de garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de prendre en compte également, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence. Il en va ainsi, notamment, pour la réglementation de l'activité économique de l'affichage, sur laquelle portait plus particulièrement la demande d'avis soumise à la Section. Était en cause la question de savoir si la limitation du nombre des emplacements d'affichage peut avoir pour effet de créer une position dominante sur un marché pertinent. Il n'y a incompatibilité avec les règles de concurrence que si la réglementation conduit nécessairement à ce que cette position dominante soit exploitée de manière abusive et il appartient au maire, autorité compétente en la matière, de veiller à ce que les mesures qu'il édicte ne portent aux règles de concurrence que les atteintes justifiées au regard des objectifs de la réglementation de l'affichage.

La Section du contentieux a été aussi amenée à préciser, **en matière économique et financière, la portée du principe de personnalité des peines**. Était contestée, dans le litige qu'elle a tranché par une décision du 22 novembre 2000 (*Crédit agricole Indosuez Chevreux*), la légalité de la décision prise par le Conseil des marchés financiers d'infliger un blâme et une sanction pécuniaire, à l'encontre non de la société auteur du manquement, mais de la société qui, après la commission des faits, avait absorbé cette dernière. S'agissant du blâme, la Section a donné son plein effet au principe de la personnalité des peines, en jugeant qu'une telle sanction ne pouvait être infligée à la société absorbante à raison de manquements commis par la société absorbée. Elle a en revanche considéré, s'agissant de la sanction pécuniaire, suivant en cela un raisonnement analogue à celui des juges judiciaire et communautaire en matière de droit de la concurrence, qu'eu égard tant à la mission de régulation des marchés dont est investi le Conseil des marchés financiers, qu'au fait qu'il y avait eu en l'espèce, absorption intégrale de l'auteur du manquement, sans liquidation, ni scission, ce principe ne faisait pas obstacle à ce que le Conseil des marchés financiers prononçât une telle sanction à l'encontre de la société absorbante.

Droit international

Une décision du 21 avril 2000 (*Zaidi*) a indiqué que, dans le cas de **concours de plusieurs engagements internationaux**, il y a lieu d'en définir les modalités d'application respectives conformément à leurs stipulations et en fonction des principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales. En application de cette méthode, il a été jugé qu'étaient compatibles entre eux l'article 9 de l'accord franco-algérien qui impose que les ressortissants algériens venant en France pour un séjour inférieur à trois mois soient titulaires d'un visa délivré par les autorités françaises et l'article 19 de la convention de Schengen qui énonce que les étrangers qui sont titulaires soit d'un visa uniforme, institué par la même convention, soit d'un visa délivré par une des Parties contractantes et qui sont entrés régulièrement sur le territoire de l'une d'elles peuvent circuler librement sur le territoire de l'ensemble des Parties contractantes pendant la durée de validité du visa. Le Conseil d'État en a déduit qu'un ressortissant algérien muni d'un des deux visas visés par l'article 19 de la convention de Schengen devait être



regardé comme respectant l'obligation posée par l'article 9 de l'accord franco-algérien.

Dans le même souci de combiner les conventions internationales entre elles, le Conseil d'État a jugé qu'était opérant à l'encontre d'un refus de visa d'entrée en France fondé sur l'inscription du demandeur au fichier du « Système d'Information Schengen », en application de l'article 5 de la convention de Schengen, le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*Mme Cucicea-Lamblot* du 25 octobre 2000).

De nombreux litiges ont été l'occasion pour le Conseil d'État de préciser l'étendue des obligations que les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des citoyens font peser sur l'administration et les juridictions nationales. Certaines décisions sont commentées sous d'autres rubriques, notamment la rubrique Procédure.

Montrant le souci qui est le sien d'un dialogue avec la Cour de Strasbourg dans l'application de la convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État a jugé que **l'obligation faite**, en vertu de la loi du 10 juillet 1964, **aux propriétaires d'apporter leurs terrains à l'association communale de chasse agréée** dès lors que la superficie de ces terrains est inférieure à certains seuils, **méconnaît les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention qui garantit le droit au respect des biens** (*Mme Vignon* du 27 octobre 2000). La Cour européenne des droits de l'homme avait, pour sa part, considéré que la loi Verdeille était incompatible avec ces stipulations dans un arrêt *Chassagnou et autres c/France* du 29 avril 1999.

Examinant, par la voie de l'exception, la **compatibilité d'une loi de validation avec les stipulations de l'article 6 § 1 de la convention européenne**, le Conseil d'État a écarté la loi sur le fondement de laquelle avait été pris le décret attaqué devant lui, au motif que l'intérêt financier auquel elle entendait répondre ne constituait pas un intérêt général suffisant pour justifier une validation (*M. Tête et Association du collectif pour la gratuité contre le racket* du 28 juillet 2000). Il faut noter qu'en faisant ainsi une première application positive de la jurisprudence d'Assemblée du 5 décembre 1997 (*Mme Lambert*), le Conseil d'État a privilégié les critères dégagés par le Conseil constitutionnel dans son contrôle de constitutionnalité des lois de validation (voir notamment la décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999) sur ceux de la Cour de Strasbourg.

La question de la compatibilité avec les stipulations de la convention européenne des droits de l'homme s'est également posée à propos des **lois de ratification des ordonnances** de l'article 38 de la Constitution. La loi de ratification a en effet pour conséquence de conférer rétroactivement valeur législative aux ordonnances, qui ne peuvent alors plus être contestées devant le juge administratif. Si un recours pour excès de pouvoir est pendant à la date de la ratification, il est de jurisprudence constante que le juge prononce un non-lieu à statuer. Par une décision du 8 décembre 2000 (*Hoffer et autres*), le Conseil d'État a confirmé cette solution, en réservant toutefois le cas dans lequel la loi de ratification s'avérerait incompatible, dans un domaine entrant



dans le champ d'application de l'article 6 de la convention, avec les stipulations de cet article, au motif qu'en raison des circonstances de son adoption, cette loi aurait eu essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable. Le Conseil a par ailleurs écarté un moyen tiré de l'incompatibilité avec les stipulations de l'article 13 de la convention, relatif au droit au recours, dans la mesure où ces dispositions n'exigent ni n'impliquent que les États parties instaurent un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois.

Élections

Un financement public des partis politiques a été institué par la loi du 11 mars 1988. L'aide de l'État est attribuée aux partis en fonction du nombre de suffrages obtenus au premier tour des élections législatives et du nombre de députés et de sénateurs déclarant se rattacher à chacun des partis. Il existe par ailleurs une législation relative au financement des campagnes électorales, issue en dernier lieu de la loi du 19 janvier 1995, en vertu de laquelle l'État prend en charge les dépenses effectives des candidats ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés au premier tour de scrutin, dans la limite de 50 % du plafond des dépenses électorales autorisées. En contrepartie de ce financement public, il est interdit aux candidats de recevoir des dons ou avantages en nature de personnes morales, à l'exception des partis politiques qui peuvent participer au financement des campagnes sous la forme de dons ou de fourniture de biens et de services, éventuellement à des prix inférieurs à ceux du marché. Le Conseil d'État a été conduit à préciser la combinaison de ces deux régimes de financement à propos d'une demande d'avis portant sur le point de savoir si un candidat pouvait obtenir le **remboursement de dépenses de campagne correspondant à des prestations assurées à titre onéreux par un parti ou un groupement politique.**

L'Assemblée du contentieux a estimé, par un avis du 30 juin 2000 (*Mme Beuret*) que ni les dispositions du Code électoral ni celles de la loi du 11 mars 1988 ne faisaient obstacle à un tel remboursement. L'Assemblée a toutefois ajouté qu'il appartenait à la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, qui est chargée d'examiner les comptes de campagne des candidats sur la base desquels les préfets fixent le montant des remboursements, de veiller à ce que le remboursement n'excède pas le montant de la contribution effective du candidat aux dépenses retracées dans son compte de campagne et de sanctionner les irrégularités éventuelles tenant à l'inexistence des prestations ou à leur surévaluation.

Dans les communes de plus de 3500 habitants, on ne peut procéder à l'élection du maire et des adjoints que si le conseil municipal est complet. À défaut, le conseil municipal doit être intégralement renouvelé. Pour éviter la manœuvre consistant, pour des conseillers municipaux, à provoquer, à l'occasion de la vacance du poste de maire, par leur démission et celle de leur suivants de liste, de nouvelles élections municipales, le législateur a prévu que « le conseil municipal est réputé complet si les seules vacances qui existent en son sein sont la conséquence : 1° de démissions données lorsque le maire a cessé ses fonctions et avant l'élection de son successeur^{1/4} » (article L.



2122-9 du code général des collectivités territoriales). Pour donner toute leur portée à ces dispositions, le Conseil d'État avait jugé en 1998 que dans le cas particulier où le poste de maire devient vacant après une annulation contentieuse par le Conseil d'État, la cessation des fonctions du maire est censée intervenir, au sens et pour l'application des dispositions précitées, à la date de lecture de la décision juridictionnelle et non à la date de sa notification. Le Conseil d'État a complété cette jurisprudence dans le cas d'une annulation de l'élection du maire par un jugement de tribunal administratif, susceptible d'être frappé d'appel. Par une décision du 6 octobre 2000 (*Élections du maire et des adjoints de Villemomble*), la Section du contentieux a jugé que, dans un tel cas, si le mandat de maire ne prend fin qu'à compter de la date à laquelle l'annulation devient définitive, il y avait lieu d'interpréter les dispositions de l'article L.2122-9 du code général des collectivités territoriales en ce sens que, pour apprécier le caractère complet du conseil municipal, il ne devait pas être tenu compte, pour l'application de ces dispositions, des **démissions de conseillers municipaux intervenues entre la date de lecture de la décision annulant l'élection du maire et la date à laquelle cette décision était devenue définitive.**

Deux décisions (29 mars 2000 et 6 octobre 2000, *Monsieur Le Pen*) ont, enfin, précisé **les conséquences sur les mandats en cours d'une peine d'inéligibilité prononcée par le juge pénal.** Le Conseil d'État a jugé qu'il résultait des dispositions des articles 131-26 et 131-27 du Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994, éclairées par les travaux parlementaires en ayant précédé l'adoption, que l'interdiction ou l'incapacité d'exercer une fonction publique prévue par l'article 131-26 en conséquence de l'inéligibilité visait toutes les fonctions publiques, y compris électives, et que l'article 131-27, qui définit le régime des peines complémentaires d'interdiction d'exercice d'une fonction publique ou d'une activité professionnelle ou sociale et dont le second alinéa précise qu'une telle interdiction n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif, n'avait eu ni pour objet, ni pour effet d'abroger les dispositions prévoyant la perte des mandats en cas d'inéligibilité. S'agissant du mandat de représentant au Parlement européen, le Conseil d'État a en outre jugé que le pouvoir de refuser la vacance d'un siège, donné au Parlement européen par l'article 8 de son règlement, ne pouvait s'exercer que dans les cas où le Parlement est appelé à constater lui-même une telle vacance et non dans ceux où il peut seulement prendre acte, en vertu de l'article 12 de l'acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct annexé à la décision du Conseil des communautés européennes du 20 septembre 1976, de la vacance d'un siège résultant de dispositions nationales en vigueur dans un État membre.

Enseignement

Le principe de laïcité de l'enseignement public a donné lieu à d'intéressantes décisions.

Par un avis en date du 3 mai 2000 (*Mlle Marteaux*), le Conseil d'État a d'abord indiqué que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble



des agents des services publics. Il a ensuite précisé que, s'agissant des **agents du service de l'enseignement public**, découle du principe de laïcité **l'interdiction de manifester ses croyances religieuses** sans qu'il faille distinguer selon la nature des fonctions exercées. La conciliation des principes conduit ainsi à reconnaître aux agents la liberté de croyance mais non le droit d'exprimer et de manifester leur foi, dans le cadre du service. Les agents et les élèves sont donc placés dans une situation radicalement différente du point de vue des implications du principe de laïcité. Aux premiers incombe la tâche d'assurer la neutralité du service ; aux seconds en revient le bénéfice afin d'assurer le respect de leur liberté de conscience (voir sur ce point l'avis d'assemblée générale du 27 novembre 1989 et la décision *Mme Kherouaa* du 2 novembre 1992). Il en découle que le port, par un agent, d'un signe d'appartenance religieuse constitue un manquement à ses obligations.

Toujours à propos du **principe de laïcité** de l'enseignement public, il a été jugé que ce principe ne faisait pas obstacle à ce que, notamment dans un but de santé publique, **une information sur la contraception** soit apportée aux élèves des lycées et aux collégiens de classe de troisième (*Association Promouvoir et autres* du 6 octobre 2000). De même, le Conseil d'État a estimé que l'organisation de séquences d'éducation à la sexualité, dans un but global d'éducation à la santé et de prévention contre les maladies sexuellement transmissibles, n'avait ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux convictions religieuses et philosophiques tant des élèves que de leurs parents ou des enseignants (*Association Promouvoir et autres* du 18 octobre 2000).

Par une décision du 20 mars 2000 (*Alain et François Hanse*), le Conseil d'État a jugé que le ministre de l'éducation nationale était compétent, dans le cadre de ses pouvoirs de chef de service, pour indiquer au personnel de son ministère les modalités pratiques les mieux adaptées à la transmission au procureur de la République, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale, des faits dont les intéressés auraient eu connaissance.

Par une décision du 22 mars 2000 (*M. Ménard*), le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser la portée du **principe de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur**, principe fondamental reconnu par les lois de la République : ce principe impose notamment, sous la seule réserve des prérogatives inhérentes à l'autorité investie du pouvoir de nomination, que, dans le cadre du déroulement de leur carrière, l'appréciation portée sur la qualité scientifique des travaux de ces enseignants ne puisse émaner que d'organismes où les intéressés disposent d'une représentation propre et authentique impliquant qu'ils ne puissent être jugés que par leurs pairs.

Étrangers

Le contentieux de la reconduite à la frontière est un des contentieux de masse auxquels est confrontée la juridiction administrative.

Par une décision du 28 juillet 2000 (*Préfet de police c/M. Diagola*), la Section du contentieux a précisé les compétences respectives du préfet au titre de la police des étrangers et du juge pénal en indiquant les **conséquences de l'existence d'une interdiction du territoire français prononcée par le juge**



pénal sur le jugement du recours formé contre un arrêté de reconduite à la frontière. La Section a distingué selon que la reconduite est une simple mesure d'exécution de l'interdiction judiciaire – l'administration a alors compétence liée- ou qu'elle est prononcée sur le fondement des dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Dans cette dernière hypothèse, le préfet n'est pas en situation de compétence liée ; l'arrêté de reconduite qu'il peut décider de prendre ne constitue pas une mesure superfétatoire, dès lors qu'il est susceptible d'être exécuté à un moment où l'étranger ne sera plus sous le coup de la condamnation pénale. L'existence d'une interdiction du territoire n'est toutefois pas sans effet : le juge administratif est lié par l'autorité absolue de la chose jugée au pénal s'attachant au dispositif du jugement et aux constatations de fait qui en sont le soutien nécessaire. Ainsi, en cas d'annulation, le juge administratif doit s'abstenir de prescrire toute mesure d'exécution de son jugement qui serait en contradiction avec l'interdiction judiciaire du territoire.

La loi du 11 mai 1998, qui a modifié l'ordonnance du 2 novembre 1945, a assoupli les conditions de délivrance de plein droit de la carte de séjour temporaire prévue à l'article 12 bis sans modifier corrélativement l'article 25 qui énumère les étrangers qui sont protégés contre les mesures d'éloignement. Tirant les conséquences de cette malfaçon législative, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 23 juin 2000 (*Diaby*), que **lorsque la loi prescrit qu'un étranger doit se voir attribuer de plein droit un titre de séjour, cette circonstance fait obstacle à ce qu'il puisse légalement faire l'objet d'une mesure de reconduite.**

En ce qui concerne le contrôle du droit au respect de la vie privée et familiale, le Conseil d'État tient désormais compte de **l'existence de relations homosexuelles au titre du respect de la vie privée.** Peuvent être utilement invoqués, à ce titre, l'ancienneté et la stabilité d'une relation de couple homosexuelle ainsi d'ailleurs que le degré d'intégration dans la société française (*Préfet des Alpes-Maritimes c/ M. M.* du 28 avril 2000 ; *Préfet de police c/ M. D. O.* du 28 juillet 2000).

En matière d'**extradition**, le Conseil d'État a dégagé un **nouveau principe général du droit** : l'extradition d'un étranger peut être refusée si elle est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée notamment en raison de son âge et de son état de santé (*Kozirev* du 13 octobre 2000). Se rapprochant de la jurisprudence dégagée à propos des extraditions demandées par des États pratiquant la peine de mort (Section *Fidan* du 27 février 1987), le Conseil d'État admet toutefois que le gouvernement puisse légalement extraditer un étranger à la condition d'avoir préalablement obtenu des garanties de la part des autorités de l'État réclamant de nature à éviter que l'extradition ait de telles conséquences.

Fonction publique

Le Conseil d'État a été amené à définir les conditions dans lesquelles les décisions des juridictions disciplinaires qui sont susceptibles de porter au droit d'un agent public d'exercer ses fonctions entrent dans le champ de l'article 6



§ 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par une décision du 23 février 2000 (*L'Hermitte*), le Conseil d'État a adopté le raisonnement dégagé sur ce point par la Cour de Strasbourg (dans une décision du 8 décembre 1999 *Pellegrin*). **Sont exclus par principe du champ de l'article 6 § 1 les agents dont les attributions comportent une participation à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou des autres personnes publiques.**

Par une décision du 27 octobre 2000 (*Syndicat national des enseignements du second degré*), l'Assemblée du contentieux a précisé le **champ des mesures statutaires**. Saisie d'un recours contre un décret prévoyant que certaines sanctions disciplinaires seront prononcées par le ministre de l'éducation nationale après consultation non plus de la commission administrative paritaire nationale, mais de la commission administrative paritaire académique, siégeant en conseil de discipline, du corps auquel appartient l'agent concerné, l'Assemblée du Contentieux a jugé que ces dispositions, bien qu'elles intéressent la procédure disciplinaire, présentent le caractère de mesures de déconcentration et ne revêtent aucun caractère statutaire.

Le Conseil d'État a apporté une nouvelle illustration à la jurisprudence selon laquelle les dispositions du code du travail ne s'appliquent aux agents publics que si un texte le prévoit ou, à défaut, si ces dispositions expriment des principes généraux du droit du travail et sous réserve, dans chaque cas, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les nécessités du service public (voir notamment Assemblée *M. Damiens et autres* du 7 juillet 1995). Par une décision du 27 mars 2000 (*Mme Brodbeck*), le Conseil d'État a estimé que les dispositions du statut des personnels du comptoir de l'économat de l'armée des forces françaises en Allemagne étaient illégales en tant qu'elles prévoyaient la possibilité de licencier des salariés en considération de leur situation de famille. Le Conseil d'État a en effet considéré que l'article L. 123-1 du Code du travail, qui interdit toute prise en considération de la situation de famille, énonçait un **principe général du droit applicable aux établissements publics dont le personnel privé est doté d'un statut réglementaire** dans la mesure où il n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée à l'établissement.

Marchés et contrats

En plein contentieux de la responsabilité, la responsabilité quasi-délictuelle, la responsabilité quasi-contractuelle et la responsabilité contractuelle relèvent de causes juridiques distinctes. C'est pourquoi, si elles se sont placées en première instance sur le seul terrain de la responsabilité contractuelle, les parties ne sont normalement pas recevables à invoquer, pour la première fois en appel, des moyens relevant des deux autres régimes de responsabilité. Sans remettre en cause cette jurisprudence, la Section du contentieux a jugé, par une décision du 20 octobre 2000 (*Société Citécable-Est*), que dans le cas particulier où le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle est conduit à constater, éventuellement d'office, la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en



invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés, soit de l'enrichissement sans cause que l'application du contrat frappé de nullité a apporté à l'un d'eux soit de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul. Cette possibilité est ouverte bien que ces moyens ne soient pas d'ordre public et reposent sur des causes juridiques nouvelles.

Le Conseil d'État a tranché un certain nombre de questions relatives aux facultés ouvertes aux personnes publiques en matière de marchés et contrats. Par un avis en date du 8 novembre 2000 (*Société Jean-Louis Bernard Consultants*), le Conseil d'État a ainsi indiqué **qu'un établissement public administratif peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public**. À l'appui de la solution retenue, le Conseil d'État a précisé que le statut fiscal et social d'un établissement public administratif ne le met pas, par lui-même, en situation de fausser la concurrence avec les entreprises privées lorsqu'il se porte candidat à un marché public.

Mais le Conseil d'État a subordonné cette possibilité à diverses conditions. Il a en effet défini une sorte de mode d'emploi, à l'attention des établissements publics administratifs, afin que l'égal accès aux marchés publics de tous soit assuré dans le respect de la liberté de la concurrence entre candidats. Ainsi, il est interdit à un établissement public administratif d'utiliser les avantages structurels dont il pourrait être doté à raison de ses missions de service public pour fausser la concurrence. D'une part, le prix proposé par l'établissement public administratif doit être déterminé « en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ». D'autre part, l'établissement public ne peut pas « bénéficier, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ». Le Conseil d'État a enfin pris le soin de préciser que l'établissement devra pouvoir justifier du prix proposé, si nécessaire, « par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

Police

Saisie de la décision du ministre de la culture et de la communication d'accorder au film « Baise-moi » un visa d'exploitation assorti d'une interdiction de diffusion aux mineurs de moins de seize ans, la Section du contentieux a été amenée à préciser, par une décision du 30 juin 2000 (*Association Promouvoir et autres*), quels étaient les **critères permettant, aujourd'hui, de qualifier un film de pornographique ou de violent**.

La Section a relevé que le film « Baise moi » était composé pour l'essentiel d'une succession de scènes de grande violence et de scènes de sexe non simulées, sans que les autres séquences traduisent l'intention, affichée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société. Elle en a déduit que ce film constituait un message pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs, qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal aux termes desquelles constitue un délit, le fait soit de fabriquer, de transporter ou de diffuser un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter grave-



ment atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, lorsqu'il est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. La Section a jugé que, dès lors que les dispositions de l'article 3 du décret du 23 février 1990 ne prévoient pas qu'une œuvre cinématographique puisse être interdite de représentation aux mineurs de moins de dix-huit ans autrement que par son inscription sur la liste des films pornographiques ou d'incitation à la violence, le film relevait de l'inscription sur cette liste. Elle a donc annulé la décision du ministre accordant le visa d'exploitation. À partir des mêmes critères et compte tenu du caractère simulé des scènes, la solution inverse a été retenue à propos du film « Fantômes » (*Association Promouvoir* du 4 octobre 2000).

En matière de **police des aliénés**, le Conseil d'État a été conduit à apprécier les conséquences d'un manquement de l'autorité administrative à son obligation d'informer l'intéressé de la décision de le placer d'office dans un centre hospitalier spécialisé. La Section du contentieux a jugé, par une décision du 28 juillet 2000 (*M. E. A.*) que si un tel manquement ouvrait à l'intéressé la possibilité de demander réparation au juge judiciaire du préjudice en résultant, il n'avait pas d'incidence sur la légalité de l'arrêté de placement. Elle a en outre jugé que le préfet du département dans lequel est hospitalisé un malade interné d'office était compétent pour décider seul du transfert de ce malade vers un autre établissement, même si ce dernier est situé dans un autre département. Enfin, la Section a estimé que la décision de maintien en établissement ou de sortie des personnes internées, prise par le préfet au vu de l'état semestriel que sont tenus de lui adresser les responsables des établissements concernés, pouvait prendre la forme d'un arrêté collectif.

Le Conseil d'État a été amené à préciser certaines **règles de procédure relatives au permis de conduire**. Par un avis en date du 28 juillet 2000 (*M. Boullay*), le Conseil d'État a admis qu'à l'occasion de la contestation par un conducteur de la décision du préfet lui enjoignant de restituer son permis de conduire, le requérant puisse invoquer l'illégalité de chacune des décisions administratives antérieures de retrait de points à la condition toutefois que ces décisions, qui, dans tous les cas, peuvent faire l'objet d'un recours direct, ne soient pas devenues définitives. D'autre part, le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles les conducteurs qui ont commis des infractions doivent être informés par l'administration du risque de retrait de points qui pèse sur eux. Le conducteur doit être informé, par la remise d'un document, de ce que, en vertu de la loi, le paiement immédiat de l'amende forfaitaire vaut reconnaissance de l'infraction. C'est à l'administration de prouver qu'elle a rempli l'obligation d'information et non au conducteur d'établir qu'il n'a pas été informé. Si le juge administratif annule une demande préfectorale de restitution du permis de conduire au motif que l'une ou plusieurs des décisions antérieures de retrait de points n'a pas été précédée de l'information mentionnée ci-dessus, l'administration doit rendre le titre de conduite à l'intéressé ainsi que les points illégalement retirés.



Procédure

Cette année encore, le Conseil d'État a tranché un certain nombre de questions de procédure.

Par une décision du 5 janvier 2000 (*Commune de Macot-la-Plagne*), la Section du contentieux a précisé les **conditions dans lesquelles un recours administratif préalable peut valablement conserver le délai de recours contentieux**. Elle a jugé, d'une part, que le recours administratif devait être introduit dans le délai de deux mois, y compris dans l'hypothèse où le demandeur réside à l'étranger. En effet, les délais de distance mentionnés à l'article 643 du nouveau code de procédure civile (rendu applicable aux demandes portées devant les tribunaux administratifs par l'article R. 105 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ne concernent que les recours devant les juridictions et non les recours gracieux et hiérarchiques.

Elle a, d'autre part, jugé qu'un recours administratif n'interrompt le cours du délai contentieux qu'à la condition d'avoir été rédigé en français. Le Conseil d'État a par ailleurs jugé que les requêtes contentieuses présentées en langue étrangère étaient irrecevables mais que cette irrecevabilité ne pouvait être opposée qu'après une invitation faite au requérant de régulariser sa requête (*Société Max-Planck-Gesellschaft* du 18 octobre 2000).

Par une décision en date du 5 juillet 2000 (*Mme Rochard*), la Section du contentieux a tranché plusieurs questions touchant la régularité de la **composition des juridictions**.

La Section, qui était saisie d'un pourvoi dirigé contre une décision du conseil national de l'Ordre des pharmaciens statuant après une première cassation et renvoi de l'affaire devant lui, a défini les implications du principe d'impartialité à l'égard des juridictions ordinaires. Elle a ainsi estimé que la circonstance que la formation de jugement comprenne plusieurs membres qui avaient déjà siégé lors du premier examen de l'affaire n'était contraire ni à l'exigence d'impartialité objective des juridictions posée par l'article 6 §1 de la convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales ni aux dispositions de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 qui prévoit le renvoi, après cassation soit à la même juridiction statuant dans une autre formation soit à une autre juridiction de même nature. Le raisonnement adopté par la Section se fonde sur la nature de la juridiction ordinaire qui est la seule compétente au plan national pour connaître en appel des affaires disciplinaires concernant les pharmaciens. Si les juridictions ordinaires constituent une exception à la règle posée par l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987, il en va différemment pour les cours administratives d'appel pour lesquelles le Conseil d'État procède à une application très stricte de cette règle. Ainsi, il a été jugé qu'un arrêt rendu, après cassation et renvoi devant la même juridiction, par une cour administrative d'appel statuant dans une formation comprenant un magistrat qui avait déjà siégé lors de la séance au cours de laquelle avait été délibéré l'arrêt annulé en cassation méconnaît les dispositions de la loi du 31 décembre 1987 (*SARL Maurel et fils* du 27 mars 2000).



Le deuxième point tranché par la décision *Mme Rochard* ne concerne pas spécifiquement les juridictions disciplinaires. La Section a en effet précisé la **frontière entre le régime de la récusation et celui de la régularité de la composition des juridictions**. Relèvent de la récusation les questions individuelles qui touchent à l'impartialité « subjective » d'un juge, c'est-à-dire qui renvoient à son comportement personnel. Toutes les autres questions, qu'elles renvoient à une impartialité collective ou à une impartialité individuelle, touchent à la régularité de la composition de la formation de jugement. Seules ces questions revêtent un caractère d'ordre public.

C'est pourquoi, la Section a jugé qu'était irrecevable en cassation le moyen relatif à la désignation du rapporteur dès lors que la requérante avait eu en temps utile la possibilité de demander la récusation de ce dernier avant la séance au cours de laquelle l'affaire a été appelée à l'audience et qu'elle n'avait pas présenté une telle demande.

Cette année, l'Assemblée du contentieux a précisé en l'occurrence de préciser la portée de la notion « d'impartialité objective » tant au regard du droit interne que de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le Conseil d'État était saisi d'un pourvoi dirigé contre un **arrêt de la Cour des comptes statuant en matière de gestion de fait**. Les requérants soutenaient que la procédure avait été irrégulière, la Cour ayant, avant le terme de la procédure contradictoire devant elle, mentionné l'affaire litigieuse dans son **rapport public** en se prononçant sans ambiguïté sur l'irrégularité des faits en cause. Par une décision du 23 février 2000 (*Société Labor Métal et autres*), l'Assemblée du contentieux a annulé l'arrêt attaqué en se fondant sur un double terrain. Elle a en effet considéré qu'eu égard à la nature des pouvoirs du juge des comptes en matière de gestion de fait et aux conséquences de ses décisions pour les intéressés, tant le principe d'**impartialité** que celui du **respect des droits de la défense** faisaient obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes alors que celle-ci avait précédemment évoqué cette affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits. L'impartialité individuelle des juges n'était pas en cause. C'est la Cour des comptes en tant qu'institution qui ne pouvait être regardée comme impartiale, ayant d'une certaine manière « préjugé » l'affaire dans son rapport public.

Par une décision du 20 octobre 2000 (*Société Habib Bank Limited*), la Section du contentieux a précisé les **modalités dans lesquelles les organismes investis d'un pouvoir de sanction peuvent s'autosaisir dans le respect du principe d'impartialité**.

À la question de principe ainsi posée à l'occasion d'un pourvoi en cassation dirigé contre une sanction disciplinaire prononcée par la Commission bancaire, la Section a apporté une réponse en deux temps qui vaut non seulement pour les juridictions proprement dites mais également pour les organismes administratifs 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 de sauvegarde des droits de l'homme, depuis la décision du 3 décembre 1999 *Didier*. La Section du contentieux a



d'abord affirmé que la possibilité conférée à de tels organes 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. Elle a ensuite rappelé l'exigence d'impartialité et ajouté que celle-ci devait, selon la jurisprudence et la formulation de la cour européenne des droits de l'homme, s'apprécier « objectivement » : il s'agit de s'assurer non seulement que l'organisme en cause est effectivement impartial, mais encore qu'il apparaît comme offrant des garanties telles que tout doute légitime sur son impartialité peut être regardé comme exclu.

Dans une formulation de principe, la Section du contentieux a déduit de cette exigence que « si l'acte par lequel un tribunal, statuant en matière disciplinaire, décide de se saisir de certains faits, doit, – afin que la ou les personnes mises en cause puissent utilement présenter leurs observations – faire apparaître avec précision ces faits ainsi, que, le cas échéant, la qualification qu'ils pourraient éventuellement recevoir au regard des lois et règlements que ce tribunal est chargé d'appliquer, la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à prendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu ». Autrement dit, un tel tribunal peut s'autosaisir, si du moins les textes s'appliquant à lui le prévoient, mais il doit le faire d'une façon et en des termes qui ne puissent pas être interprétés comme une anticipation de l'issue de l'affaire.

Au cas d'espèce, la Section a estimé, eu égard aux termes de la lettre de notification des griefs adressée à la société requérante, que la Commission bancaire avait méconnu la règle d'impartialité en tenant, avant le jugement de l'affaire, pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives et réglementaires. Elle a donc annulé la sanction attaquée comme rendue dans des conditions irrégulières.

Par une décision du 27 octobre 2000 (*B.F.G. Bank Luxembourg*), l'Assemblée du contentieux a jugé que, sauf stipulations contraires, le juge administratif français peut statuer sur un **recours en appréciation de légalité dont il est saisi à l'initiative d'une juridiction étrangère**. L'Assemblée a considéré qu'il s'agissait d'une faculté pour le juge administratif français et non d'une obligation, comme c'est le cas lorsque la question préjudicielle émane d'une juridiction française.

Par une décision du 29 mars 2000 (*GIE Groupe Victoire*), la Section du contentieux a élargi la **notion de recours en rectification d'erreur matérielle**. Revenant sur une jurisprudence constante depuis la décision *Morin* du 25 janvier 1946, la Section a admis la recevabilité d'un recours en rectification d'erreur matérielle fondé sur **l'absence de réponse à un moyen**. Lorsque l'existence d'un moyen autonome ressort, sans qu'il y ait lieu de procéder à cet égard à une appréciation d'ordre juridique, des mémoires produits devant le Conseil d'État, le fait pour celui-ci d'omettre d'y répondre constitue une erreur matérielle au sens des dispositions de l'article 78 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.



L'article 39 du décret du 19 décembre 1991 pris pour l'application de la loi du 10 juillet 1991 prévoit qu'une **demande d'aide juridictionnelle** formée dans le délai de recours contentieux en vue de se pourvoir devant le Conseil d'État a pour effet d'interrompre ce délai. En vertu de l'article 23 de cette même loi, l'intéressé qui s'est vu refuser l'aide juridictionnelle peut, selon le motif de la décision, soit former un recours devant le président de la Section du contentieux, soit demander une nouvelle délibération au bureau d'aide juridictionnelle. Ce recours n'a toutefois pas pour effet d'interrompre à nouveau le délai de recours contentieux (Section, 8 novembre 1996, *Villechenoux*). Le Conseil d'État a cependant jugé, par une décision du 28 juillet 2000 (*M.E.A.*), que la forclusion résultant de cette absence d'interruption du délai de recours contentieux ne peut être opposée au requérant que s'il a, au préalable, été informé du caractère non suspensif du recours contre la décision du bureau d'aide juridictionnelle.

Par une décision en date du 20 décembre 2000 (*M. Ouatah*), la Section du contentieux a abandonné la jurisprudence *Amoros* (Assemblée 23 janvier 1970, p. 51) selon laquelle le juge administratif ne peut en principe ordonner le sursis à exécution d'une décision administrative que si elle est exécutoire et n'a, dès lors, pas le **pouvoir d'ordonner le sursis d'une décision de rejet**. Ce faisant, elle a anticipé l'entrée en vigueur du Code de justice administrative dont l'article L. 521-1 introduit un « référé-suspension » sur le fondement duquel le juge des référés peut désormais ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative, même de rejet. Par cette décision, la Section a précisé, dans la perspective de l'application du code de justice administrative, les modalités de mise en œuvre et la portée du sursis d'une décision de rejet. Saisi de conclusions en ce sens, le juge administratif peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision de rejet d'une demande si, d'une part, cette exécution est de nature à causer un préjudice difficilement réparable et si, d'autre part, l'un au moins des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, de nature à justifier que le juge saisi du principal, non seulement annule cette décision mais aussi adresse à l'autorité administrative qui l'a prise l'une des injonctions prévues par les dispositions de la loi du 8 février 1995. Sont ainsi combinées les conditions classiques du sursis à exécution et celles qui gouvernent le prononcé d'une injonction. La Section a ensuite indiqué quelle était la portée concrète du sursis dans une telle hypothèse. Si les conditions définies ci-dessus sont remplies, il appartient au juge d'assortir le prononcé du sursis de l'indication des obligations qui en découleront pour l'administration et qui pourront consister à réexaminer la demande dans un délai déterminé ou, le cas échéant, à prendre toute mesure conservatoire utile prescrite par le juge compte tenu de l'objet du litige, du moyen retenu et de l'urgence.

Le juge administratif a l'obligation d'inviter le requérant à régulariser son pourvoi avant d'opposer d'office une irrecevabilité susceptible d'être couverte en cours d'instance. Par une décision du 29 décembre 2000 (*Caisse primaire d'assurance maladie de Grenoble et autres*), dans laquelle était en cause le défaut de qualité du directeur de la caisse pour signer la plainte, la Section du contentieux a confirmé l'application de cette règle au contentieux ordinal. Elle a ensuite précisé quels étaient les pouvoirs et les devoirs du juge d'appel dans l'hypothèse d'une demande accueillie par les juges de première



instance alors qu'elle était irrecevable. S'il appartient au juge d'appel de relever d'office cette irrecevabilité, il ne peut, sans méconnaître l'étendue de ses pouvoirs, annuler pour ce motif la décision du juge de premier ressort et rejeter la demande dont celui-ci avait été saisi sans inviter au préalable l'auteur de la demande à la régulariser, alors même que l'irrégularité de la procédure de première instance résultant de l'absence d'invitation à régulariser la demande n'aurait pas été invoquée en appel.

Professions

Le Conseil d'État, à l'occasion d'un contentieux concernant l'organisation de la profession et le statut professionnel des commissaires aux comptes, a précisé la **nature et le régime des cotisations dues à un organisme professionnel**. Il a jugé, par une décision du 23 février 2000 (*Guez*) que ces cotisations ne constituaient pas des impositions de toutes natures dont les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement doivent être fixées par la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution. Elles n'ont pas davantage la nature de contributions destinées à rémunérer un service rendu ni celle de taxes parafiscales. Ce sont des cotisations d'une nature particulière, qui ne peuvent être imposées aux personnes concernées par une décision du pouvoir réglementaire mais relèvent de la loi.

Responsabilité

Par deux décisions, la Section du contentieux du Conseil d'État a précisé **l'étendue de l'obligation d'information du patient préalablement à l'accomplissement d'un acte médical**. Revenant sur sa jurisprudence traditionnelle qui dispensait les médecins d'informer leurs patients des risques exceptionnels, la Section a estimé, par une décision du 5 janvier 2000 (*Assistance publique-Hôpitaux de Paris et Consorts Telle*) que l'obligation d'information incluait l'ensemble des risques connus de décès ou d'invalidité, même si ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement, tout en précisant qu'il revenait à l'hôpital d'apporter la preuve de cette information. Seule l'urgence, l'impossibilité ou le refus du patient d'être informé sont de nature à exonérer le médecin de son obligation. La Section en a déduit, en cas de réalisation du risque, que le manquement du praticien à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'intervention proposée avait privé l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au dommage subi. Dans une telle situation, c'est cette perte de chance, et non les atteintes corporelles résultant de l'opération, qui constitue le préjudice. L'indemnisation ne porte donc pas sur l'intégralité du dommage subi, mais seulement sur une fraction représentant la perte de chance d'échapper au risque, qui est déterminée en fonction de la probabilité que le patient aurait eu de refuser l'intervention s'il avait été informé du risque encouru.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, jugé que, postérieurement au décès de la victime d'un dommage engageant la responsabilité de l'administration, **ses ayants droit pouvaient obtenir réparation du préjudice subi par cette**



victime, même si celle-ci n'avait engagé aucune action en responsabilité de son vivant. Par une décision du 29 mars 2000 (*Assistance publique-Hôpitaux de Paris*), la Section du Contentieux a estimé que le droit à réparation d'un dommage, quelle que soit sa nature, s'ouvrait à la date à laquelle se produisait le fait qui en est directement la cause et que si la victime du dommage décédait avant d'avoir elle-même introduit une action en réparation, son droit, entré dans son patrimoine avant son décès, était transmis à ses héritiers.

Toujours en matière de responsabilité hospitalière, le Conseil d'État a précisé, par une décision du 16 juin 2000 (*Hospices civils de Lyon*), que, dans le cas d'un groupe hospitalier comportant plusieurs établissements, les conditions de prise en charge du patient devaient, pour déterminer l'existence d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service de nature à engager leur responsabilité, être appréciées au niveau de l'ensemble du groupe et non au niveau du seul établissement dans lequel le patient a été hospitalisé.

Le Conseil d'État a été conduit à préciser les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État pouvait être engagée à raison de **l'abstention d'un préfet de déférer au juge administratif un acte administratif illégal** d'une collectivité locale en application des lois de décentralisation. Dans la ligne de sa jurisprudence relative aux conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'État dans ses activités de contrôle, il a jugé, par une décision du 21 juin 2000 (*Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin*), que la responsabilité de l'État n'était susceptible d'être engagée que lorsque l'abstention du préfet était constitutive d'une faute lourde.

Le Conseil d'État juge depuis sa décision *Paillotin* du 12 janvier 1906 (Lebon p.36) qu'un agent public bénéficiant d'un régime de pension d'invalidité ne peut, à la suite d'un accident de service, exercer à l'encontre de la collectivité qui l'emploie d'autre action que celle qui tend à l'octroi de la pension. Il ne peut ainsi, par exemple, en cas de faute de l'employeur, pas exercer d'action en responsabilité en vue d'obtenir une réparation du préjudice subi supérieure à celle qui résulte du seul octroi de la pension d'invalidité. Par deux décisions du 15 décembre 2000 (*Mme Bernard et M. Castanet*), **la Section du contentieux a fait une entorse à cette règle, dite du « forfait de la pension »**, dans le cas très particulier où le fonctionnaire subit un traitement médical dans un service de la collectivité qui l'emploie. Sans remettre en cause la règle dans sa portée générale, le Conseil d'État a en effet jugé que la circonstance que les conséquences dommageables des soins dispensés, à la suite d'un accident de service, d'une part à un agent hospitalier dans l'établissement qui l'emploie, d'autre part à un militaire dans un hôpital militaire, ne sont pas détachables de cet accident en ce qu'ils ouvrent droit à la pension d'invalidité ne faisait pas obstacle à ce que l'intéressé, s'il estime que les soins ont été dispensés dans des conditions de nature à engager, selon les règles de droit commun, la responsabilité de l'administration, exerce à l'encontre de son employeur une action tendant au versement d'une indemnité complémentaire assurant la réparation intégrale de ce chef de préjudice.

Par une décision du 29 décembre 2000 (*Assurances générales de France*), la Section du contentieux a précisé les modalités de mise en œuvre du **régime**



de responsabilité de l'État du fait des dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence par des attroupements ou rassemblements, prévu par l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 devenu l'article L.2216-3 du Code général des collectivités territoriales. Elle a inclus dans le champ d'application de ce régime de responsabilité un nouveau type de comportements, désignés sous le terme de « **violences urbaines** ». Le Conseil d'État a jugé que des dommages résultant du comportement de jeunes gens qui se sont regroupés dans une cité de la banlieue parisienne à la suite du décès accidentel d'un jeune homme poursuivi par la police et qui ont procédé, après ce rassemblement, à diverses destructions et dégradations de bâtiments publics pouvaient être regardés comme étant le fait d'un attroupement ou d'un rassemblement au sens des dispositions de l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 et que, par suite, la responsabilité de l'État pouvait être mise en jeu à raison de ces dommages.

Santé publique

Une circulaire ministérielle ayant autorisé les services d'infirmier scolaire à **délivrer aux élèves un contraceptif d'urgence**, le Norlevo, l'Assemblée du contentieux a rappelé, par une décision du 30 juin 2000 (*Association « Choisir la vie »*), que la compétence du ministre pour adresser aux infirmières scolaires placées sous son autorité les instructions nécessaires à l'accomplissement de leur mission s'exerçait dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'activité médicale. L'Assemblée a jugé que la circulaire contestée avait été prise en méconnaissance des articles 3 et 4 de la loi du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances, qui réserve la délivrance exclusive des contraceptifs hormonaux aux officines de pharmacie et aux centres de planification ou d'éducation familiale, et la subordonne à une prescription médicale. Pour aboutir à cette conclusion, elle a écarté un moyen en défense du ministre tiré de ce que les dispositions en cause de la loi dite « Neuwirth » étaient devenues inapplicables en raison de leur incompatibilité alléguée avec une directive communautaire du 31 mars 1992 qui confère aux États membres un large pouvoir d'appréciation dans le choix de subordonner ou non la délivrance de certains médicaments à prescription médicale. Le gouvernement ne pouvait donc légalement écarter l'application des dispositions législatives en se fondant sur la directive.

L'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1998 a créé une **allocation de cessation anticipée d'activité, versée « aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante »** à la condition, notamment, qu'ils travaillent ou aient travaillé dans l'un des établissements ainsi définis et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail, de la sécurité sociale et du budget pendant la période où y étaient fabriqués des matériaux contenant de l'amiante. Le Conseil d'État a précisé le champ d'application de ces dispositions. Il a jugé, par une décision du 6 novembre 2000 (*SA SMLS Briens Lamoureux*), qu'elles ne s'étendaient pas au cas des établissements qui se bornaient à utiliser, sans les fabriquer, des matériaux contenant de l'amiante dans le cadre de leurs activités. Il a par suite annulé, à la demande des entreprises concernées, l'inscription sur la liste susmen-



tionnée de tels établissements. Il convient toutefois de relever que, postérieurement à la loi du 23 décembre 1998 dont le Conseil d'État a fait application dans cette espèce, le champ des entreprises liées à l'amiante a été étendu par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 du 30 décembre 1999, qui y a inclus les « établissements de flochage et de calorifugeage à l'amiante ou de construction et de réparation navale ».

Sécurité sociale

Une requête présentée par la Confédération nationale des syndicats dentaires a permis de préciser les **conditions d'utilisation de la nomenclature des actes professionnels à des fins de régulation des dépenses d'assurance maladie**. Par une décision du 29 mars 2000, (*Confédération nationale des syndicats dentaires*), la Section du contentieux a jugé que cette nomenclature devait être établie, dans l'intérêt de la santé publique et des assurés sociaux, en fonction du progrès des techniques médicales, des modalités selon lesquelles sont exécutés les actes, de l'évolution du volume d'activité et des revenus de la profession.

La Section en a déduit que les ministres compétents avaient pu, sans commettre d'erreur de droit, modifier la nomenclature en se fondant sur un motif tiré de l'évolution des dépenses d'honoraires dentaires, qui est en rapport direct avec le nombre d'actes pratiqués par la profession et donc avec le volume d'activité de cette dernière. Il a par ailleurs été jugé que ces mêmes ministres, en ajournant la revalorisation de certains actes, sans supprimer ces actes de la nomenclature, n'avaient pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences de leur décision sur les intérêts de la santé publique dont ils ont la charge. La loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 a autorisé les pharmaciens à délivrer à leurs clients, par substitution au médicament prescrit par le médecin et à condition que celui-ci n'ait pas exclu cette possibilité, une spécialité appartenant au même « groupe générique » que ce médicament. Une requête présentée par deux laboratoires pharmaceutiques a permis au Conseil d'État de préciser les conditions dans lesquelles le directeur général de l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé peut inscrire des médicament dans un « groupe générique ».

Par une décision du 31 mai 2000 (*Société Wellcome Foundation Limited et Société Laboratoire Glaxo Wellcome*), la Section du contentieux a jugé que les dispositions de l'article L. 601-6 du Code de la santé publique, qui définissent ce que sont les **médicaments génériques** d'une spécialité de référence, combinées avec celles du Code de la propriété intellectuelle, n'interdisent pas, par principe, l'inscription dans un groupe générique d'une spécialité de référence encore protégée par l'un des titres prévus aux articles L. 611-2 et L. 611-3 de ce dernier code. Toutefois, avant de procéder à l'inscription, l'autorité administrative doit s'assurer, au vu des pièces produites par les fabricants intéressés, que les droits attachés au titre de propriété intellectuelle ont été concédés en application de l'article L. 613-8 du Code de la propriété intellectuelle.

Saisi d'un recours dirigé contre les arrêtés par lesquels le ministre chargé des affaires sociales a approuvé et étendu l'accord conclu le 9 février 1994 entre



les partenaires sociaux gestionnaires du **régime de retraite complémentaire des cadres** en vue de redresser la situation financière de ce régime ainsi que l'avenant à la convention collective nationale du 14 mars 1947 conclu le 1er mars 1994, le Conseil d'État a tiré les conséquences de la réponse apportée par le juge judiciaire à une question préjudicielle. À l'appui de leur recours, les requérants contestaient la licéité des mesures adoptées par les partenaires sociaux, parmi lesquelles figurait notamment une réduction des majorations pour charges de famille. Il appartenait au juge judiciaire, seul compétent pour connaître de conventions de droit privé, de statuer sur la validité des stipulations en cause. Par un arrêt du 16 décembre 1999, la Cour de cassation a déclaré illicite la réduction de la majoration pour charge de famille en tant qu'elle s'applique aux retraites déjà liquidées à la date d'entrée en vigueur de l'accord de révision et validé les autres mesures adoptées.

Le Conseil d'État a, par suite, annulé, par une décision du 21 février 2000 (*Association de défense des cadres retraités et autres*), les arrêtés attaqués en tant qu'ils concernent les stipulations relatives à la réduction des majorations pour charges de famille et dans la mesure où ces stipulations s'appliquent aux participants dont la retraite a été liquidée avant l'entrée en vigueur de l'accord de révision. Ce contentieux a permis au Conseil d'État de préciser **la théorie des questions préjudicielles**. Il a en effet jugé qu'une contestation touchant à la licéité des stipulations d'une convention ayant fait l'objet d'une question préjudicielle ne pouvait plus utilement être portée devant le juge administratif dès lors que l'autorité judiciaire s'était prononcée.

Service public

Par plusieurs décisions, le Conseil d'État a précisé les **frontières de la notion de service public**.

Il a, en premier lieu, jugé que les **opérations de dépannage, de remorquage et d'évacuation des véhicules sur un réseau d'autoroutes** constituaient une mission de service public (22 mars 2000, *Epx Lasaulce*). Pour aboutir à cette conclusion, il a relevé que ces opérations, organisées de telle sorte que les personnes qui en ont la charge sont tenues d'intervenir sur l'ensemble du réseau pour remettre les véhicules en état de marche en moins de trente minutes ou, lorsque cela n'est pas possible, de les évacuer hors de l'autoroute ou de la voie assimilée, présentaient un caractère d'intérêt général, qu'elles étaient effectuées sous le contrôle de la puissance publique qui peut procéder à une inspection annuelle des véhicules utilisés par les dépanneurs et leur impose le respect d'obligations tenant aussi bien aux conditions du service qu'à l'information de l'administration sur la situation de l'entreprise et que le monopole d'intervention confié aux entreprises agréées avait pour effet de leur conférer des prérogatives de puissance publique. Par suite, un contrat par lequel l'administration habilite des garagistes dépanneurs à procéder à ces opérations sur des autoroutes non concédées a la nature d'une délégation de service public.

Il a, en deuxième lieu, jugé qu'**un sous-traité d'exploitation d'une plage** constituait une délégation de service public (21 juin 2000, *SARL Plage « Chez*



Joseph »). Le Conseil d'État s'est fondé sur ce qu'un tel sous-traité d'exploitation, s'il porte autorisation d'occupation du domaine public par le sous-traitant et présente ainsi le caractère d'une concession domaniale, tend également à organiser l'exploitation de la plage, dans l'intérêt du développement de la station balnéaire sur le territoire de laquelle elle est située. Il a en outre relevé qu'en l'espèce, le concessionnaire chargé de l'équipement, de l'entretien et de l'exploitation de la plage devait également veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usagers dans les conditions prévues par le sous-traité, sous le contrôle de la commune et sans préjudice des pouvoirs qui appartiennent à la police municipale.

Il a, enfin, dans la lignée de sa jurisprudence selon laquelle l'activité de la société canine consistant à tenir le livre généalogique unique de l'espèce canine constitue une mission de service public (15 avril 1988, *Syndicat national des éleveurs de chiens de race*), jugé que la **société hippique française**, organisme de droit privé, était chargée d'une mission de service public consistant à élaborer le règlement des épreuves techniques susceptibles de mettre en valeur les jeunes chevaux de sport et à mettre en œuvre ces épreuves (28 juillet 2000 *M. Godignon*). Il en résulte que la juridiction administrative est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de la commission d'appel de la société hippique française statuant sur les sanctions prises par sa commission disciplinaire, notamment en cas de dopage des chevaux.

Transport

Dans la continuité de sa jurisprudence d'Assemblée *Wajs et Monnier* du 30 octobre 1996, le Conseil d'État a annulé le décret du 30 mai 1997 instituant **une redevance au profit des gestionnaires d'aérodrome** en contrepartie des frais exposés en matière de personnel, d'équipement ou d'aménagement pour l'exercice des missions de sûreté (23 juin 2000 *Chambre syndicale du transport aérien et Fédération nationale de l'aviation marchande*).

Pour ce faire, le Conseil d'État a raisonné en deux temps. Il a d'abord rappelé qu'en principe, les prélèvements perçus par voie d'autorité au profit des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public et qui n'ont ni le caractère d'une taxe parafiscale, ni celui d'une redevance pour services rendus, constituent des impositions dont il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement. Il a, ensuite, déduit de la nature des activités de sûreté pouvant, en vertu des dispositions de l'article L.282-8 du code de l'aviation civile, être assurées par des agents présentés par les entreprises de transport aérien ou les gestionnaires d'aérodromes, de ce que ces agents sont soumis à agrément conjoint du préfet et du procureur de la République et effectuent leurs tâches sous les ordres d'officiers de police judiciaire et de ce que les opérations qui leur sont confiées ne revêtent pas un caractère occasionnel qui correspondrait à une exigence particulière découlant d'une initiative déterminée prise par une entreprise de transport aérien ou le gestionnaire d'un aérodrome mais sont au contraire



effectuées à titre permanent dans l'intérêt général des usagers du transport aérien et des populations survolées et ne sont pas exercées directement et principalement au profit des transporteurs aériens dans des conditions susceptibles de donner lieu à l'établissement de redevances pour services rendus, qu'une telle redevance ne pouvait complètement être instituée par décret.

Urbanisme

Par une décision du 4 février 2000 (*Établissement public d'aménagement de la Défense*) la Section du contentieux a précisé, d'une part, le **régime des participations aux dépenses d'équipements publics mises à la charge des constructeurs** et, d'autre part, les **modalités de calcul des intérêts dont sont assorties les sommes à rembourser dans l'hypothèse où les participations acquittées sont illégales**. Elle a jugé que les zones dont l'aménagement et l'équipement ont été entrepris avant le 1er janvier 1969 et dont la réalisation a été confiée à un établissement public, au nombre desquelles figure la zone de la Défense, demeuraient, nonobstant l'intervention de la loi du 18 juillet 1985, soumises au régime fixé à l'article 328 D quater de l'annexe III au code général des impôts relatif aux exclusions du champ d'application de la taxe locale d'équipement. Ces zones peuvent être exclues du champ de la taxe par arrêté préfectoral, auquel cas les participations susceptibles d'y être exigées des constructeurs à l'occasion de la délivrance du permis de construire sont celles prévues par le 2°, le 3° et le 4° de l'article L.332-6 et par l'article 317 quater de l'annexe II au code général des impôts.

En l'espèce, l'EPAD avait imposé à un constructeur une participation dont il n'était pas soutenu qu'elle était au nombre de celles visées par l'article 317 quater de l'annexe II au code général des impôts. Elle n'était pas davantage au nombre de celles énumérées par l'article L.332-6 du Code de l'urbanisme, qui précise que les taxes ou contributions imposées ou obtenues en violation de ses dispositions sont réputées sans cause. Elle ne pouvait, enfin, trouver un fondement dans la convention liant l'aménageur au constructeur dès lors que, eu égard au caractère d'ordre public des dispositions de l'article L.332-6, toute stipulation contractuelle y dérogeant est entachée de nullité. Le Conseil d'État a donc confirmé la condamnation de l'EPAD à rembourser la participation illégalement mise à la charge du constructeur. Sur la question des intérêts, la Section a jugé que la majoration, prévue par l'article L. 332-30 du Code de l'urbanisme, de cinq points du taux des intérêts dus sur le montant d'une participation obtenue en violation de l'article L. 332-6 du Code de l'urbanisme dans sa rédaction issue de la loi du 29 janvier 1993, présentait le caractère d'une punition.

Eu égard à ce caractère répressif, la majoration n'est pas applicable aux versements antérieurs à son entrée en vigueur. La Section a enfin jugé que, selon le principe dont s'inspirent les dispositions de l'article 1378 du Code civil, le point de départ des intérêts est fixé au jour du paiement lorsqu'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu les sommes dont il est demandé répétition, et non au jour de la demande de répétition.



Statistiques

Tableau 1

Affaires enregistrées et décisions rendues par le Conseil d'État ^(a)

	1996	1997	1998	1999	2000
Affaires enregistrées	7 527 (8 091)	7 193 (8 314)	8 427 (10 232)	12 330 (12 747)	12 274 (12 800)
Décisions rendues ^(b)	11 684 (11 778)	11 228 (11 228)	9 450 (10 540)	10 988 (13 551)	12 236 (13 837)

(a) Les chiffres donnés entre parenthèses incluent les séries.

(b) Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent en 2000, 77 (soit 12 159 décisions rendues en 2000 qui règlent définitivement un dossier).

Tableau 2

Affaires enregistrées, réglées et en instance à la fin de la période considérée

Conseil d'État, Cours administratives d'appel et Tribunaux administratifs ^(a)

	Conseil d'Etat		Cours administratives d'appel		Tribunaux administratifs	
	1999	2000	1999	2000	1999	2000
Affaires enregistrées	12 330 (12 747)	12 274 (12 800)	16 056 (18 633)	16 540 (17 803)	117 429 (120 567)	113 059 (126 410)
Affaires réglées	10 926 (13 489)	12 159 (13 760)	11 390 (14 982)	12 906 (15 536)	112 206 (116 273)	118 991 (130 249)
Affaires restant en instance ^(b)	10 067 (11 962)	10 159 (10 946)	33 798 (37 654)	37 723 (40 347)	205 247 (221 542)	201 534 (222 186)

(a) Les chiffres donnés entre parenthèses incluent les séries.

(b) Le stock, qui est donné à titre indicatif, ne résulte pas d'un inventaire direct.

Tableau 3

Affaires enregistrées et jugées par matière (Conseil d'État) ^(a)

Matière	Enregistrées		Jugées	
	1999	2000	1999	2000
Affichage	2	-	13	11
Agriculture	134	132	300	477
Aide sociale	71	44	88	67
Armées	185	201	274	151
Associations	12	9	8	11
Associations syndicales	1	13	-	1
Communes	43	79	79	78
Comptabilité publique	13	15	24	30
Culture	2	21	5	13
Déclaration d'utilité publique	93	32	89	37

Matière	Enregistrées		Jugées	
	1999	2000	1999	2000
Décorations	-	2	1	1
Départements	2	11	11	6
Domaine	17	26	33	17
Dommages de travaux publics	-	5	4	2
Eaux	4	15	18	9
Économie	35	46	70	37
Élections	112	116	310	122
Éducation, recherche, enseignement	213	624	372	720
Environnement	43	50	63	43
Établissements publics de l'État	14	9	7	12
Étrangers	5 234	5 085	3 015	4 455
Famille	9	16	12	16
Fiscalité	699	628	1 619	1 273
Fonction publique de l'État	220	269	217	254
Fonction publique territoriale	89	70	136	147
Guerre	20	18	22	20
Juridictions	80	71	103	89
Libertés	48	41	62	56
Logement	19	13	17	15
Loisirs	28	22	36	24
Marchés	61	61	110	60
Mines	6	3	27	5
Outre-mer	58	10	93	56
Pensions	215	157	1490	219
Police	24	54	34	41
PTT	168	52	91	312
Professions	362	403	343	377
Radio-télévision	34	43	60	69
Régions	5	5	5	3
Responsabilité	202	169	267	203
Santé	86	135	124	121
Sécurité sociale	58	63	85	52
Services publics	49	3	2	14
Transports	28	27	27	21
Travail	145	148	134	171
Urbanisme	155	179	240	179
Voirie	5	4	9	8
Divers	6	1	3	1

(a) À l'exclusion des ordonnances du président de la section du Contentieux.



Tableau 4
Affaires enregistrées (sauf séries)
d'après le mode de saisine du Conseil d'État

Mode de saisine du Conseil	1999		2000	
	Nbre	%	Nbre	%
Premier ressort	3 484	28,2	3 292	26,8
Appels des jugements des tribunaux administratifs	2 196	17,8	2 207	18
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	1 707	13,9	1 775	14,5
Autres cassations	1 469	12,0	1 706	13,9
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	3 160	25,6	2 955	24,1
Demandes d'avis (art. 12 de la loi du 31 décembre 1987)	5	-	13	0,1
Divers (autres appels, voies de rétractation)	309	2,5	326	2,6
Total	12 330	100	12 274	100

Tableau 5
Affaires réglées (sauf séries)
par les différentes formations du Conseil d'État

	1999	2000
Assemblée du contentieux	30	21
Section du contentieux	59	41
Sous-sections réunies	2 073	1 875
Sous-sections jugeant seules	3 632	4 490
Décisions du président de la Section (contentieux de la reconduite à la frontière)	661	921
Président de la Section (ordonnances de compétence et de connexité et ordonnances de référé)	3 429	3 790
Présidents de sous-sections	1 042	1 021
Total	10 926	12 159

Tableau 6
Durée des instances devant le Conseil d'État
pour les affaires réglées ou jugées

	1999		2000	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 ans	48 %	28 %	45 %	25 %
Entre 1 et 2 ans	28 %	38 %	37 %	50 %
Entre 2 et 3 ans	9 %	12 %	10 %	14 %
Plus de 3 ans	15 %	22 %	8 %	11 %

(a) Ensemble des affaires jugées ou réglées (sauf séries).

(b) Déduction faite des ordonnances de compétence et de connexité du président de la Section.



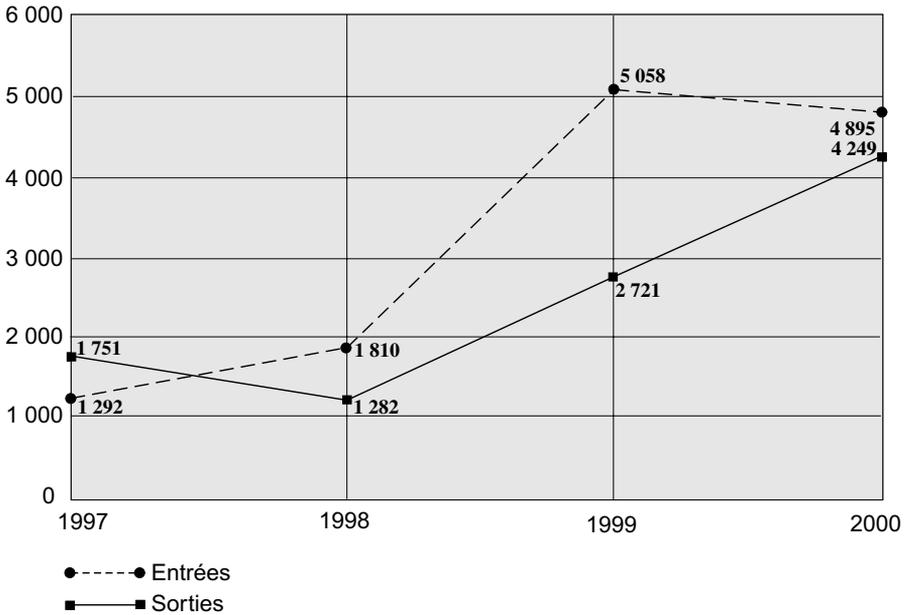
Tableau 7

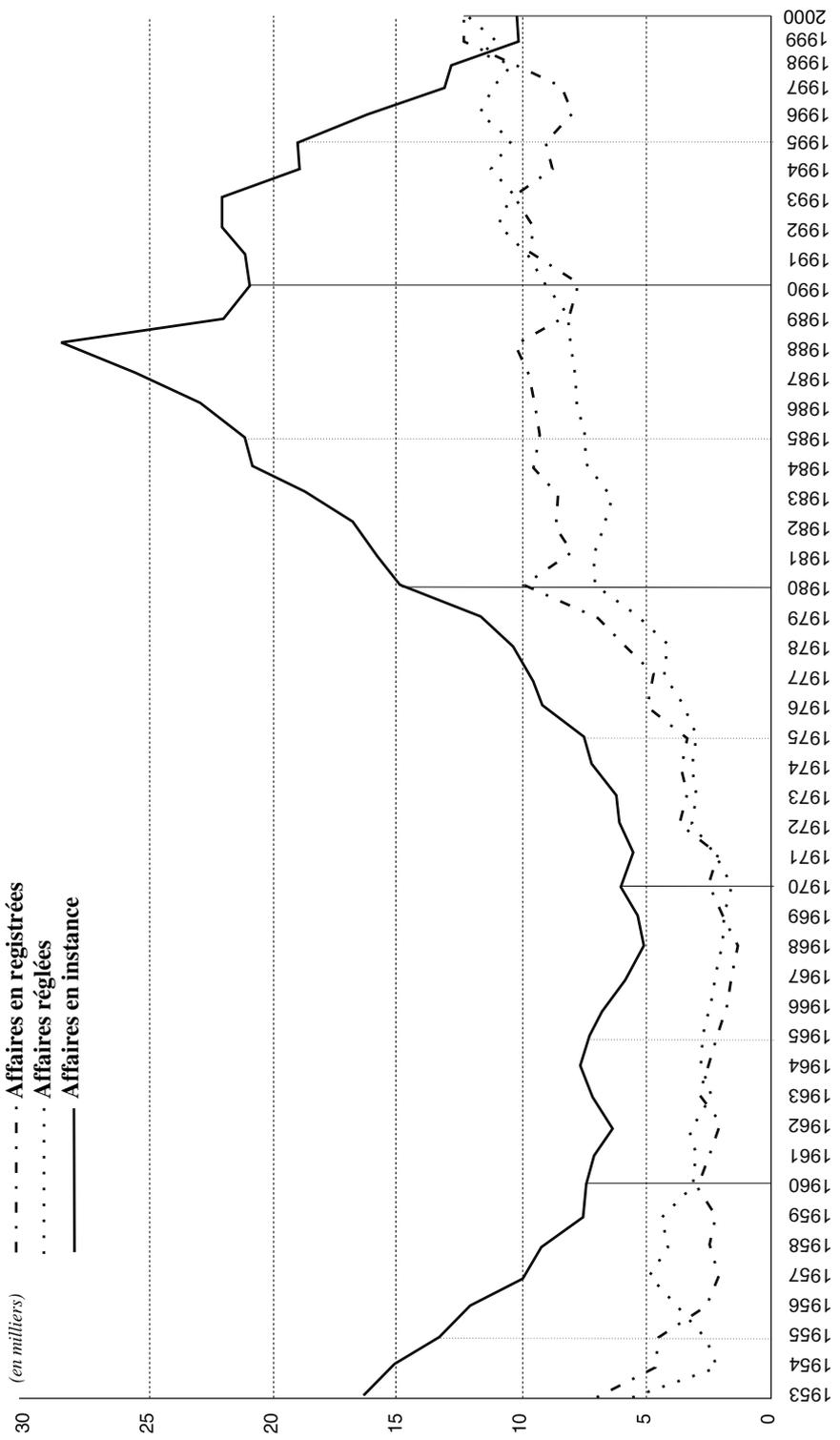
Affaires en instance devant le Conseil d'État : ancienneté du stock

Affaires enregistrées	au 31/12/99 <i>sur 11 962 affaires</i>	au 31/12/2000 <i>sur 10 946 affaires</i>
Moins de 1 an	61 %	66 %
Entre 1 et 2 ans	25 %	24 %
Entre 2 et 3 ans	6 %	5 %
Entre 3 et 4 ans	3 %	2 %
Entre 4 et 5 ans	2 %	1 %
Au-delà de 5 ans	3 %	2 %

Contentieux des étrangers de 1997 à 2000

Entrées et sorties





Bureau d'aide juridictionnelle

Le nombre des demandes d'aide juridictionnelle a continué à augmenter en 2000 par rapport aux deux années précédentes soit 2681 au 31 décembre 2000 contre 2298 en 1999 et 1638 en 1998. Les augmentations portent toujours sur les demandes d'asile politique et les reconduites à la frontière mais également sur les recours en cassation contre les arrêts des cours administratives d'appel soit 540 en 2000 contre 504 en 1999 et 412 en 1998.

Le Bureau a tenu 20 séances et réglé 1004 affaires. Le président et le président suppléant ont réglé par ordonnances 1264 affaires contre 1037 en 1999, essentiellement des demandes de recours en cassation contre des décisions de la Commission des recours des réfugiés. Il a été ainsi statué au total sur 2268 affaires contre 2191 en 1999.

Le nombre des affaires en instance s'établit au 1^{er} janvier 2001 à 1083 contre 666 au 1^{er} janvier 2000.

Cette augmentation résulte de la hausse des demandes déjà signalée mais également d'un ralentissement de l'activité du Bureau due à l'insuffisance du nombre des rapporteurs, principalement parmi les représentants des ministères. Des dispositions viennent d'être prises par le Président de la Section du Contentieux conduisant à une augmentation sensible du nombre des rapporteurs pendant le premier semestre 2001 et devant permettre la résorption du stock notamment en ce qui concerne les demandes de recours en cassation contre les arrêts des cours administratives d'appel.

Le Bureau reçoit toujours une masse de demandes émanant de demandeurs d'asile politique toujours stéréotypées et le plus souvent non accompagnées des documents nécessaires qui alourdissent de façon sensible le travail du secrétariat.

	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Rejets	Admissions
Asile politique	1 242	1 020	1 006	14
Reconduite à la frontière	512	474	299	175
CSCP	155	149	71	78
CAA	540	451	351	100
Tribunal administratif	-	1	1	0
Divers	232	173	114	59
Total	2 681	2 268	1 842	426



	1998	1999	2000
Affaires traitées	1 441	2 191	2 268
Aides accordées	247	345	426
Rejets	1 194	1 846	1 842

Évolution du « stock » d'affaires au 31 décembre

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Stock	1 675	1 586	1 509	1 751	714	362	559	666(1)	1 083(2)

(1) dont 220 dossiers de demandes d'asile politique.

(2) dont 416 dossiers de demandes d'asile politique.





Commission spéciale de cassation des pensions

Le nombre d'affaires nouvelles enregistrées en 2000 s'élève à 333. Il est légèrement inférieur à celui des affaires enregistrées en 1999 (350 pourvois) et 1998 (403 pourvois).

La répartition des affaires entre les affaires relevant du ministère de la défense et celles qui relèvent du secrétaire d'État à la défense chargé des anciens combattants ne connaît pas de variation significative.

Le nombre de décisions rendues en 2000 s'élève à 283. Il est légèrement inférieur au nombre de décisions rendues en 1999, mais il convient de tenir compte du fait que 42 décisions délibérées au cours du dernier trimestre doivent être lues au début de l'année 2001.

Le pourcentage de décisions d'annulation est important (plus du tiers) et la majorité d'entre elles sont intervenues sur recours ministériel. Comme elle l'a toujours fait la Commission règle au fond la plupart des affaires donnant lieu à annulation.

Le nombre d'affaires en instance au 31 décembre 2000 s'élève à 429.

Activité consultative



Assemblée générale

L'Assemblée générale présidée par le Vice-président du Conseil d'État, examine tous les projets de loi et d'ordonnance ainsi que les affaires – projets de décret ou demandes d'avis – dont l'importance le requiert. Le contenu et l'analyse des différents projets sont présentés dans le compte-rendu d'activités des Sections administratives qu'on lira ci-après.

L'Assemblée générale a tenu en 2000, 41 séances dont 13 séances plénières. Ces chiffres sont en continuité avec ceux des années précédentes : 39 séances, dont 15 plénières en 1999 ; 42 séances dont 15 plénières en 1998.

Dans ce cadre, l'Assemblée générale a examiné 117 affaires, soit un nombre supérieur à celui de 1999 (104 affaires), mais inférieur à celui de 1998 (129 affaires). L'essentiel de ces affaires ont concerné des projets de texte : 74 projets de loi dont un projet de loi constitutionnelle et 34 projets de loi portant approbation de conventions internationales, accords ou traités, 2 projets de loi procédant à la transposition de directives communautaires dits « portant dispositions diverses d'adaptation au droit communautaire » ; 26 projets d'ordonnance ; 6 projets de décret.

L'Assemblée générale a aussi délibéré sur le contenu du rapport annuel du Conseil d'État et sur une étude présentée par la Section du rapport et des études, ainsi que sur 6 avis demandés par le Gouvernement.

Dans ces statistiques, est plus particulièrement marquante la place occupée par les projets d'ordonnance, et qui est sans précédent au cours des 20 dernières années. Cette place est liée d'une part à l'important travail de codification, que le Gouvernement a été habilité à conduire par ordonnance par la loi du 16 décembre 1999 et d'autre part à la mise en place de diverses réglementations spécifiques à l'outre-mer, notamment en matière d'entrée et de séjour des étrangers.

L'activité consultative du Conseil d'État en 2000 aura été fortement marquée dans son ensemble par l'exercice de codification.

La partie législative de neuf codes qui a été examinée – Code de l'action sociale et des familles, Code de commerce, Code de l'éducation, Code de l'environnement, Code monétaire et financier, Code de la mutualité, Code de la route, Code rural, Code de la santé publique – la codification étant réalisée par ordonnance sur le fondement de la loi d'habilitation du 16 décembre

1999, sauf pour le Code de la mutualité où le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi.

A été également examinée la partie réglementaire de trois codes – Code des communes de Nouvelle-Calédonie, Code général des collectivités territoriales, Code des juridictions financières – dont la partie législative avait été précédemment adoptée.

Par ailleurs, le Conseil d'État a pu examiner en même temps, tant la partie réglementaire annexée à un projet de décret, que la partie législative annexée à un projet d'ordonnance du Code de justice administrative. Cette solution, qui a l'avantage de garantir une meilleure cohérence globale d'un code a été, en l'espèce, rendue possible par le fait qu'un groupe de travail institué au sein du Conseil d'État avait préparé en amont un avant projet complet après l'intervention de la décision de codifier les textes relatifs à la justice administrative, prise en avril 1996. Ce code est entré en vigueur au 1er janvier 2001.

L'examen de tous ces projets de code a représenté un travail considérable à la fois pour ce qui est du temps consacré et des questions juridiques à trancher, comme en témoignent les comptes rendus d'activités des Sections administratives.

L'activité consultative du Conseil d'État aura également été marquée en 2000 par la procédure originale selon laquelle le Conseil d'État a été amené à émettre un avis à propos de la modification de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, modification dont l'initiative a été prise par le Parlement, sous forme d'une proposition de loi organique déposée le 11 juillet 2000 par le Rapporteur Général de la Commission des finances de l'Assemblée nationale⁴. Dans le souci d'éviter des risques d'inconstitutionnalité de la future loi organique, le Gouvernement a en effet souhaité être éclairé, et a en conséquence officiellement saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis sur diverses questions relatives aux conditions dans lesquelles peut, être modifiée l'ordonnance susmentionnée.

4 - Proposition de la loi n° 2540.



Évolution statistique

Le nombre des affaires examinées au cours de l'année 2000 par la Section de l'intérieur marque une augmentation sensible par rapport à l'année précédente ; la Section a examiné en effet 28 projets de loi et d'ordonnance au lieu de 15 en 1999, 123 projets de décret réglementaire contre 113 et 20 demandes d'avis dont la moitié relatives à la Nouvelle-Calédonie ou à la Polynésie française contre 11.

Ainsi, compte tenu de 258 projets de décret et d'arrêté individuels, le nombre total d'affaires traitées par la Section de l'intérieur en 2000 a été de 429, chiffre le plus élevé depuis 1995.

Cependant l'évolution irrégulière du nombre des projets de loi et de décret réglementaire sur une longue période ne permet sans doute pas de conclure à une orientation définitive sauf peut-être, pour les quelques années à venir, en ce qui concerne le maintien à un niveau élevé des demandes d'avis en provenance de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française.

Principaux projets examinés

La Section de l'intérieur qui avait examiné quatre projets de loi constitutionnelle en 1998 et deux en 1999 a été saisie d'un projet de révision portant sur l'article 6 de la Constitution, relatif à la durée du mandat présidentiel.

Parmi les autres projets importants soumis à son examen, une place particulière doit être faite aux projets de codification : partie législative du Code de l'éducation et du Code de commerce ; partie réglementaire du Code général des collectivités territoriales et du Code des communes en Nouvelle-Calédonie ; de nombreuses séances ont été consacrées à l'étude de ces textes et ont permis au Conseil d'État d'affiner sa doctrine en matière de codification.

Il convient aussi de mentionner un projet de loi organique modifiant le nombre de sénateurs, un projet de loi d'orientation pour l'outre-mer et des

projets de loi modifiant la répartition des sièges de sénateur, portant organisation de la consultation de la population de Mayotte, tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, relatif à la protection des transports de fonds ainsi qu'une partie du projet de loi « sur les nouvelles régulations économiques ».

Se sont ajoutés à ces textes un projet d'ordonnance portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, ainsi qu'une dizaine de projets d'ordonnance concernant l'outre-mer, concernant notamment les conditions d'entrée et de séjours des étrangers, le droit d'asile et le droit électoral.

Parmi les projets de décret examinés par la Section, on citera des projets relatifs respectivement au pacte civil de solidarité, au droit d'asile et à l'asile territorial, à la rétention administrative, au passeport, et au régime des cultes catholique, protestant et israélite dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

Au nombre des demandes d'avis, outre celles qui portaient sur la délimitation des compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, on relève des demandes portant sur la limitation et sur le cumul des mandats électifs, sur la compatibilité avec la Constitution du projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance des brevets européens du 5 octobre 1973 et sur l'application des articles L. 311-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle dans « l'environnement numérique » s'agissant des nouveaux supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé.

On notera enfin l'examen de plusieurs projets qui remanient la structure d'établissements publics : institut national de la recherche pédagogique, caisse nationale des monuments historiques, centre national d'art et de culture Georges Pompidou, école normale supérieure.

Au cours de l'an 2000, la Section a rappelé certains principes généraux et pris position sur des projets qui concernaient la Constitution ou mettaient en cause des libertés publiques ; elle a tranché certaines questions relatives à la délimitation des compétences ; elle a précisé des points de doctrine concernant les établissements d'utilité publique et les congrégations ; elle ne s'est pas interdit enfin quelques remarques portant sur l'opportunité administrative.

Principes constitutionnels et libertés publiques

Dispositions constitutionnelles

Article 6 : Le projet de révision portant sur l'article 6 de la Constitution et qui réduit à cinq ans la durée du mandat du Président de la République n'a pas paru soulever de problème juridique et, de ce fait, n'a donné lieu à aucune observation.



Article 2 : Le Conseil d'État, saisi selon la procédure de la demande d'avis a du, en revanche, interpréter l'article 2 de la Constitution aux termes duquel : « La langue de la République est le français » pour rappeler, en se fondant sur les décisions du Conseil constitutionnel du 9 avril 1996 et du 15 juin 1999, que l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public et que les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage.

Le Conseil d'État a cependant constaté que l'article 1^{er} d'un projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance des brevets européens avait pour seul effet de faire renoncer la France à la faculté offerte par la convention de prescrire au demandeur ou au titulaire d'un brevet européen de fournir une traduction de ce texte en français et qu'aucune des stipulations de ce projet ne méconnaissait les principes rappelés ci-dessus ; le Conseil d'État a relevé également que le projet ne conférait pas aux particuliers dans leur relations avec les administrations et services publics français, en particulier l'institut national de la propriété industrielle dans l'exercice de la mission dont il est investi par la loi nationale, un droit à l'usage d'une langue autre que le français. Il en a conclu que le projet d'accord n'était pas contraire à l'article 2 de la Constitution.

Article 73 : Saisi par le Gouvernement d'un projet de loi d'orientation pour l'outre-mer, le Conseil d'État a été conduit à interpréter l'article 73 de la Constitution, aux termes duquel : « Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». Comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel, notamment dans ses décisions du 2 décembre 1982 et du 25 juillet 1984, il ressort de ces dispositions que le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des aménagements limités des compétences des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements, que peut rendre nécessaires leur situation particulière.

Le congrès que le projet de loi prévoyait de créer dans les régions d'outre-mer qui comprennent un seul département, devait se réunir au moins une fois par semestre et être composé des conseillers généraux et des conseillers régionaux ainsi que des députés et des sénateurs élus dans le département, lesquels siègeraient avec voix consultative. Il aurait pour compétence principale d'émettre des propositions d'évolution institutionnelle au vu desquelles le Gouvernement pourrait déposer un projet de loi organisant la consultation pour avis de la population des départements dont il s'agit. Le congrès pourrait aussi formuler des propositions en vue d'accroître les compétences du département et de la région, de modifier la répartition des compétences entre ces collectivités et de contribuer au développement économique, social et culturel.

Le Conseil d'État a estimé que ces dispositions, dont l'objectif est à la fois d'ouvrir la voie à des évolutions statutaires et de tenter de résoudre, par la création d'une troisième assemblée, les difficultés inhérentes à la coexistence



de la région et du département dans un même territoire, allaient au-delà, dans l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, des mesures d'adaptation autorisées par l'article 73 de la Constitution.

Principe du droit pénal : nécessité des peines

Le Conseil d'État a rappelé, à l'occasion de l'examen d'un projet d'ordonnance relative à la partie législative du Code de commerce, qu'en attachant de façon automatique et indifférenciée une interdiction d'exercer le commerce à un ensemble de condamnations pénales pour des infractions très diverses, le chapitre consacré aux « interdictions d'entreprendre une profession commerciale ou industrielle » reprenant au demeurant les dispositions de deux textes différents qui n'étaient pas cohérentes entre elles, édictait une punition qui, soit parce qu'elle est manifestement disproportionnée, soit parce qu'elle apparaît comme dépourvue de lien avec l'infraction, ne répond pas au caractère de nécessité exigé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Principes du droit civil

Saisie du décret d'application de l'ordonnance du 8 mars 2000 qui a créé une commission de révision de l'état-civil à Mayotte, la Section a considéré que les décisions prises par cette commission devaient être motivées et a modifié le projet du Gouvernement en ce sens.

Droits des étrangers

L'examen de textes relatifs au régime des étrangers a donné l'occasion au Conseil d'État d'affirmer ou d'approfondir certains principes :

Ainsi, le Conseil d'État a-t-il rappelé que des ordonnances relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et à Mayotte devaient préciser les conditions d'exercice, dans ces territoires, du droit au regroupement familial ; la Constitution impose en effet au législateur de garantir l'exercice de ce droit de valeur constitutionnelle.

De même, la Section de l'intérieur, examinant un projet de décret relatif à l'asile territorial a disjoint de ce projet l'article 1^{er} qui imposait à l'étranger demandeur de l'asile territorial d'acquitter les honoraires de l'interprète auquel il peut avoir recours ; la Section a estimé en effet que lorsque



l'étranger n'est pas en mesure de s'exprimer dans la langue française ni de comprendre cette langue, il incombe à l'autorité administrative de le mettre en mesure de faire valoir utilement ses droits à l'application éventuelle de la législation sur le droit d'asile, en le faisant bénéficier du concours d'un interprète lors de l'audition préalable à la décision du ministre de l'intérieur.

S'agissant en second lieu d'une disposition qui avait pour objet de permettre l'audition des étrangers sur place lorsqu'ils se trouvent en position de rétention administrative et de prévoir que cette audition pourrait être confiée aux fonctionnaires de police et militaires de gendarmerie affectés au local ou au centre de rétention, la Section a estimé que si les contraintes imposées par l'urgence et par les nécessités de l'ordre public justifient l'audition sur place des intéressés qui ne les prive d'aucune des garanties qu'ils peuvent tirer d'une audition à la préfecture, il n'en va pas de même de l'élargissement des catégories de personnes habilitées à procéder à cette audition : la compétence conférée aux agents des préfectures, qui sont formés à cet effet et affectés principalement à cette tâche constitue en effet, pour l'ensemble des étrangers qui demandent l'asile territorial, une garantie ; la Section a toutefois admis, lors de l'examen du projet sur les centres et locaux de rétention, que cette audition puisse être effectuée, à titre exceptionnel, par un agent de l'office des migrations internationales affecté à l'établissement, désigné par le préfet et spécialement formé à cette fin.

La Section de l'intérieur, saisie d'un projet de décret relatif à la procédure disciplinaire devant le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage, a souhaité que soit donnée à ce conseil la possibilité de décider que certaines de ses décisions en matière disciplinaire soient publiées au Journal officiel de la République française, au Bulletin Officiel du ministère de la jeunesse et des sports ou dans les bulletins des fédérations sportives. Bien que la loi du 23 mars 1999 ne prévoie pas la publicité des décisions du conseil, la Section a estimé qu'il ressortait des travaux préparatoires de cette loi que le législateur a entendu donner à ces décisions une exemplarité qui implique qu'elles puissent être rendues publiques et qu'il était donc logique de donner à celui-ci la possibilité de décider des formes de publicité les mieux adaptées.

Problèmes de compétence

Compétences respectives de l'État et des collectivités d'outre-mer

La Section a été amenée en premier lieu à préciser la compétence du Conseil d'État pour la délimitation des compétences entre l'État et les collectivités d'outre-mer, telle qu'elle résulte, pour la Nouvelle-Calédonie, de l'article 206 de la loi organique du 19 mars 1999. Elle a estimé que le Conseil d'État n'est compétent pour examiner les demandes d'avis que lorsqu'elles portent sur la répartition de compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. Ainsi, une demande d'avis, relative au maintien en vigueur ou à la caducité de délégations de compétence accordées par le congrès aux



provinces, ne porte pas sur la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces mais sur le mode d'exercice de ces compétences par la voie de délégations et par suite, il appartient au seul Tribunal administratif de Nouméa d'y répondre.

Les prises de position de la Section n'en ont pas moins été nombreuses car comme l'année précédente elle a été conduite, le plus souvent sur le fondement de la procédure de la demande d'avis prévue par les textes statutaires, mais parfois lors de l'examen de projets de décret, à préciser la répartition des compétences entre l'État et les autorités des collectivités d'outre-mer. Elle a, à l'occasion d'une demande portant sur l'application en Polynésie française de la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, dégagé un principe général applicable à la délimitation des compétences en estimant que lorsque le législateur organique a emprunté la terminologie de l'article 34 de la Constitution en se référant aux « principes fondamentaux » c'est qu'il a entendu faire coïncider la répartition des compétences avec la délimitation constitutionnelle des domaines législatif et réglementaire.

De façon habituelle, les avis de la Section ont fait ressortir, comme en 1999, la complexité des solutions qui conduisent à un partage des compétences car la généralité inévitable des termes figurant dans les lois statutaires laissent substituer des zones d'ombre à l'intérieur desquelles le Conseil d'État est sollicité de tracer des frontières précises.

Ainsi, s'agissant de l'interprétation de la loi organique du 12 avril 1996 portant statut de la Polynésie française, la Section a été interrogée sur la compétence pour élaborer les plans de prévention des risques naturels et préciser les obligations et les responsabilités respectives en la matière.

De la même façon, la Section, interrogée sur la compétence en Polynésie française pour prendre les mesures relatives à la tutelle et à l'adoption des pupilles de l'État, matière qui porte à la fois sur le droit civil dévolu à l'État et l'aide sociale qui est du ressort des autorités de la Polynésie, a-t-elle du entrer dans des distinctions détaillées. Elle a décidé en l'espèce que les articles 60 et suivants du Code de la famille et de l'aide sociale, issus des lois du 6 juin 1984 et du 5 juillet 1996, qui portent statut des pupilles de l'État et organisent les conditions de leur tutelle et de leur adoption sont applicables de plein droit en Polynésie française sur le fondement de la loi du 9 juillet 1970 et relèvent de la compétence de l'État, à l'exception des articles qui ne concernent pas l'état et la capacité des personnes. Elle a précisé que les règles d'organisation et de fonctionnement du conseil de famille des pupilles de l'État, fixées par le décret susvisé du 23 août 1985, qui n'a pas été étendu à la Polynésie française, n'y sont pas applicables, mais sont de la compétence de l'État, au même titre que les dispositions législatives dont elles fixent les modalités d'application.

En ce qui concerne l'interprétation de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, la Section a précisé un point de portée générale sur les conciliations des dispositions de cette loi avec les textes législatifs rendus applicables en Nouvelle-Calédonie.



S'agissant de la combinaison des articles de la loi organique donnant compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de « réglementation des marchés publics et des délégations de service public » autres que ceux de l'État et de ses établissements publics avec les dispositions des articles L. 1411-1 et L. 1411-3 du Code général des collectivités territoriales imposant une procédure de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes et fixant des principes généraux en la matière, la Section a estimé que ces textes législatifs, même rendus applicables en Nouvelle-Calédonie, n'avaient pas pour effet de déroger à la répartition des compétences fixée aux articles 21 et 22 de la loi organique et qu'il appartenait aux autorités compétentes de la Nouvelle-Calédonie de prendre, en se conformant aux principes généraux rendus applicables par les articles 92 et 158 de la même loi organique, les mesures réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de la procédure de publicité intéressant les délégations de service public de la Nouvelle-Calédonie et des provinces.

Interrogée sur la répartition des compétences relatives à la réglementation des annonces judiciaires et légales en Nouvelle-Calédonie, matière qui intéresse à la fois la liberté de la presse, relevant de l'État, et la fixation des prix, qui incombe au territoire, la Section a dû, là encore, préciser les distinctions nécessaires et conclure que la réglementation des annonces judiciaires et légales, par le contrôle administratif qu'elle implique et les sanctions, notamment pénales, qu'elle peut entraîner, touche à la liberté de la presse et relève donc de la compétence de l'État, tandis que la fixation du prix du signe ou espace d'annonces légales est de la compétence du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

Compétences respectives de la Nouvelle-Calédonie et des provinces

Si la Section est souvent amenée à rappeler la compétence de droit commun des provinces telle qu'elle résulte de l'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 lorsqu'elle se prononce sur la compétence de l'État, elle se prononce plus rarement sur la délimitation des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces. C'est cependant ce qu'elle a fait pour le domaine de l'enseignement primaire public attribué par le 28° de l'article 21 de la loi organique à la Nouvelle-Calédonie, en ce qui concerne les programmes, la formation des maîtres et le contrôle pédagogique.

Pour les programmes, la Section a estimé qu'il appartient à la Nouvelle-Calédonie d'établir l'ensemble des programmes de l'enseignement primaire public, qui déterminent les matières enseignées et le contenu des enseignements correspondants, la durée accordée à l'enseignement de chacune de ces matières et les méthodes pédagogiques employées. Les provinces peuvent apporter à certains éléments des programmes établis par la Nouvelle-Calédonie les seules adaptations qui sont justifiées par leurs réalités culturelles et linguistiques propres. Ces adaptations doivent maintenir les contenus fondamentaux de ces programmes et ne doivent pas avoir pour effet de remettre en cause l'équilibre d'ensemble de ceux-ci. Il n'appartient pas à la Nouvelle-Calédonie d'instituer d'autres limitations à la compétence d'adaptation reconnue aux provinces.



S'agissant du contrôle pédagogique qui a pour objet de vérifier l'application des programmes par les enseignants et l'aptitude de ceux-ci, la Section a été d'avis que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour conseiller les enseignants dans leurs choix pédagogiques, pour contrôler l'aptitude pédagogique des enseignants ainsi que pour veiller à l'application par ceux-ci de l'ensemble des programmes, y compris les adaptations apportées à ces derniers par les provinces. Il ne lui appartient toutefois pas de vérifier si les adaptations apportées aux programmes par chaque province sont justifiées par les réalités culturelles et linguistiques de chacune d'elles, dès lors que ces adaptations relèvent de la seule compétence des provinces.

Compétence du législateur organique

L'examen d'un projet de loi organique relatif au statut de la magistrature a donné l'occasion au Conseil d'État de relever que les dispositions du projet renvoyaient à un décret en Conseil d'État la fixation, en fonction de l'importance du ressort, de la liste des emplois de président et de vice-président ainsi que de procureur de la République et de procureur adjoint de certains tribunaux de grande instance, placés hors hiérarchie. Le Conseil d'État a estimé que la détermination de la liste des magistrats hors hiérarchie relève de la compétence du législateur organique et qu'il n'appartient pas au pouvoir réglementaire de l'établir.

En revanche, le Conseil d'État a disjoint un article du projet qui définissait l'échelon auquel sont classés, dans le second grade de la hiérarchie du corps judiciaire, les magistrats recrutés par la voie du deuxième et du troisième concours d'accès à l'École nationale de la magistrature ; il a estimé en effet que de telles dispositions, dont la portée est, dans le cas particulier, d'ordre purement pécuniaire et qui ne comportent aucune conséquence sur l'avancement et plus généralement sur le déroulement de la carrière de leurs bénéficiaires, ne présentent pas de caractère statutaire et ne relevaient pas dès lors de la compétence du législateur organique.

Compétence du législateur ordinaire

La codification des textes législatifs est souvent l'occasion de rappeler certaines règles de compétence. Ainsi, examinant le projet d'ordonnance relative à la partie législative du Code de l'éducation, le Conseil d'État a-t-il disjoint l'article L. 141-1 du projet codifiant l'article 13 du Préambule de la Constitution de 1946 ; le rappel de dispositions constitutionnelles ne présente en effet aucun caractère de nécessité juridique et n'a pas sa place dans un code législatif.

C'est en raison de l'absence de tout caractère normatif que le Conseil d'État a disjoint de la codification législative de nombreuses dispositions, en particulier lorsqu'elles se bornent à proclamer des objectifs généraux, comme c'était le cas de plusieurs articles figurant dans la partie législative du Code de l'éducation.



Compétence du pouvoir réglementaire

Saisi d'un projet de décret relatif au régime des cultes catholique, protestants et israélite dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, la Section de l'intérieur a admis que les articles organiques de la loi de germinal an X présentaient un caractère réglementaire et pouvaient être modifiés par un décret pris sur le fondement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, dans la mesure où les modifications proposées ne portaient pas atteinte aux garanties du libre exercice des cultes et aux règles constitutives des établissements publics du culte dans les départements concordataires.

Le Conseil d'État a également disjoint, notamment du projet de Code de l'éducation, des dispositions relevant du domaine réglementaire, par exemple celles relatives à la création de commissions à caractère purement consultatif.

Compétence consultative

Assemblées territoriales

Lors de l'examen du projet de loi portant habilitation du Gouvernement à adapter par ordonnance la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, le Conseil d'État a renoncé à exiger la consultation des assemblées territoriales d'outre-mer sur le projet d'habilitation, bien que l'habilitation portait autorisation de modifier par ordonnance des dispositions spécifiques à l'outre-mer, en relevant que l'habilitation en elle-même ne comportait pas de telles dispositions.

Le Conseil d'État a décidé de même, en examinant la partie législative du Code de l'éducation que, s'agissant de codification à droit constant de dispositions déjà applicables outre-mer, la consultation des assemblées territoriales n'était pas nécessaire.

Conseil de la concurrence

La Section a estimé, lors de l'examen d'un projet de décret relatif à la fixation du tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale, que le Gouvernement ne peut réglementer, par la fixation des droits proportionnels à la charge des créanciers, le prix des services des huissiers agissant hors monopole sans avoir préalablement recueilli l'avis du Conseil de la concurrence.

Consultations locales

Saisie d'un projet de décret modifiant la carte judiciaire du département des Deux-Sèvres, la Section de l'intérieur a estimé que la concertation locale, prévue par l'article 24-1 du décret du 10 mai 1982 dans sa rédaction issue du décret du 20 octobre 1999 s'impose, en vertu de l'article 9 de ce même texte, en ce qui concerne les projets de réorganisation d'ensemble ou de suppression de juridictions. Lorsque, comme en l'espèce, l'opération touchait l'ensemble du département, la concertation ne pouvait être limitée dans son champ géographique à une partie seulement de celui-ci. De plus, l'objet de cette procédure étant d'apprécier les conséquences pour les usagers du service



public des modifications apportées aux conditions d'exercice de ce service par le projet de réorganisation, la concertation ne devait pas être limitée aux élus mais aurait dû notamment s'étendre, pour un projet de modification de la carte judiciaire d'un département, aux autorités judiciaires locales, aux professions juridiques et judiciaires ainsi que, dès lors que des juridictions commerciales étaient concernées, aux chambres consulaires.

Droit des établissements d'utilité publique et des congrégations

Droit des fondations

La Section a rappelé à plusieurs reprises l'obligation qui s'impose aux fondateurs d'assurer pleinement l'indépendance de l'organisme dont ils envisagent la création en particulier vis-à-vis d'eux-mêmes. L'examen d'un projet de décret reconnaissant une « fondation des caisses d'épargne » comme établissement d'utilité publique a donné l'occasion à la Section d'analyser les différents aspects de cette indépendance et d'estimer qu'en l'espèce plusieurs éléments entraînaient une confusion certaine entre la personnalité des fondateurs et la fondation :

- le centre national des caisses d'épargne et de prévoyance et les caisses d'épargne régionales apparaissaient comme les seuls fondateurs et disposaient, à ce titre, de tous les sièges réservés aux représentants de cette catégorie au conseil d'administration ; la dotation était constituée exclusivement par leur apport qu'y soit incorporé, comme il eût été normal, l'actif des trois associations ayant décidé de se dissoudre en apportant l'intégralité de leur actif et de leurs activités médicales et sociales à la fondation projetée ;
- par sa dénomination, l'établissement projeté évoquait la seule personnalité des fondateurs sans faire aucune mention de la vocation statutaire de la fondation et des différentes activités sociales qu'elle envisageait de développer ;
- enfin le dossier faisait apparaître que les caisses régionales d'épargne fondatrices pouvaient recourir, au sein d'un établissement constitué par elles, à la possibilité ouverte par l'article 20 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat pour développer des actions « avec leur image propre » ; et que les personnes entendant recourir aux services de l'établissement d'utilité publique ou lui apporter leur concours, auraient pu y accéder par les seuls guichets des caisses d'épargne.

Il convient enfin de relever l'approbation donnée par la Section au projet instituant la fondation « de la Shoah » qui, par l'importance de sa dotation (2,578 milliards), est destinée à devenir la première fondation française. La vocation très particulière de cet établissement d'utilité publique chargé de perpétuer la mémoire des victimes des persécutions antisémites de la seconde guerre mondiale et de mener des actions de solidarité en liaison avec cet objet statutaire a paru justifier certaines dérogations aux modèles de statuts notamment en ce qui concerne la participation majoritaire de l'État pour la constitution de la dotation et l'absence des autres donateurs (association



française des établissements de crédit, fédération française des sociétés d'assurance, Poste, caisse des dépôts) au conseil d'administration.

Droit des congrégations

Plusieurs prises de position de la Section de l'intérieur, qui détient en la matière un pouvoir d'avis conforme, insistent sur les éléments constitutifs de la vie congréganiste ou tendent à renforcer les garanties dont disposent les membres des congrégations. La vie en commun, comme l'a rappelé la Section, est un des éléments sans lesquels il ne peut y avoir de congrégation. La dispersion des membres regroupés en trop petit nombre dans des établissements très éloignés les uns des autres s'oppose à la reconnaissance même de la congrégation.

C'est de même un rappel d'une exigence déjà exprimée, mais dont la fréquence souligne la nécessité, qu'a dû faire la Section en imposant la mention expresse dans les statuts de la soumission à la juridiction de l'ordinaire et l'approbation sans équivoque de l'évêque diocésain.

Enfin la Section a mis l'accent sur la défense des droits et des intérêts des membres des congrégations, tant en ce qui concerne le droit au libre départ de ces membres que la jouissance du droit de propriété sur leurs biens, l'incessibilité partielle des sommes dues à titre de rémunération et l'incessibilité totale des pensions et rentes d'invalidité.

Enfin, dans la ligne de la position qu'elle avait antérieurement prise, s'agissant alors de la congrégation française des Frères des écoles chrétiennes, la Section, en approuvant la reconnaissance légale de la province française de la compagnie de Jésus, a apporté des précisions en ce qui concerne les rapports de la province française d'une congrégation avec la congrégation générale ; la Section a estimé que l'autonomie nécessaire de la province de France était suffisamment assurée, alors même que le supérieur provincial est nommé par le supérieur général de la congrégation dont le siège est à l'étranger, si cette nomination intervient à la suite d'une consultation de la province française conduisant à la présentation d'une liste de trois noms et sans qu'il soit besoin d'apporter des précisions sur la procédure de cette consultation.

Opportunité administrative

La Section de l'intérieur ne s'est pas interdit d'évoquer à plusieurs reprises des questions d'opportunité administrative.

Lors de l'examen de la loi d'orientation pour l'outre-mer, le Conseil d'État a pris position contre la création de deux départements à la Réunion, en estimant que le projet dont le coût financier n'avait pas été évalué, qui soulevait des difficultés pratiques importantes, dont la logique n'avait pas été poursuivie entièrement puisque plusieurs services publics étaient maintenus dans un cadre interdépartemental et qui, au demeurant, n'avait pas recueilli l'assen-



timent du conseil régional et du conseil général, n'était pas de nature à permettre d'atteindre les objectifs d'aménagement du territoire et d'amélioration des services dits de proximité avancés par le Gouvernement.

À l'occasion de la demande d'avis relative aux droits des détenus analysée ci-dessus, le Conseil d'État a suggéré au Gouvernement de mener une réflexion générale sur l'adaptation des règles régissant les établissements pénitentiaires, à la lumière, notamment, du rapport remis au garde des sceaux, au mois de mars 2000, par le premier président de la Cour de cassation, cette réflexion pouvant conduire, le cas échéant, à l'élaboration de dispositions législatives.

Statistiques

En 2000, la Section de l'intérieur a tenu 90 séances et a participé à 1 séance de Sections réunies. La Section a examiné 429 textes dont 29 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1996	1997	1998	1999	2000
Lois	16	21	26	14	16
Ordonnances	3	-	7	1	12
Décrets article 37 & autres	98	114	87	113	123
Décrets indiv. arrêtés & décisions	229	281	233	211	258
Avis	11	9	2	11	20
Total	357	425	355	350	429

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2000

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
28	5	16	7	-



Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires		Décrets indiv. arrêtés & décisions	Avis	Total
			Art. 37	Autres			
Premier ministre	-	-	-	11	-	1	12
Culture-communication	-	-	-	8	2	1	11
Outre-mer	1	9	-	20	-	12	42
Éducation	1	1	-	13	1	1	17
Intérieur	6	-	1	41	255	4	307
Jeunesse et sports	-	-	-	9	-	-	9
Justice	8	2	-	20	-	1	31
Total	16	12	1	122	258	20	429

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matière	1996	1997	1998	1999	2000
Administration départementale et communale	23	34	19	26	27
Associations et fondations (sauf dons et legs)	113	120	110	104	131
Changements de noms	4	-	-	-	-
Communication-culture	16	16	19	12	11
Congrégations et cultes (sauf dons et legs)	25	28	28	21	33
Déclarations d'utilité publique	1	10	6	7	6
Dons et legs	72	103	74	70	76
Droit administratif et constitutionnel	2	1	3	-	3
Droit civil et procédure civile	4	9	13	8	5
Droit commercial	2	-	4	3	6
Droit pénal et procédure pénale	7	9	6	10	9
Élections	-	5	7	4	4
Enseignement	9	10	6	6	18
Fonction publique territoriale	6	14	10	9	10
Organisation administrative	11	38	14	14	13
Organisation judiciaire et officiers publics et ministériels	20	5	7	7	7
Outre-mer	23	16	23	40	46
Police	15	5	3	5	15
Sports-jeunesse	3	2	3	4	9
Divers	1	-	-	-	-
Total	357	425	355	350	429



Section des finances

La Section des finances a consacré une part significative de son activité en 2000 à l'examen d'importantes dispositions à caractère fiscal, économique ou financier : elle a examiné, notamment, trois projets de loi de finances, un projet d'ordonnance relative à la partie législative du Code monétaire et financier, un projet de loi sur les nouvelles régulations économiques, enfin un projet de loi sur l'épargne salariale.

En outre, la Section a été saisie de nombreux textes relatifs aux conventions internationales, à la défense, à la fonction publique et aux marchés publics, textes qui ont parfois posé des questions juridiques délicates.

Dispositions d'ordre fiscal

À l'occasion de la préparation des deux lois de finances rectificatives pour 2000 et de la loi de finances initiale pour 2001, la Section des finances a été conduite à examiner 35 dispositions fiscales. Si ce nombre est plus réduit que l'an dernier, l'exceptionnelle longueur de certains articles traduit une tendance croissante à utiliser la fiscalité, au prix d'une complexité accrue, comme moyen privilégié d'interventions, voire de réformes économiques et sociales qui eussent mérité des études et débats d'orientation plus approfondis que ceux auxquels peut donner lieu l'examen des lois de finances, en particulier des collectifs budgétaires de fin d'année, compte tenu des délais dans lesquels ils sont enfermés.

L'examen de ces dispositions a suscité, de la part du Conseil d'État, quatre séries de réflexions ou observations.

Libre administration des collectivités territoriales

La première porte sur la compatibilité du remplacement de certains impôts locaux par des dotations budgétaires de l'État avec le principe constitutionnel d'autonomie des collectivités locales.

À l'occasion de l'examen du collectif de printemps, le Conseil a admis que la suppression, budgétairement compensée, de la part régionale de la taxe

d'habitation, qui avait au demeurant l'avantage d'aller dans le sens souhaitable d'une meilleure spécialisation des impôts locaux par niveau de collectivités, n'avait pas pour effet de restreindre la part des ressources fiscales propres des régions dans leurs ressources globales, ramenée de 43 % à 36 % par l'effet de cette mesure, au point d'entraver leur libre administration.

Cette position, confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 juillet 2000, a été réaffirmée par le Conseil d'État à propos de la suppression de la vignette automobile antérieurement affectée aux départements, qui réduisait de 50 % à 43 % la part de leurs recettes fiscales dans leurs ressources totales, encore que cette mesure n'aille pas précisément dans le sens d'une rationalisation de la fiscalité locale. Ce faisant, le Conseil d'État a implicitement estimé que le maintien d'un minimum d'impôts votés par les collectivités locales était un élément de leur libre administration.

Égalité devant l'impôt

La deuxième série de réflexions ou observations porte sur le respect du principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt.

D'une part, il a conduit le Conseil d'État à amender le dispositif de plafonnement de la taxe d'habitation par rapport au revenu introduit dans le collectif de printemps afin d'assurer, dans l'application de ce dispositif, une égalité de traitement entre les occupants d'un même logement, qu'ils fassent ou non partie d'un même foyer fiscal en matière d'impôt sur le revenu.

D'autre part, il a conduit le Conseil à disjoindre plusieurs dispositions d'un article du second collectif pour 2000 étendant la taxe générale sur les activités polluantes aux consommations d'énergies non encore soumises – ou faiblement imposées – à la taxe intérieure sur les produits pétroliers, au motif qu'elles introduisaient entre différentes catégories de contribuables des discriminations qui ne pouvaient être justifiées ni par des différences de situation ni par des motifs d'intérêt général en rapport avec l'objet de la taxe et étaient même parfois contraires à ses objectifs.

Procédures communautaires

La troisième série d'observations concerne le respect des règles communautaires. Dans la loi de finances pour 2001, le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable à quatre dispositions proposées en méconnaissance des procédures communautaires :

- la première prolongeant au-delà du 31 décembre 2000 la faculté reconnue à la France d'appliquer, par voie de remboursement partiel, un taux réduit d'accise sur les huiles minérales aux transports routiers de marchandises, ce qui impliquait une nouvelle décision du Conseil de la Communauté européenne, non encore intervenue à la date d'examen du texte ;
- la deuxième étendant cette disposition dérogatoire aux exploitants de réseaux de transport public en commun de voyageurs fonctionnant de manière régulière, notifiée à la Commission, mais pour laquelle le délai de réponse n'était pas expiré ;



- la troisième étendant cette dérogation aux exploitants d'autocars non affectés à des lignes régulières, qui n'étaient pas mentionnés dans la notification précédente ;
- la quatrième réformant, sans consultation préalable de la Commission, le régime des aides d'État accordées dans les départements d'outre-mer.

Validations législatives

La quatrième série d'observations porte sur les validations législatives, pour le passé, de pratiques administratives non conformes à la législation alors en vigueur. À l'occasion de l'examen d'un article du second collectif pour 2000 substituant, pour le calcul de la taxe pour frais des chambres d'agriculture, un système de vote des produits au système de vote des taux prévu par la législation antérieure, mais jamais appliqué, le Conseil d'État a admis une disposition validant la pratique antérieure afin d'éviter que l'irrégularité dont elle était entachée, et qui n'avait causé aucun préjudice réel aux redevables de la taxe, ne suscite un flot de recours de nature à perturber le fonctionnement des services et à entraîner des pertes de recettes aussi substantielles qu'injustifiées. Ce faisant, le Conseil n'a fait que confirmer la position qu'il avait prise, à propos de dispositions analogues de la deuxième loi de finances rectificative pour 1999, position que le Conseil constitutionnel avait fait sienne.

Dispositions d'ordre économique et financier

La Section des finances a examiné plusieurs projets de texte ou demandes d'avis d'importance et qui intéressent le domaine économique et financier.

Projet de loi sur les nouvelles régulations économiques

Ce projet, qui rassemble des dispositions assez disparates, poursuivait trois objectifs principaux :

1° Une amélioration de la régulation financière tant par des dispositions tendant à assurer une plus grande transparence des pactes d'actionnaires et des transactions en période d'offre publique que par un renforcement des pouvoirs des autorités de contrôle en matière d'agrément des établissements, de poursuite des pratiques irrégulières et de lutte contre le blanchiment des capitaux ;

2° Un renforcement des moyens de lutte contre les abus de position dominante en matière de distribution et contre les ententes entre producteurs, notamment par la reconnaissance au Conseil de la concurrence, en ce dernier domaine, du pouvoir d'accorder des remises ou réductions de sanctions pécuniaires aux contrevenants qui auraient contribué à la réunion des éléments de preuve de ce délit collectif ;



3° Une meilleure auto-régulation au sein de l'entreprise reposant à la fois sur une répartition plus équilibrée des pouvoirs entre le conseil d'administration et la direction générale et sur un renforcement des moyens d'information et d'expression du comité d'entreprise.

Sur le deuxième point cependant, le Conseil d'État a refusé, comme contraire aux principes généraux du droit et de la procédure civils, l'attribution au ministre de l'économie du pouvoir d'exercer une action en réparation des dommages subis par les victimes de pratiques abusives sans mandat ou acceptation expresse de celles-ci.

Projet de décret relatif à la procédure de sanctions prononcées par la COB

Le souci de renforcer les pouvoirs des autorités administratives indépendantes chargées de la régulation dans le domaine financier ou de la concurrence a dû être concilié avec l'exigence du respect des droits de la défense et du droit à un procès équitable posé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'interprétation de ce dernier principe faite par la jurisprudence qui l'applique non seulement à la phase juridictionnelle de la procédure, mais au processus de la décision administrative de sanction elle-même, a conduit le Gouvernement à prendre un décret soumis à la Section des finances concernant la Commission des opérations de bourse.

Ce texte tend à mieux séparer les fonctions d'enquête, confiées au directeur général, de celles d'instruction, assurées par un rapporteur désigné par le président, à la demande du directeur général, parmi les membres de la Commission, et de celles de décision. Celle-ci est prise en la seule présence du président, des membres autres que le rapporteur et du secrétaire de la Commission, à l'issue d'une procédure contradictoire.

Projet de loi sur l'épargne salariale

Ce projet tend, à la fois, à adapter les dispositifs existants, notamment le plan d'épargne, à la mobilité des salariés, à les étendre aux salariés des petites et moyennes entreprises et à en allonger la durée pour permettre aux salariés de financer des projets à long terme, y compris la préparation de leur retraite. Il a donné lieu, de la part du Conseil, à un important travail de clarification, portant notamment sur les termes du choix ouvert aux salariés par le projet du Gouvernement de sortir du plan à long terme immédiatement en capital ou, de manière échelonnée, en rente.

Projet d'ordonnance relative au Code monétaire et financier

Un autre projet d'importance examiné par la Section des finances en matière bancaire et financière a porté sur l'élaboration, par voie d'ordonnance, de la partie législative du premier Code monétaire et financier dont sera doté notre pays. Ce code rassemble l'ensemble des textes législatifs en vigueur dans le



domaine de la monnaie, de la banque et des services d'investissement, qu'ils touchent aux produits distribués et services rendus, aux entreprises prestataires, aux autorités de régulation ou aux dispositions applicables à l'outre-mer. Ce texte, examiné dans des délais très brefs – compte tenu de sa nouveauté –, au prix d'une importante mobilisation de la Section, a donné lieu à d'assez nombreuses modifications de forme ou de fond, notamment par la disjonction de certaines dispositions obsolètes, non conformes au Traité de Rome ou à certains principes constitutionnels, ou encore empiétant sur les domaines exclusifs des lois de finances ou du pouvoir réglementaire.

Projets de décret relatif à la partie réglementaire du Code des juridictions financières

Après la codification des dispositions législatives relatives à la Cour des comptes, les chambres régionales et territoriales des comptes et la Cour de discipline budgétaire et financière par les lois n° 94-1032 et n° 94-1040 du 27 décembre 1994 et n° 95-851 du 24 juillet 1995, la Section des finances a examiné deux projets de décret relatif à la partie réglementaire de ce code. Le premier qui est un décret en conseil des ministres et en Conseil d'État codifie les dispositions statutaires relatives aux magistrats de la Cour des comptes, le second qui est un décret en Conseil d'État reprend la plupart des règles relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement de la Cour des comptes et des chambres régionales et territoriales des comptes.

Si cette codification des dispositions réglementaires respecte dans son ensemble le principe de la codification à droit constant, il y a lieu de noter qu'elle a été l'occasion pour le pouvoir réglementaire de tirer les conséquences de l'arrêt du Conseil d'État *Didier* du 3 décembre 1999 : en effet, est insérée dans le code la règle nouvelle selon laquelle, en matière de prononcé des amendes, le rapporteur de l'affaire ne participe pas au délibéré.

Marchés publics

Saisie d'une demande d'avis présentée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, sur l'application du Code des marchés publics et de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 aux cessions de contrats de marché public ou de délégation de service public, la Section des finances a été conduite à rappeler la jurisprudence constante du Conseil d'État statuant au contentieux : ces contrats sont conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant (*intuitu personae*) ; la cession d'un marché ou d'une concession ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation préalable de la collectivité concédante ; enfin, lorsque cette autorisation peut être légalement accordée, le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant de l'administration n'est soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence.

Après avoir précisé les notions de « cession » et de « tiers », la Section des finances a donc affirmé le principe de l'incompatibilité entre le régime d'une cession de contrats légalement autorisée et les règles de publicité et de mise en concurrence du Code des marchés publics et de la loi du 29 janvier 1993.



Enfin, la Section des finances a examiné deux projets de décret modifiant le Code des marchés publics, l'un relatif aux marchés ayant pour objet la réalisation d'opérations de communication, l'autre relatif aux marchés à bons de commande.

Transposition des directives communautaires

Saisi d'un projet de loi portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire, le Conseil d'État a donné un avis favorable au recours à la procédure des ordonnances, prévue par l'article 38 de la Constitution, dans le but de résorber une partie du retard pris par la France en matière de transposition des directives communautaires.

Il a certes noté l'ampleur apparente de l'habilitation ainsi donnée et qui concerne notamment 51 directives dont la transposition exige l'adoption de textes législatifs. Il a néanmoins considéré, en premier lieu, que le périmètre de l'habilitation donnée au Gouvernement était suffisamment défini et répondait aux exigences posées par le Conseil constitutionnel. En deuxième lieu, le Conseil d'État a relevé que les directives en cause appelaient, pour la plupart, l'édiction de dispositions à caractère essentiellement technique dont le contenu était largement prédéterminé par les dispositions communautaires et qui ne nécessitait qu'une intervention limitée de la part du législateur. Enfin, il a tenu compte de l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire et estimé qu'il y avait urgence à agir eu égard à l'existence d'un important contentieux communautaire. En effet, la Commission a engagé contre la France un grand nombre de procédures d'infraction pour défaut de transposition dont certaines ont déjà abouti à une condamnation de la France par la Cour de justice des communautés européennes.

Conventions internationales

Comme les années précédentes la Section des finances a été saisie de nombreux projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales. L'examen de ces textes a conduit le Conseil d'État à rappeler ou à préciser la portée de certaines dispositions de la Constitution au regard de l'activité conventionnelle de la France.

L'article 53 de la Constitution

Lors de l'examen du projet de loi autorisant la ratification du protocole facultatif à la convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes, le Conseil d'État a estimé que ce projet de loi était



inutile, le protocole n'entrant pas par lui-même dans le champ de l'article 53 de la Constitution. Surtout, il a considéré que la circonstance que ce protocole complétait la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, dont la ratification a été autorisée par la loi n° 83-561 du 1^{er} juillet 1983, n'était pas suffisante à elle seule pour justifier que fût recherchée l'autorisation du Parlement en vue de la ratification du protocole. Ainsi, s'agissant des modifications ultérieures apportées aux conventions dont la ratification a été autorisée par le Parlement, le Conseil d'État examine si ces modifications entrent ou non, en elles-mêmes, dans le champ de l'article 53 de la Constitution.

À l'occasion de l'examen de deux projets de loi autorisant l'approbation, l'un de la convention relative au programme vacances-travail entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, signé le 2 juin 1999, l'autre de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Japon relatif aux visas vacances-travail, signé le 8 janvier 1999, le Conseil d'État a estimé que ces accords qui permettent l'octroi d'un visa dénommé « visa vacances-travail » accompagné d'une autorisation provisoire de travail, n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 53 de la Constitution et qu'en conséquence ils n'avaient pas à être soumis au Parlement. En effet, la matière des visas est réglementaire et l'article L. 341-4 du Code du travail dispose que l'autorisation nécessaire à un étranger pour exercer une activité salariée en France est délivrée « dans des conditions qui sont fixées par un décret en Conseil d'État ». De plus, le fait que les facilités accordées en vertu de ces accords sont limitées par un quota annuel ne suffit pas à faire entrer la mesure dans le domaine de la loi : l'étranger qui ne peut en bénéficier relève du droit commun.

Déclarations et réserves

Si le Conseil d'État n'est pas directement saisi des projets de déclaration ou de réserve qui peuvent accompagner la ratification ou l'approbation d'une convention, il lui appartient, le cas échéant, de donner son avis sur les projets de loi autorisant cette ratification ou approbation à la lumière des déclarations ou réserves envisagées que le Gouvernement lui transmet.

Ce fut le cas lors de l'examen du projet de loi autorisant l'adhésion au protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux : le Conseil d'État a estimé que plusieurs des réserves et déclarations interprétatives prévues par le Gouvernement, soit étaient inutiles, soit réduisaient à l'excès le champ des obligations de la France. Il n'a adopté le texte du projet de loi, sans l'assortir d'une note au Gouvernement, qu'en raison de l'engagement pris par celui-ci de réexaminer les projets de réserves et déclarations interprétatives. Sur les réserves les plus importantes, notamment celles qui concernent le recours à l'arme nucléaire et les dommages collatéraux, le Conseil d'État a relevé que des réserves semblables avaient été formulées par d'autres pays, notamment le Royaume-Uni, sans être contestées par les autres États signataires dans le délai de douze mois qu'impose l'article 20.5 de la Convention de Vienne sur les traités internationaux.



Conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

Toujours à l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant l'adhésion au protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, le Conseil d'État s'est interrogé sur le point de savoir si une nouvelle saisine du Parlement serait nécessaire au cas où, après l'adhésion au protocole, le Gouvernement voudrait faire la déclaration, prévue à l'article 90 de celui-ci, de reconnaissance de la compétence obligatoire de la « commission d'établissement des faits ». Il a considéré que la réponse était négative en estimant que le Parlement était suffisamment informé à l'occasion de l'autorisation qu'il est appelé à donner quant à l'adhésion à ce protocole et qu'il devait être regardé comme ayant autorisé le Gouvernement à user de la faculté que lui offre l'article 90 au moment qu'il jugera le plus opportun.

De plus, le Conseil d'État s'est demandé si les pouvoirs d'enquête donnés à la « commission d'établissement des faits » ne porteraient pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, notamment au cas où, une fois entré en vigueur le statut de Rome créant la Cour pénale internationale, le procureur de celle-ci demanderait communication des rapports de la commission. Le Conseil a relevé que cette commission n'avait aucun caractère juridictionnel et que ses rapports ne pouvaient être communiqués qu'avec l'accord de toutes les parties au conflit : il en a conclu qu'il n'y avait pas de risque d'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Saisi d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'instrument d'amendement à la Constitution de l'Organisation internationale du travail (OIT), le Conseil d'État a noté le caractère original d'une stipulation permettant aux organes de l'OIT d'abroger des conventions existantes conclues sous son égide et tombées en désuétude. Il l'a admise en raison, notamment, du champ réduit de cette stipulation (qui ne concerne que les conventions désuètes), de la nature très particulière des conventions de l'OIT et de l'abandon de souveraineté résultant depuis l'origine de l'adoption de l'article 36 de la Constitution de l'OIT.

Application des conventions à l'outre-mer

Lors de l'examen des projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des textes internationaux, il appartient au Conseil d'État de s'interroger sur l'application de ces textes aux pays et territoires d'outre-mer et sur le respect par le Gouvernement des obligations procédurales, y compris celles résultant de ces textes.

Ainsi, à l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant la ratification de la convention n° 182 de l'OIT concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, le Conseil d'État a estimé qu'il convenait de différencier ces obligations procédurales selon que l'on se situait avant ou après la ratification de la convention.



Au stade du projet de loi autorisant la ratification, le Gouvernement était tenu d'accomplir les seules formalités prévues par le droit interne, à savoir la consultation du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, en vertu de l'article 89 de la loi organique du 19 mars 1999, et celle de l'assemblée territoriale de Polynésie, en vertu de l'article 68 de la loi organique du 12 avril 1996. Le Conseil d'État a noté que ces consultations avaient été régulièrement effectuées.

Lorsque la ratification de la convention sera intervenue, le Conseil d'État a estimé que s'agissant de la Polynésie et de la Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement devra suivre la procédure prévue à l'article 35 § 4 de la Constitution de l'O.I.T. À ce titre, il sera tenu de communiquer la convention ratifiée aux autorités de Polynésie et de Nouvelle-Calédonie. Par la suite, il pourra faire, avec l'accord de ces autorités et en leur nom, une déclaration d'acceptation des obligations de la convention auprès du directeur du bureau de l'OIT.

Rédaction des conventions internationales

Lors de l'examen du projet de loi autorisant l'approbation du protocole à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques de 1992 adopté à Kyoto le 11 décembre 1997 et signé par la France le 29 avril 1998, le Conseil d'État a déploré à nouveau, d'une part, de nombreuses erreurs matérielles figurant dans le texte qui lui ait été soumis et, d'autre part, l'emploi de mots qui, même s'ils sont utilisés dans certains pays francophones, n'existent pas dans le langage juridique français (par exemple, « foresterie » ou « obligation redditionnelle »).

Défense

La Section des finances a examiné un grand nombre de projets de décret qui s'inscrivent pleinement dans la réforme de notre appareil de défense engagée en 1996-1997.

Il convient de citer, en premier lieu, deux projets de décret, l'un concernant la réserve militaire et qui est le décret d'application de la loi n° 99-894 du 22 octobre 1999, l'autre relatif aux volontariats civils pris pour l'application de la loi n° 2000-242 du 14 mars 2000.

On peut relever, en outre, le projet de décret portant statut de DCN (ancienne direction des constructions navales), transformée en service à compétence nationale, quatre projets de décret intéressant l'organisation générale de l'armée de terre, de la marine nationale, de l'armée de l'air et de la gendarmerie nationale, deux projets de décret, l'un relatif à l'organisation territoriale de la défense, l'autre fixant l'organisation militaire territoriale, un projet de décret portant organisation de l'administration centrale du ministère de la défense, enfin un projet de décret relatif aux officiers sous contrat et un projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement des conseils d'enquête concernant les militaires.

Fonction publique

Comme par le passé, une part importante de l'activité de la Section des finances a été consacrée à l'examen de projets relatifs à la fonction publique. Outre de nombreux textes réformant des statuts de fonctionnaires, la Section des finances a examiné deux textes importants, l'un relatif à la résorption de l'emploi précaire, l'autre relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État.

Ces textes ont donné l'occasion à la Section de préciser ou de rappeler certains principes ou règles de droit, notamment en ce qui concerne le pouvoir de nomination.

Résorption de l'emploi précaire

La Section des finances a été saisie d'un projet de loi relatif à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique. Ce projet de loi reprend les deux volets d'un accord signé le 10 juillet 2000 par le Gouvernement avec des organisations syndicales représentatives des personnels des trois fonctions publiques, à savoir, d'une part, un dispositif de recrutement plus large et plus adapté à la structure actuelle de l'emploi précaire et, d'autre part, des mesures visant à mettre en œuvre une gestion prévisionnelle des effectifs et à améliorer les modalités et les procédures habituelles de recrutement. Il faut notamment relever qu'à la différence du dispositif précédent issu de la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 dite « loi Perben », le dispositif envisagé de résorption de l'emploi précaire prévoit des concours ou examens ouverts à tous les niveaux de recrutement de la fonction publique, ce qui devrait faciliter le recrutement comme titulaires de nombreux contractuels diplômés ou remplissant des missions de catégories B ou A.

Le Conseil d'État, tout en lui donnant un avis favorable, a estimé nécessaire d'en disjoindre plusieurs dispositions, soit parce qu'elles étaient inutiles ou dépourvues de caractère normatif, soit parce qu'elles relevaient du domaine réglementaire.

L'aménagement et la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État

La Section des finances a été saisie d'un projet de décret relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État. Ce projet de texte se propose de définir le cadre juridique d'un processus visant, de façon indivisible, à lier la réduction à trente-cinq heures au 1^{er} janvier 2002 de la durée hebdomadaire du travail dans la fonction publique de l'État à l'instauration dans cette fonction publique d'un régime de périodes de travail déterminé avec la participation des organismes consultatifs existants. En même temps, ce projet a pour objet de transposer en droit interne la directive n° 93/104 du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects



de l'aménagement du temps de travail, directive qui fixe des « prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail ».

La Section des finances a donné un avis favorable à ce texte tout en portant, lors de son examen, une attention particulière à la rédaction et à la lisibilité du texte, à la définition de son champ d'application, à la fixation de sa date d'entrée en vigueur et aux précisions quant aux renvois à des textes ultérieurs auxquels il procède, et ce dans le respect de l'ordre des compétences.

Notion de règles statutaires

À l'occasion de l'examen de trois projets de décret portant statut particulier des personnels de laboratoire du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, la Section des finances a rappelé que des dispositions relatives à l'organisation d'un ministère n'ont pas à figurer dans un texte statutaire. Elle a ainsi disjoint la disposition prévoyant que la gestion de chacun des corps relève de la direction du personnel, de la modernisation et de l'administration : cette disposition qui institue une règle de compétence dérogatoire à l'article 4 du décret n° 98-973 du 2 novembre 1998 portant création d'une direction du personnel, de la modernisation et de l'administration, intéresse l'organisation de ce ministère et ne constitue pas une mesure statutaire.

Pouvoir de nomination

À deux reprises, la Section des finances s'est prononcée sur l'interprétation à donner à l'article 13 de la Constitution quant au pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires.

En premier lieu, la Section des finances, saisie d'un projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Institut national de la consommation (INC) et prévoyant que le directeur de l'Institut était « nommé par décret », a considéré qu'en application des dispositions combinées des articles 13 et 21 de la Constitution cette nomination était présumée faite par décret du Président de la République. Ce que confirmait, au cas particulier, une pratique constante. Afin de dissiper toute ambiguïté, les mots « pris sur le rapport du Premier ministre » ont été ajoutés au texte.

En second lieu, à l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance relative au statut et aux missions de l'Institut d'émission des départements d'outre-mer (IEDOM), le Conseil d'État s'est interrogé sur l'autorité compétente pour nommer le directeur général de cet institut.

Si la nomination du directeur général de l'IEDOM, établissement public national, devait être regardée comme régie par l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires, les dispositions de l'article 4 de ladite ordonnance ne permettaient pas de confier le pouvoir de nomination de ce directeur général au président du conseil de surveillance de l'IEDOM, dès lors que ce président est, de droit, le gouverneur de la Banque de France.



En effet, eu égard aux dispositions de la loi n° 93-980 du 4 août 1993 modifiée qui visent à assurer son indépendance et qui, notamment, empêchent le Gouvernement de le révoquer discrétionnairement, le gouverneur de la Banque de France ne peut être regardé comme une « autorité subordonnée » au sens de l'article 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958.

Mais s'agissant d'un établissement public industriel et commercial, compte tenu de la jurisprudence *Jalenques de Labeau* (Section, 8 mars 1957) et en l'absence de dispositions contraires dans le projet d'ordonnance soumis au Conseil d'État ou d'inscription de l'emploi de directeur général de l'institut sur la liste prévue par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 28 novembre 1958, le Conseil d'État a considéré qu'un seul des dirigeants de l'IEDOM doit être regardé comme occupant un emploi régi par le droit public : il s'agit du président du conseil de surveillance. L'emploi de directeur général de l'établissement se trouve donc hors du champ d'application de l'article 13 de la Constitution et de l'ordonnance du 28 novembre 1958, et rien ne s'oppose à ce que son titulaire soit recruté et nommé par le président du conseil de surveillance.

Droits de certains fonctionnaires sur leurs inventions

À l'occasion de l'examen du projet de décret complétant le Code de la propriété intellectuelle et relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements publics auteurs d'une invention et d'un projet de décret complétant le décret n° 96-858 du 2 octobre 1996 relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements publics ayant participé directement à la création d'un logiciel, à la création ou la découverte d'une obtention végétale ou à des travaux valorisés, la Section des finances a été amenée à préciser les limites quant à la fixation de la liste des agents publics susceptibles de bénéficier d'un intéressement en qualité d'inventeur.

La Section a considéré qu'en application des dispositions du 1 de l'article R. 611-12 et du I de l'article R. 611-14-1 du Code de la propriété intellectuelle édictées les unes et les autres pour l'application aux services publics de l'article L. 611-7 du même code, la liste prévue à l'article R. 611-14-1 ne doit comporter que des corps de fonctionnaires ou des catégories d'agents publics qui ont dans leurs attributions l'exécution de tâches comportant une mission inventive ou d'études et de recherches exclusivement confiée aux intéressés.

La Section a estimé qu'il ne ressortait pas des indications données par le Gouvernement, ni des dispositions du décret statutaire n° 72-812 du 23 août 1972 modifié, que les aides techniques de laboratoire des écoles nationales des mines, corps classé en catégorie C, aient vocation à exercer de telles tâches ou missions. Elle a donc disjoint la disposition du projet prévoyant que la liste des corps et emplois à laquelle renvoie le I de l'article R. 611-14-1 serait complétée par la mention dudit corps.

Le même raisonnement, fondé cette fois sur les définitions énoncées à l'article 1^{er} du décret n° 96-858 du 2 octobre 1996, l'a conduite à opérer la même disjonction à l'égard du projet de modification de ce décret. La Section



des finances a relevé que la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 8 avril 1998, *Syndicat général de la recherche agronomique*, indiquait comment sont préservés les droits des fonctionnaires et agents publics, de toutes catégories, qui seraient auteurs d'inventions alors qu'ils ne figurent pas sur la liste de l'article R. 611-14-1 du Code de la propriété intellectuelle.



Statistiques

En 2000, la Section des finances a tenu 65 séances et a participé à 1 séance de Sections réunies ; au cours de l'année, la Section a examiné 435 textes dont 53 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1996	1997	1998	1999	2000
Lois	58	56	67	64	44
<i>Dont lois autorisant la ratification ou l'approbation de conventions internationales</i>	49	43	57	57	34
Ordonnances	-	-	4	-	3
Lois du pays (Nouvelle-Calédonie)	-	-	-	3	2
Décrets réglementaires	183	244	242	196	253
Remises gracieuses	154	75	234	95	128
Avis	13	7	8	3	5
Total	408	382	555	361	435

Tableau 2
Délais d'examen des textes

	Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
Projets de loi	44	6	28	8	2



Tableau 3

Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets	Avis	Lois du Pays	Remises gracieuses
Premier ministre	-	-	1	-	-	-
Affaires étrangères	34	-	7	-	-	-
Agriculture et pêche	-	-	7	-	-	-
Aménagement du territoire et environnement	-	-	3	-	-	-
Anciens combattants	-	-	-	-	-	-
Budget	-	-	1	2	-	128
Culture et communication	-	-	4	-	-	-
Défense	-	-	62	-	-	-
Économie, finances et industrie	6	1	70	3	-	-
Éducation nationale, recherche et technologie	-	-	31	-	-	-
Emploi et solidarité	1	-	13	-	-	-
Équipement-transport et logement	-	-	14	-	-	-
Fonction publique, réforme de l'État et décentralisation	1	-	14	-	-	-
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie	-	-	-	-	2	-
Intérieur	2	2	9	-	-	-
Justice	-	-	5	-	-	-
PME, commerce et artisanat	-	-	12	-	-	-
Total	44	3	253	5	2	128

Tableau 4

Répartition par matière des textes examinés

Matière	1996	1997	1998	1999	2000
Accords internationaux	49	43	57	55	34
Assurance	5	2	6	4	4
Commerce, industrie et intervention économique de la puissance publique	12	11	7	5	11
Comptabilité publique	14	3	8	2	4
Consommation	11	11	8	12	13
Contributions et taxes	20	13	23	19	19
Crédit et banques, instruments financiers, monnaie	10	14	16	10	18
Défense	14	10	12	20	32
Diplomatie (sauf accords internationaux)	-	-	1	-	2
Domaine	1	2	1	-	1
Douanes	2	1	1	-	2
Fonctionnaires et agents publics	102	167	157	129	153
Marchés et contrats administratifs	1	5	1	3	3
Pensions	2	1	8	3	2
Pouvoirs publics	11	24	15	4	9
Remises de débet	154	75	234	95	128
Total	408	382	555	361	435



Section des travaux publics

L'activité de la Section a été plus soutenue qu'en 1999. Deux facteurs principaux expliquent cet accroissement.

En premier lieu, la Section a examiné plus de projets de loi que l'année précédente : le projet de loi relatif à la solidarité et au renouvellement urbain, le projet de loi relatif à la chasse, le projet de loi portant dispositions diverses d'adaptation au droit communautaire en matière de qualité sanitaire des animaux et de leurs produits, le projet de loi d'orientation sur la forêt, le projet de loi relatif à la modernisation du service public du gaz naturel et au développement des entreprises gazières. Ces textes comportent un grand nombre d'articles relevant de domaines complexes et souvent hétérogènes, ce qui a compliqué et alourdi leur examen.

À ces textes nouveaux, il convient d'ajouter le travail de codification, toujours long et minutieux. L'application de la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de parties législatives de certains codes a donné lieu à l'examen de trois ordonnances relatives aux parties législatives respectivement du Code rural (livres nouveaux VII et IX et mise à jour des livres Ier, III et VI), du Code de l'environnement et du Code de la route, suivi de l'examen des projets de loi de ratification.

En deuxième lieu, la Section a été saisie de nombreux décrets pris pour l'application de lois récentes, notamment la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et la loi n° 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. La répartition des textes par matière traduit ces phénomènes. Près de la moitié des textes examinés se rapportent à l'agriculture, à l'énergie ou à l'environnement.

On notera aussi le nombre croissant de textes pris pour la transposition de directives communautaires portant aussi bien sur des matières très techniques, notamment dans le souci de renforcer la sécurité des consommateurs, que sur de vastes secteurs économiques s'ouvrant à la concurrence comme les marchés de l'électricité, du gaz ou des transports ferroviaires.

Si le nombre de projets de décret instituant des taxes parafiscales n'a pas sensiblement fléchi, on relèvera la volonté du Gouvernement de limiter le

recours à ce type de ressources pour les centres techniques industriels régis par la loi du 22 juillet 1948. @Normal = Enfin, comme pour les trois années précédentes, les demandes d'avis ont été limitées en nombre, même si leur objet a pu revêtir une grande importance comme, par exemple, l'avis rendu en Assemblée générale sur les redevances liées aux licences de téléphones de « troisième génération ».

Organisation administrative et fonctionnement des services publics

Hierarchie des normes

La Section a estimé que ne constituaient pas un aménagement limite nécessité par la situation particulière des régions d'outre-mer et, par suite méconnaissaient **l'article 73 de la Constitution**, les dispositions du projet de loi d'orientation pour l'outre-mer prévoyant le transfert à ces régions des compétences exercées par l'État en matière de délivrance et de gestion des titres miniers sur le sol et dans le sous-sol de la mer, compétences qui devraient s'exercer pour partie dans la zone économique exclusive au-delà du territoire des régions concernées. Ce transfert, d'ailleurs, entraînerait des difficultés d'application en l'absence de transfert des compétences de l'État en matière de police des mines.

Il appartient au législateur de définir les règles constitutives **des établissements publics formant à eux seuls une catégorie d'établissements publics**. Saisi du projet de loi relatif à la solidarité et au renouvellement urbain, le Conseil d'État a considéré qu'eu égard aux missions qui lui étaient dévolues, la Caisse de garantie du logement locatif social constituait une catégorie particulière d'établissements publics. Il en a déduit que la loi devait en fixer les éléments essentiels, à savoir notamment les règles de composition de ses organes dirigeants (catégories de représentants et pondération entre ces catégories) et les catégories de ses ressources.

S'agissant du syndicat des transports parisiens, la Section des travaux publics a admis une adaptation particulière de ces règles de compétence entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. Sans ignorer la jurisprudence du Conseil constitutionnel (n°66-47 L du 12 décembre 1967) selon laquelle cet organisme forme à lui seul une catégorie particulière, elle a pris en considération les dispositions de l'article premier de l'ordonnance du 7 janvier 1959, prise en application de l'article 92 de la Constitution, habilitant le Gouvernement à fixer par décret « le statut » de cet établissement public. Elle a estimé que cette habilitation permettait de créer, par voie réglementaire, au profit de cet établissement, une nouvelle catégorie de ressources qui constitue un des éléments de son statut.

Saisie d'un projet de décret modifiant certaines **dispositions du Code rural relatives à l'aménagement foncier**, la Section a dû écarter certaines adapta-



tions proposées qui, pour opportunes qu'elles étaient, méconnaissaient des règles de caractère législatif. Ces réformes portaient sur le rôle de la Commission communale d'aménagement foncier en violation de l'article L 122-7 du Code rural, la modification du délai fixé à l'article L 121-10 du code dans la procédure suivie devant la commission départementale en cas d'annulation contentieuse de ces décisions, le pouvoir du préfet d'autoriser, par un arrêté unique en méconnaissance des termes de la loi du 29 décembre 1892, l'occupation temporaire des terrains nécessaires à la réalisation d'un grand ouvrage public ou encore la substitution du maître d'ouvrage au département défaillant pour réaliser l'étude d'aménagement prévue à l'article L 121-1 du Code rural.

Dans le prolongement de l'avis de l'Assemblée générale du 30 janvier 1997 (n° 359 964) et de l'arrêt de l'Assemblée du Contentieux en date du 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, l'Assemblée générale, confirmant l'analyse de la Section, a considéré qu'un décret modifiant un décret du 19 mai 1969 relatif au régime de pilotage dans les eaux maritimes, qui avait été pris en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, devait nécessairement de ce fait intervenir « le Conseil d'État entendu », le décret modificatif pouvant toutefois prévoir qu'il pourrait être lui-même modifié par décret simple, sauf dans le cas où l'avis du Conseil d'État est obligatoire.

Création d'organismes et services administratifs

Le Conseil d'État veille à ce que la création d'organismes administratifs soit cohérente avec les missions qu'ils sont appelés à exercer ou avec l'ensemble du dispositif dans lequel ils s'insèrent. Ainsi il a refusé, à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à la forêt, la création d'un organisme collégial non personnalisé qui, chargé de l'établissement de la liste des experts fonciers et des experts forestiers, disposait d'un pouvoir à la fois de décision et de sanction susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Il a paru au Conseil d'État qu'un organisme consultatif placé auprès du ministre était plus adapté. De même, lors de l'examen du projet de loi sur la chasse, le Conseil d'État a écarté une disposition prévoyant la création de fédérations régionales des chasseurs qui feraient double emploi avec les conseils régionaux déjà existants, ces derniers pouvant, au demeurant, mieux répondre au souci du Gouvernement de mettre en place une gestion cynégétique régionale.

La Section, saisie d'un projet de décret portant modification du cahier des charges de La Poste, a refusé l'institution d'un « médiateur du service universel postal » par la voie d'une simple adaptation du cahier des charges de l'exploitant public. Elle a estimé que la création de ce médiateur nommé par le ministre pour connaître des réclamations des usagers et qui est distinct du médiateur interne à La Poste déjà en exercice devait faire l'objet d'un décret en Conseil d'État pour assurer une application complète de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 prise pour la transposition de la directive du 15 décembre 1997.

À l'occasion du projet de création d'une inspection générale de l'environnement, la Section a admis qu'un tel service pouvait être organisé sans constituer un nouveau corps de fonctionnaires doté d'un statut particulier,



faisant l'application de la notion de « statut de fonction » dégagée par l'avis de la Section des finances mentionné au rapport public de 1990 (p. 98). Elle a vérifié que les conditions applicables à ce type de statuts avaient été respectées, notamment en matière de consultation des instances compétentes.

Consultations préalables

Les modifications des structures administratives soulèvent parfois de délicates questions relatives aux consultations préalables obligatoires. Saisie du projet de décret relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité, la Section s'est interrogée sur l'étendue des attributions consultatives de la Commission de régulation de l'électricité. L'article 31 de la loi du 10 février 2000 prévoit la consultation obligatoire de cette autorité sur les « projets de règlement relatif à l'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité et à leur utilisation ». La Section a considéré que les règles en matière d'éligibilité, qui est le droit reconnu à un consommateur de choisir librement son fournisseur, étaient distinctes de celles régissant l'accès des tiers aux réseaux, qui organisent le droit pour un fournisseur de faire transiter l'électricité vendue à un client éligible sur le réseau de transport et de distribution des opérateurs historiques. Elle en a déduit qu'en l'absence, dans la loi, de disposition expresse le prévoyant, le projet de décret ne devait pas obligatoirement être soumis à la Commission de régulation d'électricité. La Section, saisie d'un projet de décret relatif à la composition du comité de l'énergie atomique et modifiant le décret du 29 septembre 1970 relatif au Commissariat à l'énergie atomique (CEA), s'est interrogée sur l'absence de consultation préalable de ce comité alors que le décret du 14 décembre 1972 prévoit de le consulter sur tous les textes « qui concernent le Commissariat à l'énergie atomique ». La Section a considéré que le comité de l'énergie atomique, dont les attributions en matière d'administration du CEA avaient été transférées au conseil d'administration d'abord en 1982 lors de la création de ce conseil d'administration du CEA puis en 1994, avait cessé d'être un organe d'administration du CEA de telle sorte que la modification de sa composition ne concernait pas ce dernier.

Pour se conformer aux nouvelles conditions d'exercice des activités postales dont le cadre est fixé par les articles L 1 et L 2 du Code des postes et télécommunications, issus de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 prise pour la transposition de la directive 97/67 CE du 15 décembre 1997, les missions et les modes de fonctionnement de l'exploitant public La Poste ont été redéfinies. Le cahier des charges de La Poste devait être adapté en conséquence. Les modifications avaient notamment pour objet de préciser les nouvelles missions conférées à l'exploitant public, de mettre en œuvre les objectifs de la directive relative à la tenue de comptabilités séparées et de déterminer les règles tarifaires applicables aux différentes prestations. La Section a estimé que ces modifications touchaient à « l'organisation générale des services » et aux « conditions générales de fonctionnement des services » au sens du décret n° 98-1241 du 29 décembre 1998 relatif aux comités techniques de La Poste, ce qui impliquait la consultation du comité technique paritaire national de La Poste. En l'absence d'une telle consultation, le projet initial a été rejeté. Ulté-



riurement, le Gouvernement a saisi à nouveau le Conseil d'État du projet de décret qui avait été régularisé par la consultation de l'organe paritaire.

En revanche, le projet de décret transférant à un nouvel établissement public d'aménagement une partie de la circonscription territoriale et les compétences y afférentes jusqu'alors attribuées à l'établissement public d'aménagement de la Défense (EPAD) ne requiert pas obligatoirement l'avis du conseil d'administration de ce dernier établissement, alors même que le projet prévoit que l'EPAD doit mettre à la disposition d'un nouvel organisme des moyens en personnel et en matériel nécessaires à l'accomplissement de ses missions, étant précisé que cette mise à disposition doit faire l'objet d'une convention qui sera, elle, soumise au conseil d'administration de l'EPAD.

Protection de l'environnement, forêt, aménagement du territoire

Protection de l'environnement et du cadre de vie

La Section a été appelée à se prononcer sur de nombreux projets de **refus d'autorisation de défricher**. Dans la majorité des cas elle a donné son accord aux décisions de refus. Mais parfois, dans sa conception de l'équilibre à tenir entre les intérêts attachés à la conservation des bois et l'exercice du droit de propriété et des besoins d'évolution des structures d'exploitation, elle a dû s'opposer aux solutions proposées par l'administration. Ainsi, elle a donné un avis défavorable à la décision de refus opposée à une société civile d'exploitation agricole qui demandait de pouvoir défricher cinq hectares de bois privé pour étendre son vignoble d'appellation d'origine contrôlée « Graves ». La Section a pris en considération le caractère traditionnel que revêt l'activité viticole en Gironde, le taux de boisement de la commune d'implantation largement supérieur à la moyenne nationale et la superficie totale du vignoble en cause qui demeurerait encore inférieure à celle qui existait au début du siècle avant les atteintes du Phylloxera, pour estimer que l'extension sollicitée n'était pas de nature à nuire à l'équilibre biologique de la région ou au bien-être de la population au sens du 8° de l'article L 311-3 du Code forestier. Le refus de défrichement ne pouvait davantage se justifier, eu égard à la configuration des lieux et à la faible pente des terrains en cause, par le maintien des terres ou la protection des sols en application des 1° et 2° du même article L 311-3 du même code.

S'agissant du **classement des sites protégés** au titre de la loi du 2 mai 1930, la Section a donné un avis favorable au classement du site du lac Achard et des balcons de Chamrousse. Elle a estimé qu'en dépit de l'opposition marquée de la commune de Chamrousse et des professionnels du ski désireux d'étendre le domaine skiable de la station et les équipements de remontées mécaniques, le classement était justifié par l'intérêt de préserver à l'état naturel un paysage de qualité accessible aux randonnées d'été.



Pour la première fois, un projet de **déclassement de réserves naturelles** a été soumis au Conseil d'État. Le projet de décret portait sur des parties du domaine privé des communes de Val d'Isère et de Bonneval-sur-Arc, ces collectivités souhaitant disposer d'une plus grande latitude pour leurs activités touristiques. La Section a émis un avis favorable en considérant que le classement, remontant à une date ancienne, reposait sur des critères qui ne seraient plus guère retenus aujourd'hui. Elle a été toutefois amenée à s'interroger sur les conséquences à tirer de l'existence d'un arrêté de protection du biotope qu'avait pris le préfet de la Savoie, en application de l'article R 211-12 du Code de l'environnement. L'intervention de cette mesure avait été annoncée dans le dossier de l'enquête préalable au déclassement et prise en considération tant dans l'avis favorable rendu par le Conseil national de la protection de la nature que par le commissaire-enquêteur qui en avait fait une condition de son avis également favorable au déclassement. La Section s'est assurée que l'enquête et la procédure consultative n'avaient pas été viciées en vérifiant que, comme il avait été annoncé, l'arrêté était intervenu avant la fin de la procédure de déclassement et comportait des dispositions effectives de protection du biotope.

La Section a eu l'occasion de rappeler que le classement comme **station de tourisme** obéissait à des conditions spécifiques. Elle a estimé qu'une commune située au bord du lac Léman ne justifiait pas qu'elle offrait « aux visiteurs un ensemble de curiosités naturelles ou artistiques », comme l'exige l'article L 2231-3 du Code général des collectivités territoriales, du seul fait qu'elle disposait d'un important parc hôtelier bénéficiant de la bonne fréquentation des curistes en provenance de la commune voisine classée station climatique.

La Section a examiné plusieurs **plans de sauvegarde et de mise en valeur de secteurs sauvegardés**. Dans l'exercice de son contrôle sur le bien-fondé des restrictions que peut apporter le règlement d'un plan de sauvegarde au droit de propriété et aux libertés, elle a disjoint une disposition du plan de sauvegarde de Tours révisé prévoyant d'interdire dans la principale artère de la ville l'implantation de nouvelles succursales d'établissements bancaires. Certes cette mesure avait pour objet légitime d'assurer la diversité des commerces dans le centre-ville mais la Section a estimé qu'elle portait une atteinte excessive au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et par le privilège conféré aux établissements déjà installés, au principe d'égalité entre les agents économiques exerçant une même activité.

Dans le cadre de la politique du Gouvernement tendant à protéger la qualité de l'air et à favoriser les utilisations des **véhicules fonctionnant aux gaz de pétrole liquéfiés**, la Section a été saisie d'un projet de décret relatif à la mise en sécurité de ce type de véhicules et instituant une aide à cet effet. Elle a estimé qu'en imposant à des véhicules dégel immatriculés des modifications techniques pour des motifs de sécurité publique sur le fondement de l'article L. 318-1 du Code de la route, le pouvoir réglementaire ne portait pas atteinte à des droits acquis et ne prenait pas une mesure entachée d'une rétroactivité illégale.



Aménagement du territoire

La Section a rejeté le projet de décret portant approbation du schéma d'aménagement régional de la Guyane et schéma de mise en valeur de la mer en raison des nombreuses insuffisances du dossier et des imprécisions de rédaction qui rendaient incertaine l'application des schémas, notamment pour la mise en compatibilité des plans d'urbanisme. @Normal = Elle a examiné divers décrets pris pour l'application de la loi du 25 juin 1999 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire. Qu'il s'agisse de la constitution des pays ou des agglomérations au sens que cette loi a entendu donner à ces termes, la Section a déploré que les objectifs de souplesse et de cohérence initialement annoncés se traduisent par des procédures lourdes, complexes et dont l'articulation avec d'autres formes d'organisation territoriale reste difficile.

Forêt

Dans le **projet de loi sur la forêt** soumis au Conseil d'État, le Gouvernement, qui souhaitait encourager l'ouverture la plus large des forêts au public, avait introduit une disposition exonérant de responsabilité civile, sauf en cas de faute grave, les propriétaires qui autorisaient l'accès du public à leurs forêts. La Section, suivie par l'Assemblée générale, a disjoint cette disposition en estimant que ce régime particulier d'exemption allait à l'encontre de l'objectif poursuivi : d'une part, les visiteurs privés de la protection prévue par l'article 1384 du Code civil ne seraient guère incités à pénétrer dans ces forêts et, d'autre part, l'avantage retiré par les propriétaires de ce régime d'exemption risquerait d'être illusoire à un double titre : le juge, saisi d'un litige relatif à l'application de ces dispositions, pouvait interpréter restrictivement ce régime d'exception, notamment en retenant une conception extensive de la notion de faute ; il n'était pas non plus exclu que les victimes d'accidents en forêt se tournent plus souvent vers le juge pénal. Enfin, le régime de droit commun, protecteur des victimes de dommages du fait des choses, pourrait être fragilisé à l'avenir par d'autres demandes de dérogation invoquant le précédent créé au profit de quelques propriétaires forestiers, alors que la fréquentation d'une forêt n'est pas en elle-même une activité dangereuse.

Habitat et construction

Lors de l'examen du **projet de loi relatif à la solidarité et au renouvellement urbain**, la Section, puis l'Assemblée générale, ont disjoint des dispositions dont les effets étaient sans rapport pertinent avec les buts recherchés et portaient atteinte à des principes constitutionnels. Ainsi en a-t-il été de la mesure qui, pour favoriser l'usage des transports publics et limiter celui des voitures individuelles, prévoyait de réduire les possibilités de stationnement lors de la construction de logements locatifs aidés : les constructeurs de tels immeubles n'étaient tenus à la réalisation que d'une seule place de stationne-



ment par logement ou pouvaient même, sur délibération du conseil municipal, être dispensés de toute obligation en la matière. Le Conseil d'État a estimé que ce régime dérogatoire reposait sur un critère qui n'était pas pertinent avec les objectifs poursuivis et portait atteinte au principe d'égalité.

Il a également disjoint une disposition selon laquelle tout agrément pour construction de bureaux devait être de plein droit refusé dans les communes qui ne satisfaisaient pas à leurs obligations de construction de logements sociaux. L'agrément prévu à l'article L 510-1 du Code de l'urbanisme est accordé ou refusé pour des motifs d'équilibre entre logements et bureaux dans le cadre d'une politique d'aménagement du territoire. L'objet de cette législation est distinct de celui des dispositions tendant à favoriser la construction de logements sociaux. La mesure envisagée s'analysait dès lors comme une sanction pour les communes, contraire selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au principe de libre administration des collectivités territoriales. @Normal = Le Gouvernement, soucieux de surmonter les obstacles au traitement des copropriétés dégradées, entendait faciliter les scissions de copropriété en autorisant la scission sur décision de la majorité des copropriétaires présents à l'assemblée générale au lieu d'une décision de la majorité des copropriétaires effectifs comme le prévoit actuellement l'article 25 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965. Le Conseil d'État a estimé que la situation des copropriétés dégradées, représentant environ 2 % de l'ensemble des copropriétés, ne justifiait pas ce dispositif de portée générale, qui mettait en cause les conditions d'exercice du droit de propriété et dérogeait aux règles de majorité fixées par la loi de 1965, alors au demeurant que la loi offre déjà la faculté, dans les copropriétés dégradées, d'engager sous le contrôle du juge une procédure d'administration provisoire.

Dans ce domaine de la construction, la Section a été également attentive au respect par le pouvoir réglementaire des règles de compétence. Saisie d'un projet de décret modifiant le Code de la construction et de l'habitation et le décret n° 91-461 du 14 mai 1991 relatif à la prévention du risque sismique, la Section n'a pu admettre qu'il impose, sans disposition législative le prévoyant expressément, la mise en conformité des bâtiments existants aux règles nouvelles de prévention des risques sismiques.

À l'inverse, elle n'a pu donner un avis favorable dans un cas de compétence négative où un projet de décret pris pour l'application de l'article 21-V de la loi du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie restait en deçà de l'habilitation législative. La loi de 1996 confie au décret en Conseil d'État la mission de « fixer les conditions dans lesquelles certaines constructions nouvelles devront comporter une quantité minimale de matériaux en bois ». Le projet de décret se bornait à prévoir des dispositions incitatives pour favoriser l'utilisation de matériaux en bois. Il ne répondait pas aux prescriptions du législateur et au surplus, en renvoyant à des arrêtés ministériels le soin de définir des classes de bâtiments caractérisées chacune par une quantité minimale de bois à incorporer, procédait à une subdélégation illégale.



Déclarations d'utilité publique

Le nombre de projets de **déclaration d'utilité publique** pour des travaux routiers et autoroutiers est resté important. La Section observe que l'administration est souvent contrainte, pour avoir sous-estimé les difficultés locales de mise en œuvre des déclarations antérieures, de demander d'en proroger les effets. En revanche, elle a eu la satisfaction de constater l'amélioration du contenu des études d'impact au regard des exigences de la loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie malgré l'absence de décret d'application en la matière. Les opérations les plus anciennes ont souffert de l'inexpérience des experts. Saisie du projet de **déclaration d'utilité publique de la dernière section d'une voie de desserte de l'agglomération de Digne-les-Bains**, la Section a relevé le caractère sommaire des éléments d'appréciation et d'information dans le chapitre du dossier consacré à l'incidence du projet sur la pollution de l'air. Mais elle a estimé qu'en raison des dimensions modestes du projet (1,1 km de voie), de son rôle dans la régulation du trafic et des caractéristiques du site, l'étude d'impact pouvait être regardée comme ne méconnaissant pas en l'espèce les prescriptions de la loi.

S'agissant de la **déviaton de la RN 134**, la Section a été saisie d'un projet de décret prorogeant les effets de la déclaration d'utilité publique, auquel elle a donné un avis favorable, et d'un projet de décret pris sur le fondement de l'article L 15-9 du Code de l'expropriation qui institue une procédure exceptionnelle d'extrême urgence autorisant, par décret sur avis conforme du Conseil d'État, l'administration à prendre possession des terrains nécessaires à la réalisation d'un projet déclaré d'utilité publique lorsque des difficultés localisées sont susceptibles de retarder l'exécution des travaux. Le projet soumis au Conseil d'État doit indiquer l'état d'avancement de la procédure, le résultat des négociations engagées avec les propriétaires, la nature des difficultés rencontrées et leurs conséquences sur les délais d'exécution. La Section n'a pu donner un avis favorable au projet de prise de possession en extrême urgence de trois parcelles de 1935 m², détenues de façon indivise par 3175 propriétaires dont l'expropriation est nécessaire à la réalisation de la déviation de la RN 134, faute pour le rapport de l'administration de contenir des précisions suffisantes sur l'évolution de la procédure et des négociations en cours.

Énergie et mines

La Section a eu l'occasion d'examiner plusieurs textes pris pour **l'application de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité**. Saisie du projet de décret relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité, la Section s'est interrogée sur la portée de l'article 9 de la loi du 10 février 2000 en ce qu'il mentionne « le respect de la législation sociale en vigueur »

au nombre des critères à prendre en compte lors de l'examen d'une demande d'autorisation. Elle a considéré que ces dispositions se bornent à rappeler aux entreprises leurs obligations légales en matière sociale. Mais la Section a entendu prévenir une autre lecture qui serait contraire au droit communautaire applicable en l'espèce. Elle a estimé que l'autorité ministérielle ne pourrait, sans risque d'illégalité, refuser d'octroyer une autorisation d'exploitation en se fondant sur un tel critère dès lors que celui-ci ne figure pas sur la liste limitative contenue dans la directive n°96/92 CE du 19 décembre 1999 concernant les règles communes applicables au marché intérieur de l'électricité dont la loi devait assurer la transposition et que le critère introduit par le Parlement ne peut se déduire des objectifs poursuivis par cette directive.

L'article 10 de la loi du 10 février 2000 impose aux distributeurs l'obligation d'acheter, à la demande du producteur intéressé, l'électricité produite par certaines installations en dessous de certains seuils. Pour la détermination du seuil de « puissance installée » dans la limite maximale de 12 mégawatts fixée par la loi elle-même, la Section a estimé qu'il devait être calculé de façon globale pour un site donné et non catégorie par catégorie au sens de l'article 2 du projet de décret. Elle n'a pas vu d'objection à ce que le projet de décret retienne comme limite maximale, pour chaque catégorie d'installations, le même seuil de 12 mégawatts. Mais elle a souligné que l'obligation d'achat ne s'appliquait que si les autres conditions techniques et économiques énoncées par l'article 10 de la loi étaient remplies. Elle a ajouté que le décret simple prévu par la loi devrait préciser les modalités selon lesquelles le respect de ces conditions sera vérifié.

La Section a examiné deux projets de décret pris pour l'application de la loi n° 99-245 du 30 mars 1999 relative à la responsabilité en matière de dommages consécutifs à l'exploitation minière et à la **prévention des risques miniers**. Cette loi a notamment mis en place un régime spécifique d'indemnisation : l'article 75-3 du Code minier issu de la loi prévoit que, lorsqu'un immeuble victime d'un sinistre minier ne peut être réparé, l'indemnisation assurée par l'État doit permettre au propriétaire de « recouvrer » la propriété d'un immeuble de consistance et de confort équivalents. Le projet de décret précise en conséquence que l'indemnité à verser correspond à la valeur du bâtiment et de son terrain d'assiette, indépendamment du risque. Dans cette hypothèse, la Section a été d'avis que le règlement de l'indemnité devait s'accompagner de la remise du bien sinistré à l'État pour éviter à la fois un enrichissement sans cause et l'abandon ultérieur du bâtiment par son propriétaire accroissant les difficultés de prévention. Dans le silence de la loi, il a paru à la Section qu'il appartenait au pouvoir réglementaire de prévoir cette obligation de remise du bien à l'État.

L'article 92 du Code minier, issu de la même loi, organise une procédure permettant aux collectivités locales ou à des établissements publics de coopération intercommunale de demander le transfert à leur profit des installations hydrauliques de sécurité dans les mines en fin d'exploitation. La loi ne traite pas du cas où aucune demande ne serait présentée dans le délai fixé. Or, précisément pour des raisons de sécurité, les installations en cause ne doivent pas cesser de fonctionner. Conformément à l'intention du législateur de prévenir les risques miniers et par souci de cohérence, la Section a donc



estimé que le projet de décret qui lui était soumis pouvait préciser qu'il appartient dans ce cas à l'exploitant, responsable des installations, d'en assurer le fonctionnement sous le contrôle des autorités administratives dans le cadre de leurs pouvoirs de police des mines, tant que celle-ci s'applique, ou, à défaut, au titre de la police générale. L'exploitant peut toutefois demander à l'État d'être déchargé de ses obligations et obtenir le transfert des installations à l'État dans les mêmes conditions prévues en cas de transfert aux collectivités locales et leurs établissements publics.

Codification

Au nombre des codes énumérés dans la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes, figure le **Code de l'environnement**. Le Conseil d'État avait ainsi à connaître de ce texte pour la troisième fois en quatre ans. Les modifications apportées aux versions précédentes concernaient, outre les dispositions actualisées qui tiennent compte des lois intervenues en la matière depuis le dernier examen en 1998, l'introduction de la loi du 29 décembre 1979 relative à la publicité, enseignes et pré-enseignes et de la loi sur la chasse du 26 juillet 2000 dont les dispositions figurent dorénavant au titre II du livre IV.

Le Conseil d'État n'a pu codifier les dispositions relatives à la taxe piscicole qui ne comportent, en méconnaissance de l'article 34 de la Constitution, aucune règle concernant son assiette, son taux et les modalités de son recouvrement.

La loi d'habilitation du 16 décembre 1999 a permis de parachever la codification de la partie législative du **Code rural**. On signalera que les dispositions de l'article 357 du Code rural relatives à la taxe pour contrôle sanitaire des pépinières n'ont pu être reprises dans le nouveau Code rural parce que le régime de cette imposition est insuffisamment précis au regard de l'article 34 de la Constitution.

Saisi du projet d'ordonnance relative au **Code de la route**, le Conseil d'État a estimé que l'harmonisation des sanctions figurant dans ce code et de celles prévues dans le Code pénal n'excédait pas l'habilitation législative.



Statistiques

En 2000, la Section des travaux publics a tenu 84 séances et a participé à 1 séance de Sections réunies ; au cours de l'année, la Section a examiné 206 textes dont 17 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1996	1997	1998	1999	2000
Lois	13	5	9	6	8
Ordonnances	-	-	5	-	5
Décrets article 37 & autres	99	131	107	100	142
Décrets indiv. arrêtés & décisions	104	80	86	69	49
Avis	9	17	3	1	2
Total	225	233	210	176	206

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2000

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
8	1	6	1	-

Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Ordonnances	Décrets réglementaires		Décrets indiv. arrêtés & décisions	Avis	Total
			Art. 37	Autres			
Premier ministre	-	-	-	-	-	-	-
Agriculture	3	1	-	48	7	-	59
Budget	-	-	-	-	-	-	-
Équipement	2	2	-	39	28	1	72
Environnement	2	1	-	22	9	-	34
DOM-TOM	-	-	-	-	-	-	-
Industrie-recherche	1	-	-	28	1	-	30
Intérieur	-	1	-	1	-	-	2
Mer	-	-	-	-	-	-	-
P.T.T.	-	-	-	2	-	1	3
Tourisme	-	-	-	2	4	-	6
Ville	-	-	-	-	-	-	-
Total	8	5	-	142	49	2	206

Tableau 4
Répartition par matière des textes examinés

Matière	1996	1997	1998	1999	2000
Agriculture-forêts-pêche	40	25	24	26	35
Autoroutes et routes	31	21	19	27	23
Construction, urbanisme et logement	15	25	21	18	27
Défrichements	22	18	16	17	7
Eaux	5	1	2	5	1
Énergie (élect., hydro., therm., nucléaire)	3	8	9	4	12
Environnement-nature	13	14	18	14	20
Hydrocarbures	9	4	14	4	3
Industrie et recherche-entreprises	8	9	13	10	2
Mer	1	1	1	-	-
Mines et carrières	5	7	5	5	6
Parcs et réserves	5	6	4	-	3
Planification-administration	3	9	3	3	2
P.T.T.	8	12	3	3	4
Rivières-canaux	1	4	-	-	1
Sites	14	10	17	6	9
Taxes parafiscales	11	20	7	2	22
Transports terrestres	17	22	23	15	16
Transports maritimes et fluviaux	4	2	4	11	3
Transports aériens	9	12	5	3	4
Tourisme	-	3	2	3	6
Divers	1	-	-	-	-
Total	225	233	210	176	206



Comme les années antérieures l'activité de la Section sociale a été, en 2000, marquée par une très grande diversité de projets de texte émanant tant, à titre principal, du Ministère de l'emploi et de la solidarité que, pour les questions touchant au travail et à la sécurité sociale, de diverses autres administrations (Agriculture, Équipement, Transports, Défense,...).

De la même manière que les années précédentes cette activité a été, pour une large part, orientée autour de textes de santé publique, essentiellement des décrets.

De façon toute particulière en 2000, la Section a eu comme l'ensemble des autres Sections du Conseil à connaître d'importants textes ou questions relatifs à l'outre-mer : loi d'orientation pour sa partie sociale, ordonnances de janvier, février 2000 relatives aux agences d'insertion, aux professions sanitaires, aux juridictions disciplinaires des ordres et projet de loi portant ratification d'ordonnances, demandes d'avis sur les compétences et les pouvoirs en matière sociale en Nouvelle-Calédonie et Polynésie.

L'entreprise de codification engagée à la fin de 1999 par le Gouvernement a conduit la Section à examiner ou à achever l'examen de quatre codes : Santé, Action sociale, Code rural, Code de la mutualité.

Le nombre des projets de loi, enfin, a été sensiblement plus élevé que les années antérieures : loi de financement de la sécurité sociale, loi sur les institutions sociales et médico-sociales, loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception, loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire, loi de modernisation sociale.

La plupart de ces textes ont pour caractéristique d'une part l'extrême diversité des dispositions qu'ils contiennent ou des domaines auxquels ils touchent -ceci vaut en particulier pour la loi d'adaptation au droit communautaire qui vise à combler un retard important à transposer de nombreuses directives dans le domaine sanitaire et social et pour la loi de modernisation sociale-, d'autre part d'avoir mobilisé les efforts de la Section dès la fin de l'année 1999 et pendant la plus grande partie de l'année 2000 sans que ces projets -à l'exception de la loi de financement de la Sécurité sociale et de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception- aient pu être examinés même en première lecture par le Parlement avant la fin de l'année.

I . Principaux textes examinés

Loi de financement de la sécurité sociale

Ne peuvent figurer dans les projets de loi de financement de la sécurité sociale en application de l'article L0.111-3 du Code de la sécurité sociale ni des dispositions qui ne sont pas de nature à affecter dans l'immédiat, directement et substantiellement, l'équilibre, ni des réformes d'une ampleur telle que les conditions d'examen des projets en cause ne permettraient pas d'en apprécier la portée et les mérites.

Le Conseil d'État a estimé que présentent simultanément ces deux caractères plusieurs des dispositions envisagées dans le projet de loi de financement pour 2001.

– L'article 31 tendait à réorganiser très profondément **les procédures de règlement des litiges entre caisses de sécurité sociale et professionnels de santé**. Une telle réforme, outre qu'elle n'est pas de nature à influencer directement et immédiatement l'équilibre financier des régimes de base, appelle sur plusieurs terrains – pouvoirs donnés aux caisses de sécurité sociale ; modalités de fonctionnement des instances juridictionnelles attributaires de nouvelles compétences – une réflexion dont l'examen du projet de loi de financement de la Sécurité sociale ne peut être l'occasion.

– L'article 43 du projet du Gouvernement tendait à abroger le dispositif actuellement en vigueur de **couverture des accidents du travail des exploitants agricoles**, reposant sur une obligation d'assurance auprès des mutuelles et sociétés d'assurances, et à le remplacer par un système s'apparentant à une nouvelle branche de la Sécurité sociale des exploitants agricoles, tout en persistant à faire appel à des opérateurs diversifiés. Une telle réforme serait de nature à comporter, pour les exploitants agricoles et les organismes d'assurance, des conséquences considérables qu'il ne sera guère possible d'apprécier dans le cadre d'un débat enserré dans un temps étroitement limité. Elle ne présente, au surplus, aucun caractère d'urgence ; sa mise en œuvre aurait, du reste, rendu nécessaire, en application de l'article L. 411-2 du Code des assurances, la consultation du Conseil national des assurances, à laquelle il n'a pas été procédé.

Le Conseil d'État a également estimé, d'une part, et ce quelque intérêt que les mesures envisagées puissent présenter en vue d'une meilleure connaissance des pensions de retraites liquidées et des perspectives d'évolution des régimes de retraites, que les dispositions du projet tendant à mettre en place **un répertoire national des retraites** et un échantillon statistique inter-régimes des cotisants n'étaient pas davantage de nature à affecter substantiellement, dans l'immédiat, l'équilibre financier des régimes obligatoires de base, ni à améliorer le contrôle du Parlement ; d'autre part, que l'autorisation, par anticipation, avant leur retrait de la liste des médicaments remboursables, de **la publicité en faveur de certains médicaments** était étrangère au champ assigné aux lois de financement de la Sécurité sociale.



– L'article 25 du projet du Gouvernement envisageait de créer **un nouvel établissement public, dont le régime aurait emprunté à celui des sociétés à directoire et conseil de surveillance** ; cette innovation n'a pas paru de celles qu'il était concevable de mener à bien sans étude préalable dans le cadre d'un débat placé sous le signe de l'urgence.

– Le projet prévoyait enfin d'inscrire dans le **Code du travail**, des dispositions portant création d'un congé de présence parentale. Une telle disposition ne saurait, eu égard aux termes de la loi organique, trouver place dans un projet de loi de financement de la sécurité sociale où peut seule figurer la création de la nouvelle allocation de présence parentale.

Il est par ailleurs une fois de plus apparu que les données chiffrées figurant dans le projet de loi de financement de la Sécurité sociale, et constituant en principe son objet essentiel, soulevaient deux catégories de difficultés :

– il est très difficile de faire le raccord entre ces chiffres et ceux qui résultent des comptes de la Sécurité sociale, qui ne sont pas établis sur la base des mêmes conventions, ou ne retracent pas les mêmes agrégats, ce qui rend toute analyse de l'exécution des prévisions arrêtées au cours de l'exercice précédent singulièrement aléatoire ;

– les dérapages observés dans l'exécution de ces prévisions, notamment en ce qui concerne l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM), qui ont conduit le Gouvernement, pour la seconde fois dans le cadre du projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001, à faire appel à la notion ambiguë d'ONDAM « rebasé » en vue de calculer le taux de progression d'une année sur l'autre des chiffres proposés, présentent, quelle que soit la justification qu'on peut en fournir, et nonobstant la circonstance que l'ONDAM ne constitue pas une prévision mais un objectif de dépense, un caractère peu satisfaisant.

Les codes

Au cours de l'année 2000, la Section sociale, sur le fondement de la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 habilitant le Gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative de certains codes, a examiné en plusieurs séances, trois projets de code prévus par cette loi – Code de la santé publique, Code de l'action sociale et Code rural, pour la partie de ce dernier concernant les dispositions sociales – ainsi que le Code de la mutualité entièrement refondu notamment pour les besoins de transposition de directives européennes.

Outre les difficultés inhérentes à chacun de ces codes leur rédaction a souffert des nombreuses modifications de législation intervenues ou projetées au cours de la période où ils ont été examinés.

a) Le Code de la santé publique, tel qu'annexé à l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000, a été un des codes dont la gestation et la préparation a été la plus longue, avec les inconvénients, en partie inévitables, qui s'attachent, avant saisine du Conseil d'État, à la lenteur du processus de préparation des textes en ce domaine, particulièrement dans une période où le droit de la santé a connu de profondes modifications.



Le Conseil d'État avait, au cas d'espèce, été saisi du projet de code au début de l'année 1998 et avait pu procéder fin juin de la même année à l'examen de 4 des 6 parties le composant. Son travail avait cependant dû être interrompu du fait de la publication de la loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et au contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme qui est venue bouleverser, dans de nombreux domaines, les institutions de santé et les règles de droit. La saisine initiale du Conseil a d'ailleurs fait l'objet postérieurement à cette date et jusqu'en mars 2000 de deux saisines rectificatives du fait de l'intervention d'une quinzaine de lois ou d'ordonnances, applicables en France métropolitaine ou dans les territoires et collectivités d'outre-mer, et qui ont modifié substantiellement la matière et par voie de conséquence le fond, la forme et la présentation du projet de code.

Parallèlement ont dû être intégrées au projet de code de très nombreuses lois et ordonnances actualisant et adaptant le droit applicable outre-mer, en veillant bien entendu au strict respect des compétences propres à chacune des assemblées des territoires et collectivités en cause.

La Section s'est également attachée à ce qu'il ne soit pas porté atteinte au domaine exclusif des lois de finances et, s'agissant des dispositions pénales, à ce que soit scrupuleusement respecté le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines qui exige une définition précise des éléments permettant de caractériser les infractions.

Compte tenu enfin du nombre d'ensembles législatifs appelés à s'intégrer dans un proche avenir dans le nouveau code, le Conseil a veillé à adopter une architecture de ses dispositions permettant d'accueillir aisément de prochaines modifications qui l'affecteront nécessairement de telle sorte que soit clairement respecté l'objectif, de nature constitutionnelle, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi que le Conseil constitutionnel a affirmé dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

b) La Section sociale a également participé à la **refonte du Code rural** en examinant son livre VII qui regroupe les dispositions applicables aux salariés et aux non salariés agricoles.

En raison de l'ancienneté de cette partie du Code rural, issue de deux décrets de 1955 (auxquels une loi du 3 avril 1958 avait donné valeur législative) et de la multiplicité des textes, codifiés ou non, intervenus depuis lors, une restructuration complète de ce livre et de très nombreuses modifications tendant à assurer la hiérarchie des normes ou la cohérence rédactionnelle des textes ont ainsi été nécessaires.

En ce qui concerne les dispositions issues de lois de finances, le Conseil d'État a opéré la distinction entre celles qui relèvent du domaine exclusif de la loi de finances (par exemple, dispositions régissant le budget annexe des prestations sociales agricoles) et celles qui n'en font pas partie (par exemple, l'amélioration des retraites).

Enfin, certaines dispositions qui figuraient dans le Code rural étaient devenues largement obsolètes, sans cependant avoir épuisé totalement leurs effets (par exemple, mesures qui ne sont plus applicables, mais qui comportent



encore quelques ayants droits). Ces dispositions n'ont pas été reprises dans le nouveau code, mais elles n'ont pas été abrogées, étant ainsi maintenues sous l'appellation de Code rural ancien.

c) Code de l'action sociale

Le recueil des textes relatifs à l'action sociale n'ayant pu être assuré dans le cadre plus restreint et en partie obsolète de l'actuel Code de la famille et de l'aide sociale, plusieurs lois importantes se trouvent hors de tout code : tel est le cas pour les deux lois du 30 juin 1975 sur les handicapés et les institutions médico-sociales, la loi du 1er décembre 1988 sur le revenu minimum d'insertion, celles du 10 juillet 1989, 24 janvier 1997, 29 juillet 1998... Il est important, d'autre part, de tenir compte des textes organisant la décentralisation qui ont une incidence directe et substantielle en matière d'action sociale.

Dans cette double perspective le nouveau code rassemble et organise l'ensemble des dispositions de nature législative autour d'une définition des règles communes à la matière, d'une analyse des différentes formes d'action sociale et de dispositions propres aux établissements et aux professions.

La remise en ordre de dispositions parfois fort anciennes a conduit à exclure du code sans pour autant les abroger des allocations ou avantages disparus (allocation de loyer, carte d'économiquement faible...); à examiner le problème des dispositions relatives aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle qui instituent des régimes particuliers : la loi d'habilitation n'autorisant à cet égard aucune adaptation il a été décidé de laisser ces dispositions hors du nouveau code.

Le problème principal de la codification est né de la nécessité d'opérer un partage correct entre la loi et le règlement dans une matière où, du fait tant de législations anciennes que de textes récents, voire très récents, la compétence du législateur s'est trouvée empiéter parfois largement sur le pouvoir réglementaire. La Section s'est attachée dans toute la mesure du possible à limiter la partie législative du nouveau code à ce que postule l'article 34 de la Constitution, qui limite la compétence du législateur à définir les principes fondamentaux de l'aide sociale.⁵

d) Code de la mutualité

Le projet de loi relatif au Code de la mutualité et portant modification du Code de la Sécurité sociale et du Code des assurances avait pour objet, d'une part, de modifier le Code de la mutualité afin de transposer dans ce secteur d'activité plusieurs directives communautaires relatives aux activités d'assurance, d'autre part, d'homogénéiser le droit applicable aux mutuelles, aux sociétés d'assurance et aux institutions de prévoyance pour les activités communes à ces trois types d'institutions.

La transposition des directives sur l'assurance autre que l'assurance-vie (directive n° 73/239 du 24 juillet 1973 modifiée) et sur l'assurance-vie (direc-

5 - Avis d'Assemblée générale du 28 juin 1973 ; Conseil constitutionnel 12 janvier 1997.



tive n° 79/267 du 5 mars 1979 modifiée) aurait dû être assurée à l'égard des mutuelles françaises à compter du 1er juillet 1994 au plus tard. Devant l'absence d'adaptation du droit interne, la CJCE a condamné la France dans le cadre d'une procédure en manquement par un arrêt du 16 décembre 1999.

L'examen de ce projet a d'abord soulevé une question de procédure. Le décret du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, qui prévoit que cette commission adopte et transmet au Gouvernement les projets de code, ne distinguait pas, dans sa rédaction en vigueur à la date de saisine du Conseil d'État, les projets de code à droit constant des projets de code comportant des dispositions nouvelles. Mais le Gouvernement a modifié le décret du 12 septembre 1989 par un décret du 16 juin 2000 entré en vigueur avant l'examen du projet par l'Assemblée Générale et prévoyant que le passage en Commission supérieure n'était désormais qu'une faculté pour les projets de code comportant des dispositions nouvelles. Bien qu'il n'ait pas été soumis à cette consultation, le Conseil a donc examiné le texte qu'il a profondément modifié dans la forme et dont il a conservé la plupart des dispositions de fond.

La principale contrainte issue des directives communautaires était la mise en œuvre à l'égard des mutuelles du principe dit de « spécialité » selon lequel les entreprises d'assurance doivent, à des fins de prudence, limiter leur objet social à l'activité d'assurance à l'exclusion de toute autre activité commerciale. Pour appliquer ce principe aux mutuelles d'assurance, qui gèrent souvent également des institutions sanitaires et sociales que le droit communautaire qualifie de commerciales, le projet prévoit la création de « mutuelles-sœurs » ayant à leur naissance les mêmes adhérents que la ou les mutuelles dont elles sont issues. Le Conseil a estimé ce schéma compatible avec le principe de spécialité, dès lors que les mutuelles gérant les œuvres sociales avaient une personnalité morale et des organes distincts de la ou des mutuelles d'assurance ayant suscité leur création. Dans un arrêt du 21 septembre 2000, *Association basco-béarnaise des opticiens indépendants*, la CJCE a confirmé qu'un tel schéma était compatible avec le droit communautaire.

Dans le cas, fréquent, où la « mutuelle-sœur » gestionnaire d'une institution sociale voit mettre à sa disposition, à sa création, des éléments du patrimoine des mutuelles dont elle est issue, se pose la question de savoir si les apports ainsi effectués sont, pour les mutuelles d'assurance, des actifs éligibles à la couverture des « provisions techniques » qui gagent les engagements d'assurance, ou si ces apports doivent figurer dans le « patrimoine libre » de ces mutuelles, partie de l'actif excédant les éléments éligibles à la couverture des provisions techniques et que les entreprises d'assurance peuvent gérer librement. Estimant que les actifs ainsi apportés n'étaient pas différents par nature des autres participations en capital détenues par les entreprises d'assurance hors de leur secteur d'activité, le Conseil n'a pas vu d'obstacle à ce qu'ils soient éligibles au titre des provisions techniques, sous réserve du respect des règles prudentielles applicables à ce type d'actifs, liées notamment à leur dispersion et à leur liquidité. Toutefois, dans l'arrêt du 21 septembre 2000 susmentionné, la CJCE a adopté une position plus stricte en exigeant que les



apports aux mutuelles gestionnaires d'institutions sociales figurent dans le patrimoine libre des mutuelles d'assurance.

Le Conseil a disjoint une partie des dispositions relatives aux « mutuelles sœurs » qui prévoyait la possibilité pour les mutuelles d'assurance d'exiger de leurs adhérents qu'ils adhèrent également aux mutuelles gestionnaires d'œuvres sociales dont elles ont suscité la création ; cette disposition est contraire au droit communautaire de la concurrence, qui prohibe par principe les pratiques de vente liée.

Travail, emploi, chômage

I. Le projet de loi de modernisation sociale portant en réalité diverses dispositions à caractère social délibéré en mai 2000 par le Conseil d'État a appelé, dans le domaine du droit syndical et dans celui du licenciement économique, deux sortes d'observations principales :

– un article du projet tendait à réserver aux seules organisations syndicales le droit de présenter des candidats aux élections des conseillers prud'hommes. Le Conseil d'État a estimé que si aucun principe de portée constitutionnelle n'interdit au législateur de réserver, dans le cadre de certaines consultations électorales, l'initiative de candidatures à des organisations désignées en raison de leur nature et, le cas échéant, de leur représentativité, la même faculté ne saurait lui être ouverte s'agissant de l'exercice de droits politiques ou de la désignation de juges. La disposition correspondante a donc été disjointe du projet ;

– si le Conseil a, d'autre part, adopté, après l'avoir amendé, l'article du projet de loi instaurant une obligation de négociation avant licenciement, il a tenu à souligner que le nouvel article du Code du travail tel que modifié par le projet s'articule difficilement avec le droit du licenciement économique auquel le Gouvernement n'entend apporter par ailleurs aucune modification.

L'obligation de négociation instaurée par le texte anticipe, en effet, sur la procédure de licenciement qui n'est juridiquement engagée par le chef d'entreprise que lorsque celui-ci a convoqué la première réunion du comité d'entreprise et adressé à celui-ci les données économiques qui sont à l'origine de l'opération ainsi que le projet social. La concertation préalable au licenciement, que la loi enferme dans des délais, devra désormais être précédée d'une procédure de négociation à laquelle n'est assigné aucun délai, ce qui peut poser des problèmes délicats aux entreprises qui se trouveraient en situation d'urgence économique.

C'est en outre la première fois qu'un texte confère au juge un pouvoir de connaître, non pas de la régularité d'une procédure de concertation, mais de la « qualité » d'un processus de négociation. Cette intrusion dans les préliminaires d'un acte contractuel obligera, en particulier, les juges à apprécier la manière dont l'employeur aura répondu aux propositions des représentants du personnel.

II. La Section a examiné en urgence le projet de décret destiné, en application de l'article L. 351-18 du Code du travail, à assurer la continuité **du régime d'assurance-chômage**.



En effet, ce régime, dont le principe est prévu à l'article L. 351-1, est organisé par une convention conclue par les organisations les plus représentatives au plan national d'employeurs et de salariés ; cette convention doit, pour être exécutoire, faire l'objet d'un agrément du ministre chargé de l'emploi.

La convention relative à l'assurance chômage, conclue le 1er janvier 1997, expirait le 30 juin 2000. En l'absence d'agrément par le ministre d'une nouvelle convention permettant de prendre le relais de la précédente au 1er juillet 2000, le Gouvernement a fait usage des pouvoirs supplétifs que lui attribue l'article L. 351-18. C'est la première fois depuis 1984 (mais, dans des conditions et sous l'empire d'une législation différente) que le Gouvernement a été conduit à utiliser ces dispositions.

L'article L. 351-18 donne au Gouvernement une habilitation très large : ce décret peut construire un nouveau régime, reprendre l'ancien en totalité ou ne le reprendre qu'en partie ; lorsque ce décret reprend la convention ancienne, il ne fait pas revivre la convention expirée, il se l'approprie par une technique d'écriture par référence ; le pouvoir ainsi confié au Gouvernement n'est limité dans le temps que par l'intervention de l'agrément d'une nouvelle convention.

L'intervention de ce décret n'implique pas la consultation préalable du Comité Supérieur de l'Emploi (ou de sa commission permanente) qui n'est requise que pour l'agrément des conventions.

Le Code du Travail, enfin, n'offre pour la gestion d'un régime d'assurance-chômage que le choix entre deux formules : soit passer convention avec un organisme de droit privé, qui peut être l'UNEDIC, soit créer un établissement public administratif. Il ne permettrait pas, en revanche, de confier par un acte unilatéral la gestion d'un tel régime à un autre organisme, qu'il soit public ou privé.

III. Les projets de décret fixant les règles particulières de prévention des risques liés aux substances cancérigènes, mutagènes, toxiques pour la reproduction et de protection contre certains agents chimiques dangereux trouvent leur fondement à la fois dans les articles L. 231-2 et L. 231-7 du Code du travail. Ils appellent donc, comme les décrets en Conseil d'État des 12 mars 1980, 13 février 1986 et 3 décembre 1992 qu'ils remplacent, l'avis des « organisations professionnelles d'employeurs et de salariés intéressés » en application du dernier alinéa de l'article L. 231-7.

La Section a, d'autre part, admis que le pouvoir réglementaire pouvait prévoir **le retrait des travailleurs en cas de dépassement des valeurs – limites d'exposition**, mesure qui figure déjà notamment aux articles 9 et 8 des décrets du 12 mars 1980 et 13 février 1986.

La Section, en revanche, a disjoint la disposition du projet qui renvoyait, sans aucun encadrement réglementaire, **aux ministres intéressés le soin de définir les substances, produits et préparations** entrant dans le champ d'application du régime. Elle a également considéré que le Gouvernement ne pouvait légalement instituer par décret **une contribution obligatoire des anciens employeurs** de salariés qui ont été exposés à des agents cancéro-



gènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction ; une telle mesure relèverait du pouvoir législatif.

Projet de loi sur l'interruption volontaire de grossesse

A- La loi du 17 janvier 1975 a fixé à 10 semaines, comptées depuis le début de la grossesse, **le délai légal** pendant lequel l'interruption de grossesse peut être pratiquée à la demande de la femme enceinte en situation de détresse. Ce délai, demeuré inchangé depuis lors, avait été retenu en prenant en considération à la fois la préoccupation de prévoir un temps raisonnable, aussi court que possible, pour permettre à la femme de prendre sa décision, et la constatation alors mise en avant que l'interruption de la grossesse présentait moins de risques médicaux à dix qu'à douze semaines.

Le Conseil d'État n'a pas vu, en l'état du projet qui lui était soumis, d'obstacle juridique à l'allongement du délai proposé. Cependant, il est apparu que deux questions devaient être posées :

1) Celle d'allongements ultérieurs de ce nouveau délai de douze semaines, qui conduiraient nécessairement à se demander à partir de quel degré de développement du fœtus il ne peut plus être porté atteinte à son droit propre à la vie, quelle que soit la situation de détresse de la femme qui le porte, celle-ci étant actuellement prioritaire, comme l'a admis le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 74-54 du 15 janvier 1975 ;

2) Celle d'un risque d'eugénisme accru, dès lors que la croissance du fœtus après la dixième semaine de grossesse peut permettre de déceler chez lui un plus grand nombre d'anomalies ou de caractéristiques qui le rendraient indésirable aux yeux de la femme enceinte.

À ce égard, il a été rappelé qu'il est nécessaire de ménager « une protection graduelle adaptée à chaque moment du développement vital », selon les termes mêmes du rapport du Conseil d'État sur les lois dites de bioéthique (novembre 1999). Or, une certaine distorsion semble exister entre les précautions à prendre selon qu'il s'agit du développement et du devenir de l'embryon, ou de la protection du fœtus au fur et à mesure de son développement vital.

B- La loi du 17 janvier 1975 a posé la règle de la nécessité du **consentement préalable** des parents ou du représentant légal de la femme mineure célibataire en situation de détresse, désireuse de faire pratiquer une interruption volontaire de grossesse.

Il résulte des termes du projet de loi que, même si l'on s'efforce de persuader la mineure d'obtenir ce consentement, ou, à tout le moins, d'informer ses parents ou son représentant légal, si la mineure décide d'agir en secret, elle pourra désormais demander seule au médecin de procéder à l'interruption de grossesse. Cette novation traduit la reconnaissance d'un droit propre à la mineure, celui de décider de la poursuite ou non de sa grossesse.



Les questions de nationalité

Depuis deux ans le nombre des dossiers de nationalité (opposition à l'acquisition de la nationalité française par mariage, retrait de nationalité) soumis à la Section sociale s'est stabilisé au niveau d'environ 150, ce qui représente une diminution sensible par rapport à la période antérieure. L'administration s'est tout particulièrement efforcée de suivre la jurisprudence de la Section en ce qui concerne les exigences en matière de retrait : il ne suffit pas pour qu'une telle mesure soit légalement justifiée qu'une erreur ou une fraude ait été commise lors de l'acquisition de la nationalité ; il faut encore que cette erreur ou cette fraude ait entaché l'appréciation qui a pu être portée au moment de conférer la nationalité ; la Section s'attache, d'autre part, à vérifier que de réelles considérations d'opportunité ne font pas obstacle à un retrait.

Quelques avis touchant soit à la procédure soit aux règles de fond ont enrichi la jurisprudence au cours de l'année écoulée :

Dès lors que la notification du projet de retrait du décret de naturalisation ne mentionnait pas l'intention du Gouvernement de retirer également la nationalité française à ses deux enfants mineurs, bénéficiaires de l'effet collectif attaché au décret de naturalisation du père, il n'est pas légalement possible, faute de notification au représentant légal de ces enfants de leur retirer cette nationalité.

Des faits répréhensibles commis dans un autre département que celui dans lequel le demandeur avait déposé sa demande de naturalisation, auraient dû être connus de l'administration au moment où elle a statué sur cette demande ; elle ne peut dès lors se prévaloir de leur découverte récente pour retirer le décret prononçant la naturalisation de l'intéressé.

Des faits répétés et récents de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique dont un qui a donné lieu à condamnation pour blessures involontaires ayant entraîné une incapacité rendent indignes d'acquérir la nationalité française.

La Section s'est opposée au retrait de décrets de naturalisation fondé sur de fausses déclarations quant à la situation matrimoniale lorsque le centre des intérêts d'une personne naturalisée se trouve en France depuis son plus jeune âge, qu'elle y a fondé une famille dont les membres ont la nationalité française.

La question s'est enfin posée à plusieurs reprises d'apprécier le degré d'assimilation de l'étranger qui réclame la nationalité française en raison de son mariage avec un ressortissant français dans les départements d'outre-mer et à Mayotte. Dans de nombreux cas, en effet, les intéressés, bien qu'ils parlent peu ou mal le français, peuvent justifier d'une réelle intégration dans le milieu local où la langue française est elle-même peu pratiquée. L'appréciation se révèle alors délicate au regard d'un texte qui appelle à combiner les critères d'assimilation linguistique et l'assimilation sociale.



II – Principaux problèmes juridiques communs

Problèmes de méthodologie du travail législatif

Le Conseil d'État a, au cours de l'année, été amené à examiner à plusieurs reprises, souvent dans des délais extrêmement brefs, des projets de texte législatif que le Gouvernement souhaitait déposer rapidement devant les Assemblées, sans que le débat soit envisagé d'être ouvert à leur sujet à une date prévisible, ou avant un certain nombre de mois. Tel a été le cas notamment s'agissant du projet de loi de modernisation sociale et du projet de loi sur les institutions sociales et médico-sociales. Lorsque, à cette façon de procéder, s'ajoute, comme cela a été le cas pour la loi de modernisation sociale, l'extrême hétérogénéité du texte considéré, cela conduit, de façon très fréquente, voire systématiquement, à la réintroduction, dans un autre texte, de tout ou partie des dispositions déjà examinées. Ainsi en a-t-il été de certaines dispositions du projet de loi de modernisation sociale dans la loi de financement de la Sécurité sociale, où figuraient aussi des dispositions (relatives à l'Établissement national des Invalides) directement liées à des dispositions examinées dans le cadre de la loi de modernisation sociale qui n'étaient pas elles-mêmes reprises (dispositions relatives au Service de santé des armées). Certaines des dispositions réintroduites le sont dans des termes précédemment arrêtés par le Conseil d'État, d'autres non. Tout cela est manifestement une source de désordres à laquelle il conviendrait de porter remède.

De même est-il particulièrement inopportun de présenter, comme cela a été le cas pour le projet de loi sur les institutions sociales et médico-sociales, des projets rédigés dans une perspective de codification selon une démarche différente de celle adoptée dans le cadre d'un processus de codification en cours, comme c'était le cas, en l'espèce, pour le Code de l'aide sociale, ou encore de réouvrir devant les Assemblées un débat sur certaines questions à propos desquelles le même processus de codification est en train de trouver son aboutissement. Le calendrier du travail gouvernemental et des débats parlementaires devrait à l'évidence être conçu de manière à éviter des enchevêtrements de procédures qui, soit débouchent sur des incohérences législatives, soit requièrent des acteurs des prodiges d'imagination sur d'autres terrains que ceux où gagneraient à s'exercer à titre prioritaire leur rigueur et leur créativité.

Les consultations obligatoires

L'ensemble des domaines couverts par la législation sociale comporte de nombreuses instances consultatives dont l'avis est légalement obligatoire avant l'intervention de la loi ou du décret. La Section a été conduite, comme ce fut trop fréquemment le cas les années précédentes, à rappeler les exigences de procédure à cet égard.



a) Travail et emploi

Aux termes de l'article L. 136-2 du Code du travail : « la Commission nationale de la négociation collective est chargée ... 2°) d'émettre un avis sur les projets de loi et décret relatifs à la négociation collective ». L'article 25 du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social tendait à modifier à l'article L. 323-8-1 du Code du travail fixant les conditions dans lesquelles les employeurs peuvent s'acquitter de l'obligation d'emploi instituée par cet article en faisant application d'un accord, les caractéristiques antérieurement assignées à cet accord. L'avis de la Commission nationale de la négociation collective n'ayant pas été sollicité, le Conseil a disjoint l'article en cause.

Le Gouvernement n'avait pas en revanche l'obligation de soumettre pour avis à cette commission un projet de décret relatif à la consultation des salariés instaurée par l'article 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, qui ne touche qu'aux modalités d'organisation et de déroulement du vote des salariés dans les différents cas prévus par la loi.

Aux termes de l'article R. 331-1 du Code du travail : « Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes est consulté sur les projets de loi et de décret ayant pour objet d'assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ». L'article 32 du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social tendait à modifier, à l'article L. 123-1 du Code du travail, les règles en vigueur pour l'établissement des faits en cas de litige relatif à l'application du principe de non discrimination à raison du sexe. Le Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes n'ayant pas été consulté, le Conseil a été contraint de disjointer cette disposition.

b) Sécurité sociale

Aux termes de l'article L. 200-3 du Code de la sécurité sociale : « les conseils d'administration de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés... de l'Agence centrale des organismes de Sécurité sociale... sont saisis pour avis, et dans le cadre de leurs compétences respectives de tout projet de mesure législative ou réglementaire ayant des incidences sur l'équilibre financier de la branche ou entrant dans leur domaine de compétence ». À l'article 14 du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social et modifiant les dispositions de la loi du 10 juillet 1989 relative à l'accueil des particuliers, à leur domicile, à titre onéreux, de personnes âgées ou handicapées, figurait une disposition tendant à prévoir que la rémunération versée aux accueillants devait donner lieu au versement d'un minimum de cotisations permettant la validation des périodes considérées pour la détermination du droit à pension. La Caisse nationale d'assurance vieillesse n'ayant pas été consultée sur ce point qui pouvait, au demeurant, être réglé par voie réglementaire, le Conseil a écarté cette disposition.

c) Santé

Saisie d'un projet de décret modifiant le décret n° 84-131 du 24 février 1984 portant statut des praticiens hospitaliers, la Section sociale a estimé que, en



l'état de la réglementation et s'agissant d'un texte statutaire, la consultation du Conseil supérieur des hôpitaux était obligatoire.

Conformément à une jurisprudence constante, la consultation du Conseil supérieur des hôpitaux a un caractère facultatif aux termes de l'article 1er du décret n° 58-1202 du 11 décembre 1958 modifié relatif aux hôpitaux et hospices publics qui prévoit que ce Conseil « peut être appelé à donner son avis sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement administratif, financier et médical desdits établissements ainsi que sur les questions relatives au statut des différentes catégories de personnel médical qui y sont attachés ».

Elle a en revanche été rendue obligatoire par certaines dispositions du même décret, en particulier son article 44 aux termes duquel : « Un ou plusieurs décrets pris en Conseil d'État sur avis du Conseil supérieur des hôpitaux prévu à l'article 1^{er} (...) déterminera : 10°) le statut du personnel médical et des laboratoires hospitaliers comportant notamment les conditions de recrutement, de nomination, de rémunération et de discipline des médecins, chirurgiens et spécialistes qui peuvent être différentes selon que ces praticiens consacrent ou non toute leur activité professionnelle à l'hôpital, des pharmaciens gérants, des internes et externes et, le cas échéant, des étudiants en médecine stagiaires ».

Il résulte des dispositions précitées que la consultation du Conseil supérieur des hôpitaux est obligatoire pour toutes les dispositions de nature statutaire concernant les personnels énumérés au 10° de l'article 44 du décret du 11 décembre 1958.

En revanche, s'agissant des statuts du personnel médical et scientifique des centres hospitaliers et universitaires, qui sont pris sur le seul fondement de l'ordonnance du 30 décembre 1958 et ne sont pas mentionnés à l'article 44 (10°), il a été jugé que la consultation du Conseil supérieur des hôpitaux ne revêtait pas un caractère obligatoire.⁶

Compétence juridictionnelle : fonds d'indemnisation des risques

L'application par un établissement public administratif, alimenté par des ressources publiques, d'un régime légal de réparation fondé sur le principe d'égalité devant les charges publiques, et n'appelant, du reste, aucune appréciation de droit privé tenant aux relations entre la victime et l'auteur du dommage dont elle se plaint, relève nécessairement, et dans sa totalité, de la compétence du juge administratif. Le Conseil a donc disjoint la disposition du projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2001 qui donnait aux Cours d'appel de l'ordre judiciaire la connaissance des actions engagées contre le Fonds d'indemnisation des risques liés à l'amiante créé par cette loi.

6 - CE, 19 avril 1985, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, p. 109.



Langue française

La Section, saisie d'un décret portant transposition de la directive du Conseil 76-768 modifiée en dernier lieu par la directive 93/35 du conseil relative aux produits cosmétiques, à considéré qu'à l'article R. 5263-1 de ce décret, seule la langue française devait être retenue pour la rédaction des documents exigés, en excluant l'emploi de la langue d'un des autres États membres, ces documents fussent-ils accompagnés d'une synthèse en français, comme le prévoit la directive. L'article 2 de la Constitution dans la rédaction issue de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 dispose en effet que : « la langue de la République est le français ».

Statistiques

En 2000, la Section sociale a tenu 51 séances ; au cours de l'année, la Section a examiné 268 textes, dont 17 ont été soumis à l'Assemblée générale.

Tableau 1
Répartition par nature des textes examinés

	1996	1997	1998	1999	2000
Lois, ordonnances	11	7 ^(a)	5 ^(b)	7 ^(c)	17
Lois de pays					2
Décrets article 37 & autres	105	143	111	148	99
Décrets indiv. arrêtés & décisions	285	248	205	148	148
Avis	3	3	1	3	2
Total	404	401	322	306	268

(a) Compte non tenu de l'examen de projets de loi examinés en liaison avec d'autres Sections.

(b) Compte non tenu de l'examen de projets de loi examinés en liaison avec d'autres Sections et de l'examen de livres du projet du Code de la santé publique.

(c) Compte non tenu de l'examen d'un projet de loi examiné en liaison avec une autre Section et de l'examen de 2 livres du projet de Code de la santé publique.

Tableau 2
Délais d'examen des textes législatifs en 2000

Total des affaires examinées	moins de 15 jours	de 15 jours à 1 mois	de 1 mois à 2 mois	plus de 2 mois
17	4	5	4	4



Tableau 3
Répartition par ministère d'origine des textes examinés

Ministère d'origine	Lois	Décrets réglementaires	Décrets indiv.	Avis	Lois de Pays	Total
Emploi et solidarité	10	88	148	-	-	246
Éducation nationale, recherche et technologie	-	-	-	-	-	-
Défense	-	1	-	-	-	1
Équipement, transports et logement	-	2	-	-	-	2
Agriculture et pêche	1	8	-	1	-	10
Outre-mer	6	-	-	1	-	7
Gouvernement de la Nouvelle-Calédonnie	-	-	-	-	2	2
Total	17	99	148	2	2	268

Tableau 4
Répartition des textes par matière

Matières	1996	1997	1998	1999	2000
<i>Lois et décrets réglementaires :</i>					
- Santé publique (dont fonction publique hospitalière)	54 (12)	83 (26)	63 (19)	61 (24)	52 (15)
- Sécurité sociale	22	21	23	52	30
- Autres affaires sociales	6	11	11	9	10
- Travail, emploi et formation professionnelle	31	27	18	30	18
* Juridictions : prud'hommes	-	3	-	-	-
- Anciens combattants	3	3	1	1	-
- Divers	-	2	-	2	6
<i>Décrets individuels :</i>					
- Legs	3	2	-	2	-
- Nationalité	281	246	205	146	148
- Thermalisme	1	-	-	-	-
<i>Avis :</i>					
- Santé	2	3	1	3	-
- Sécurité sociale	1	-	-	-	-
- Travail	-	-	-	-	2
- Anciens combattants	-	-	-	-	-
- Education nationale	-	-	-	-	1
- Agriculture	-	-	-	-	1
Total	404	401	322	306	268

Récapitulatif des statistiques pour 2000

Tableau 1
**Activité de l'ensemble des formations administratives
 du Conseil d'Etat**

	Section de l'intérieur	Section des finances	Section des travaux publics	Section sociale	Commission permanente	Total	dont Assemblée générale
Lois	16	44	8	9	3	80	77*
Ordonnances	12	3	5	8	-	28	26
Lois de pays	-	2	-	2	-	4	-
Décrets art. 37 & autres	123	253	142	99	-	617	6
Décrets indiv. arrêtés & décisions	258	128	49	148	-	583	-
Avis	20	5	2	2	-	29	6
Total	429	435	206	268	3	1 341	115

* Dont 2 projets de loi transposant des directives communautaires, projets de loi dits « portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire » et 1 projet de loi portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires.

Tableau 2
**Évolution de l'activité des formations administratives
 au cours des cinq dernières années**

	1996	1997	1998	1999	2000
Lois, ordonnances et lois de pays	105	89	125	97	112
Décrets art. 37 & autres	485	632	547	557	617
Décrets indiv. arrêtés & décisions	772	684	758	523	583
Avis	36	35	14	18	29
Total	1 398	1 440	1 444	1 195	1 341

* Lois de pays : à compter de 1999



Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution

Afin de permettre une information plus rapide du Parlement français sur les projets d'acte de l'Union européenne en cours de négociation qui comportent des dispositions de nature législative, la circulaire du Premier ministre du 13 décembre 1999 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999⁷, prévoit pour le Conseil d'État des délais d'examen des propositions de texte communautaires encore plus courts que ceux mentionnés dans la précédente circulaire du 21 avril 1993 (15 jours).

Désormais, le Conseil d'État doit rendre son avis dans les sept jours ouvrables suivant sa saisine ou dans les trois jours en cas d'urgence, voire dans les 24 heures en cas d'urgence absolue. Ces délais très brefs ont été respectés en 2000 : ils sont respectivement de 6 jours, 2 jours et moins de 24 heures, avec une moyenne générale à peine supérieure à 5 jours.

C'est dans ce contexte de particulière célérité que cette année, pour la première fois depuis 1995, le nombre de textes examinés par le Conseil d'État a augmenté : 344 textes en 2000 contre 306 textes en 1999. De plus, 22 demandes de dérogations fiscales présentées par les États membres et prises en application des directives 77/388/CEE (taxe sur la valeur ajoutée) et 92/81/CEE (droits d'accises) n'ont pas été soumises pour avis au Conseil d'État, compte tenu de la spécificité de la procédure d'autorisation au niveau communautaire. En effet, ces textes considérés systématiquement comme relevant du domaine de la loi sont, depuis le mois de mars 2000, directement transmis au Parlement français au titre de l'article 88-4 de la Constitution.

Cet accroissement du nombre de textes examinés par le Conseil d'État n'a pas pour autant modifié la répartition des projets d'acte entre les quatre Sections administratives compétentes. La Section des finances et la Section des travaux publics sont toujours destinataires des trois-quarts environ des projets d'acte. Viennent ensuite la Section de l'intérieur, saisie en particulier de textes relevant du domaine de la justice et des affaires intérieures, et la Section sociale.

Aucun texte portant sur la politique étrangère et de sécurité commune n'a été transmis cette année au Conseil d'État.

7 - CE, *Rapport annuel 2000*, p. 141, « EDCE » n° 51, La Documentation française.

Le pourcentage de textes comportant des dispositions de nature législative a nettement progressé cette année, passant de 50% en 1999 à 64% en 2000.

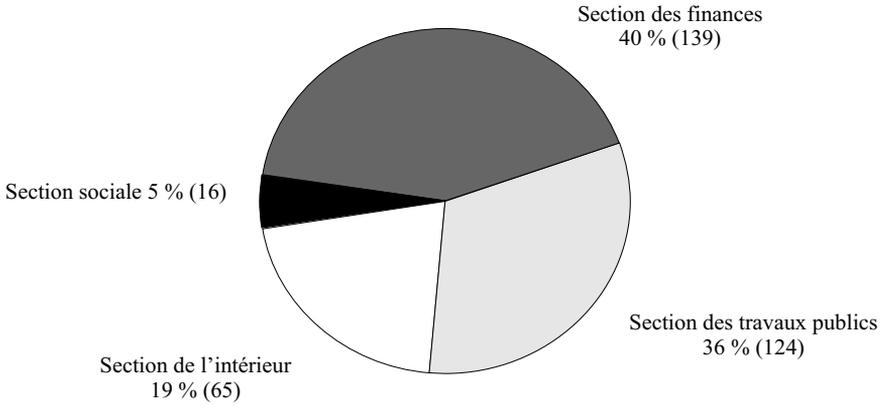
Certains de ces projets d'acte ont retenu plus particulièrement l'attention :

- proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les règles sanitaires applicables aux sous-produits animaux non destinés à la consommation humaine ;
- proposition de règlement du Conseil portant deuxième modification du règlement du Conseil relatif à un gel des capitaux et à une interdiction des investissements en relation avec la République fédérale de Yougoslavie et abrogeant les règlements du Conseil concernant la réduction de certaines relations économiques avec la République fédérale de Yougoslavie ;
- proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable ;
- proposition de règlement du Conseil sur le brevet communautaire ;
- initiative de la République française en vue de l'adoption d'une directive du Conseil relative à l'harmonisation des sanctions pécuniaires imposées aux transporteurs acheminant sur le territoire des États membres des ressortissants des pays tiers démunis des documents nécessaires pour y être admis ;
- proposition de directive du Conseil concernant l'accord européen relatif à l'aménagement du temps de travail du personnel mobile dans l'aviation civile ;
- proposition de règlement du Conseil relatif au soutien à certaines unités mises en place par la communauté internationale, suite à des conflits, pour assurer soit l'administration civile transitoire de certaines régions, soit la mise en œuvre des accords de paix.

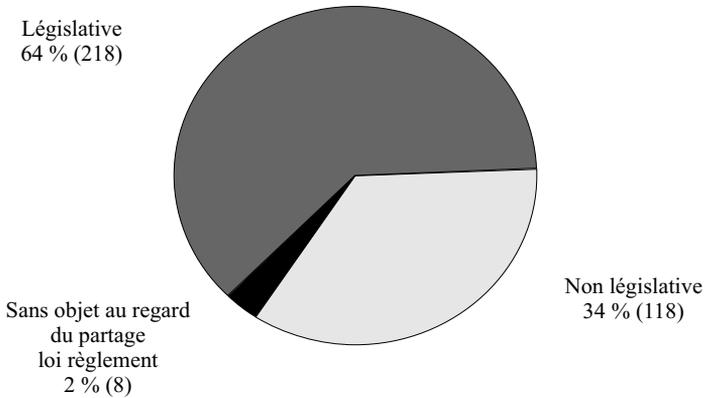
Ces quelques exemples de textes, touchant à des domaines aussi variés qu'essentiels de l'activité normative de l'Union européenne, soulignent l'intérêt de l'intervention du Conseil d'État notamment au niveau de la détermination des projets qui relèveraient en droit interne de la compétence du législateur, rendant ainsi possible une action préalable et ciblée de l'Assemblée Nationale et du Sénat sur des sujets fondamentaux.



**Répartition des propositions d'actes communautaires
entre les Sections administratives**



**Répartition des propositions d'actes communautaires
selon leur nature**



**Activité de la Section
du rapport et des études**



Les études et leurs suites

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État les études réalisées à la demande du Premier ministre tiennent une place importante à trois titres.

Elles sont d'abord la manifestation du fait que le contenu de la fonction consultative du Conseil d'État ne se limite pas à l'examen de projets de textes normatifs et au traitement de demandes d'avis sur des questions de droit mais comporte aussi des réponses aux demandes de réflexion approfondie et de propositions opératoires sur des sujets les plus variés, demandes destinées à éclairer suffisamment en amont l'orientation de politiques publiques.

Elles sont ensuite l'occasion d'une coopération, organisée sur plusieurs mois, de membres du Conseil d'État avec des représentants non seulement de diverses administrations d'État mais de divers intérêts publics ou privés, au sein d'un groupe de travail dont la composition a pour objectif de garantir une confrontation suffisante de points de vue, qui définit librement sa méthode d'approche du sujet et dont le rapport final détermine en fait très largement l'analyse et les propositions en définitive retenues par le Conseil d'État dans l'étude remise au Premier ministre.

Enfin, ces études, qui sont publiées par la Documentation française, sont une source d'information synthétique et de réflexion prospective propre, le cas échéant, à éclairer et à enrichir le débat public.

Les études remises au Premier ministre et publiées en 2000

Les deux études remises au Premier ministre et publiées en 2000 abordent des problèmes très différents. La première aborde un sujet transversal d'une grande ampleur qui est celui de la norme internationale en droit français. La seconde concerne la question plus ciblée, mais d'une importance pratique actuelle non négligeable, qui est celle des associations reconnues d'utilité publique.



La norme internationale en droit français ⁸

Le Premier ministre avait demandé au Conseil d'État de faire le point sur les questions posées par la négociation et l'insertion en droit interne des stipulations des traités et accords ⁹. La lettre de mission partait du constat, d'une part, que non seulement le droit d'origine communautaire mais d'une manière générale les stipulations internationales négociées dans un cadre multilatéral irriguent désormais les domaines les plus divers du droit, et d'autre part, qu'en dix ans la jurisprudence avait évolué dans le sens d'un contrôle plus efficace du respect de la norme internationale ainsi que des conditions de son entrée en vigueur dans l'ordre interne.

Après une analyse de la situation de fait, et notamment du nombre et des domaines d'application des normes internationales et communautaires en vigueur, une comparaison du système français d'insertion de ces normes dans l'ordre interne avec les systèmes étrangers et un inventaire exhaustif des points tranchés par voie jurisprudentielle, le Conseil d'État s'est attaché à mettre en lumière les points sur lesquels l'organisation administrative pourrait être mieux adaptée à la négociation internationale et communautaire, en mettant en particulier l'accent sur la nécessité d'une meilleure expertise juridique et d'un renforcement de la coordination interministérielle. Par ailleurs, l'étude contient, en ce qui concerne la mise en œuvre des engagements internationaux en droit interne et la mise en cohérence des règles de droit interne et des stipulations des engagements internationaux, une série de recommandations concrètes précises visant à améliorer le suivi des procédures ou à les accélérer et inspirées par le souci d'améliorer la sécurité juridique.

L'une d'entre elles, tendant à accélérer, par la mise en place d'une procédure d'accord tacite, le recueil par le ministère des affaires étrangères des consentements ministériels nécessaires à la transmission des projets de loi de ratification au Conseil d'État, a déjà donné lieu, le 10 novembre 2000, à une note du Secrétaire général du Gouvernement ayant pour objet d'expérimenter cette solution pendant un an en vue d'une éventuelle modification en ce sens de la circulaire du 30 mai 1997 du Premier ministre relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux.

S'agissant de l'accélération de la transposition des directives communautaires, objectif d'une particulière importance pratique eu égard non seulement au retard accumulé depuis des années et aux recours en manquement auxquels la France se trouve déjà exposée mais au fait qu'une directive non transposée dans les délais est susceptible sous certaines conditions de produire des effets de droit dans l'ordre interne, l'étude a recommandé d'envisager le recours à une loi d'habilitation permettant de prendre par ordonnance les mesures de transposition, du domaine de la loi, qu'appellent certaines directives. Le Gouvernement a déjà suivi cette recommandation.

8 - *La norme internationale en droit français*, coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, Paris 2000.

9 - En 1983-1984 le Conseil d'État avait de lui-même procédé à une étude sur la pénétration dans le droit interne français des stipulations des conventions internationales qui a été publiée dans la collection « Notes et Études documentaires » n° 4803 La Documentation française, 1986.

Les associations reconnues d'utilité publique ¹⁰

La commande de cette étude trouve son origine dans le vœu exprimé par des représentants du monde associatif, à l'occasion des *Assises nationales de la vie associative* en février 1999, d'une réflexion sur le cadre juridique applicable aux associations reconnues d'utilité publique. La lettre de mission du Premier ministre invitait le Conseil d'État à faire toutes propositions d'adaptation tant de la procédure de reconnaissance d'utilité publique que du régime juridique applicable aux associations bénéficiant de cette reconnaissance qu'il s'agisse des avantages en découlant ou des exigences devant en être la contrepartie.

Sur la base du rapport d'un groupe de travail auquel ont participé pendant plusieurs mois notamment des représentants d'importantes structures associatives, le Conseil d'État est parvenu à la conclusion que la reconnaissance d'utilité publique devait continuer à distinguer les associations les plus éminentes et être le signe de leur partenariat avec l'État au service de l'intérêt général, ce qui implique à la fois que l'information des membres et des donateurs soit effectuée avec le plus grand soin par les dirigeants de ces associations dans le souci constant d'améliorer la transparence et la démocratie associative et que certaines procédures soient modernisées pour ne pas entraver inutilement le bon fonctionnement de ces associations et développer leur dialogue avec les services des ministres concernés et notamment avec ceux du ministère de l'intérieur. Une dizaine de propositions concrètes procèdent de ces objectifs généraux.

Il est également apparu qu'entre les associations déclarées, qui sont de plus de 700 000, et les associations reconnues d'utilité publique, qui sont de l'ordre de 2000, il y avait place pour une catégorie, en quelque sorte intermédiaire, d'associations ne prétendant pas à la reconnaissance d'utilité publique mais qui, se consacrant localement à des tâches d'intérêt général, devraient pouvoir bénéficier d'une autorisation préfectorale de recevoir des dons et legs pendant une durée limitée. Cette possibilité, qui n'est actuellement ouverte qu'aux associations ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique et médicale devrait pouvoir, sans difficulté majeure, être élargie.

Suites données aux études antérieures

Le réalisme conduit à admettre que l'impact d'une étude publiée réalisée par le Conseil d'État sur lettre de mission du Premier ministre, ou le cas échéant d'un ministre, n'est pas toujours aisément mesurable et cela pour plusieurs raisons. L'orientation de l'étude peut être davantage de clarifier l'état du droit, de procéder à une analyse critique de l'état de fait et de suggérer des évolutions de pratiques et de comportements que de recommander des modifi-

10 - *Les associations reconnues d'utilité publique*, coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française Paris, 2000.

cations de textes normatifs. Dans le cas où la remise en cause de textes normatifs existants est recommandée, le Conseil d'État ne va pas nécessairement jusqu'à spécifier précisément le contenu des textes à y substituer, *a fortiori* à les rédiger. Enfin, il est clair que l'utilisation effective par les administrations de l'outil de travail que peut représenter une étude du Conseil d'État est étroitement dépendante tant des priorités du programme de travail gouvernemental que d'éléments purement conjoncturels d'ordre politique ou administratif.

Il peut ainsi arriver qu'un assez long délai s'écoule entre la remise au Premier ministre d'une étude dont il a saisi le Conseil d'État et la mise en œuvre d'une proposition contenue dans cette étude. À titre d'exemple, c'est à la fin de l'année 2000 que le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi portant création d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, structure dont le principe avait été initialement suggéré par une étude relative au statut et à la protection de l'enfant.¹¹

On ne peut que regretter qu'aucune suite n'ait encore été donnée à certaines études commandées par le Premier ministre au Conseil d'État, telles que celle relative à l'aménagement du droit des fondations publiée en 1997¹² ou celle sur *le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics* publiée en 1999¹³.

Cela étant, il faut aussi constater que d'autres études réalisées par le Conseil d'État ont largement contribué à la maturation des solutions à apporter à des problèmes difficiles dans des domaines variés.

C'est le cas en matière de bioéthique, où le dépôt d'un projet de loi révisant 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 est programmé pour le premier semestre 2001. L'élaboration de ce projet de loi a été engagée dès la remise au Premier ministre de l'étude du Conseil d'État, *les lois de bioéthique : cinq ans après*,¹⁴ à la fin de

11 - *Statut et protection de l'enfant*, Coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 1991.

12 - *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, Paris 1997, p. 279.

13 - *-Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics*, Coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, Paris 1999.

L'article 20, issu d'un amendement parlementaire, de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale, qui exclut du champ d'application de l'interdiction de principe faite aux fonctionnaires par le premier alinéa de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 d'exercer une activité privée à titre professionnel les agents publics dont la quotité de travail est inférieure à la moitié d'un temps complet, s'inscrit dans la ligne de l'une des recommandations générales de l'étude du Conseil d'État qui était d'aménager les dérogations au principe d'interdiction faite aux agents publics d'exercer des activités privées. Il n'épuise certainement pas pour autant la question de l'actualisation du décret-loi du 29 octobre 1936 qui reste à moyen terme un chantier important pour la fonction publique.

14 - *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, Paris 1999, faisant suite à *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, étude réalisée à la demande du Premier ministre en 1986 et publiée dans « Notes et études documentaires » n° 4855, 1988.

1999 et dont deux des recommandations essentielles – interdiction explicite dans la loi du clonage humain à des fins reproductives et ouverture, dans certaines conditions, d’une possibilité de recherche sur les cellules d’embryons surnuméraires – qui avaient trouvé de larges échos dans la presse, ont été publiquement entérinées par le Premier ministre.

C’est le cas également en matière de procédure d’appréciation de l’utilité publique des grands projets d’aménagement et d’équipement. L’étude commandée sur ce point par le Premier ministre au Conseil d’État en novembre 1998, et qui a été publiée à la fin de l’année 1999 sous le titre *L’utilité publique aujourd’hui*¹⁵, a donné lieu au début de l’année 2000 à la désignation par le Premier ministre de la ministre de l’Aménagement du territoire et de l’environnement comme chef de file de la mise en œuvre des orientations proposées par cette étude. En septembre 2000, celle-ci a annoncé dans une communication en Conseil des ministres, d’une part, l’élaboration dans les six mois d’un projet de loi visant notamment à développer suffisamment en amont une phase de débat public et, d’autre part, l’engagement du Gouvernement de soumettre systématiquement, dès maintenant et sans attendre le vote de la loi, à la Commission nationale du débat public les grandes opérations publiques d’aménagement national sous maîtrise d’ouvrage de l’État ou de ses établissements publics. L’annonce de la réforme du droit des enquêtes publiques a été confirmée par le Premier ministre lors du débat d’orientation de la décentralisation à l’Assemblée nationale le 17 janvier 2001. Parallèlement, la Section des travaux publics du Conseil d’État a été saisie d’un projet de décret relatif à la procédure d’instruction mixte et visant à ce que cette procédure soit systématiquement conduite avant l’ouverture de l’enquête publique.

C’est le cas enfin en matière de ce qu’il est maintenant convenu d’appeler société de l’information. Bien qu’elle ait été depuis relayée par d’autres travaux de sources diverses françaises ou étrangères, l’étude du Conseil d’État, *Internet et les réseaux numériques*, remise au Premier ministre en 1998¹⁶, a été largement prise en compte dans toute une série d’actions menées par le Gouvernement à la fois au plan national et au plan international. Le rapporteur général de l’étude a présenté des interventions importantes dans de nombreux colloques, conférences et séminaires internationaux pour faire connaître et expliquer les recommandations du Conseil d’État, a été associé à l’élaboration d’un projet de loi sur la société de l’information et doit être chargé par le Premier ministre de la mise en place de l’organisme de « corégulation » de l’Internet, dont le Conseil d’État avait suggéré la création et dont la préfiguration a été précisée par le rapport de M. Christian Paul qui, alors en qualité de parlementaire, avait été chargé d’une mission sur ce point.

15 - *L’utilité publique aujourd’hui*, Coll. « Les études du Conseil d’État », La Documentation française, Paris 1999.

16 - *Internet et les réseaux numériques*, Coll. « Les études du Conseil d’État », La Documentation française, Paris 1998.



Perspectives pour l'année 2001

Deux études ayant fait l'objet de lettres de mission du Premier ministre des 9 novembre et 6 décembre 2000 sont actuellement en cours de réalisation.

Règles d'entrée en vigueur et modes de publicité des textes normatifs

Cette étude a pour objet la conduite d'une réflexion et la formulation de propositions portant à la fois d'une part, sur le bien fondé des règles d'entrée en vigueur des textes normatifs établies au siècle dernier (décret du 5 novembre 1870 et, le cas échéant, ordonnances royales du 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817) et d'autre part, sur la place respective du Journal officiel et d'autres modes de diffusion dans le dispositif permettant d'assurer, pour chaque type de texte normatif, une publicité adéquate.

Le groupe de travail constitué à cette fin aura sans doute à s'interroger sur les raisons profondes pour lesquelles, en matière de conditions juridiques d'entrée en vigueur des lois et règlements, les travaux auxquels s'était livrée sur ce point, sous la IV^e République, la commission de réforme du Code civil n'ont jamais abouti. Il y aura lieu aussi d'examiner si le Journal officiel contient tous les actes des autorités de l'État et de ses établissements publics qu'il devrait contenir et, symétriquement, s'il ne devait pas être allégé de certains éléments qui pourraient trouver des supports plus adaptés aux publics concernés et prenant en compte le développement rapide des sites installés par les personnes publiques sur le réseau Internet.

Influence internationale du système juridique français

À partir du constat que le droit constitue de plus en plus un vecteur d'influence économique et contribue, au moins autant que par le passé, à la diffusion d'un modèle culturel, cette étude devrait examiner la contribution respective des systèmes juridiques romano-germanique et anglo-saxon à la construction politique de l'Europe et à l'élaboration d'un ordre juridique mondial, analyser le processus « d'hybridation » en cours de ces deux systèmes et déterminer les secteurs stratégiques qui font ou doivent faire l'objet de négociations au plan communautaire et international. Les questions à se poser concerneront alors à la fois les objectifs – quels éléments du droit français convient-il de s'attacher à exporter et sur quels points convient-il, au contraire, d'être ouvert à des règles ou pratiques d'autres systèmes juridiques susceptibles de provoquer des évolutions souhaitables du droit français ? – et les moyens – quels peuvent être les terrains privilégiés et les vecteurs d'une stratégie d'influence juridique ? –

Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2000

Le Code de justice administrative qui entre en vigueur au 1er janvier 2001 retrace dans ses articles L-911-1 à L-911-10, ainsi qu'aux articles R-921-1 à R-921-8 et R-931-2 à R-931-9 les dispositions applicables à l'exécution des décisions rendues par les juridictions administratives.

L'article R-921-8 du Code de justice administrative prévoit qu'à l'issue de chaque année civile, les présidents de chaque tribunal et de chaque cour rendent compte au président de la Section du rapport et des études des principales difficultés rencontrées. Le présent rapport présente donc une synthèse complète de cette activité au sein des juridictions administratives.

Évolution statistique

Le nombre total de saisines des juridictions, incluant le Conseil d'État, les cours et les tribunaux administratifs est de 1 614¹⁷ demandes en 2000 contre 1 616 en 1999, 1 288 en 1998 et 1 461 en 1997, soit une stabilité du nombre de saisines par rapport à l'année précédente.

Le nombre total d'affaires effectivement réglées est en progression sensible, soit 1 434 contre 1 240 en 1999 et 1 223 en 1998. Les tribunaux administratifs ont réglé 18,3 % d'affaires en plus que l'année précédente et les cours administratives d'appel ont réglé 21 % d'affaires en plus qu'en 1999.

Le pourcentage d'affaires réglées en phase administrative par les cours administratives d'appel est également en hausse – 76,36 % en 2000 contre 71,64 % en 1999 et 71,25 % en 1998. Le pourcentage d'affaires réglées en phase administrative par les tribunaux administratifs a, quant à lui, fléchi en 2000 – 64,74 % contre 79,94 % en 1999 et 68,24 % en 1998.

17 - On notera que ce chiffre ne prend pas en compte 51 saisines mal dirigées qui ont été renvoyées par le Conseil d'État aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel après vérification. On doit cependant noter que ces décisions de renvoi ont été en 2000 plus nombreuses qu'au cours des années précédentes, signe, sans doute, d'une insuffisante information des requérants sur la répartition des compétences d'exécution au sein de la juridiction administrative.

L'exécution des décisions de justice devant la Section du rapport et des études du Conseil d'État

Les saisines de la Section au titre de l'exécution

En 2000, la Section du rapport et des études du Conseil d'État a été saisie de 208 affaires d'exécution. Ce chiffre est un peu inférieur à celui de 1999 qui s'élevait à 226 saisines. Cette diminution n'est pas suffisamment significative pour qu'il puisse en être fait une interprétation.

Le nombre de demandes d'éclaircissement, en application de l'article 58 du décret du 30 juillet 1963 modifié a légèrement fléchi (6¹⁸ en 2000 contre 10 en 1999 et 13 en 1998), ainsi que le nombre de demandes d'astreinte *a posteriori*¹⁹ en application de la loi du 16 juillet 1980 (40 en 2000 contre 47 en 1999 et 44 en 1998). La Section du rapport et des études a été saisie en 2000 d'un nombre moins élevé de dossiers de liquidation d'astreinte (23 en 2000 contre 43 dossiers en 1999 et 10 en 1998). Le nombre de demandes d'aide à l'exécution (hors dossiers transférés aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel) est, lui, en légère augmentation (139 dossiers en 2000 contre 126 dossiers en 1999 et 135 en 1998).

Les résultats obtenus

La Section du rapport et des études a réglé en 2000 un nombre de dossiers peu différent de celui de l'année précédente, 196 contre 203 en 1999.

Comme les années précédentes, la Section du rapport et des études s'est efforcée de répondre dans le délai d'un mois aux demandes d'éclaircissement, présentées par les ministres au titre de l'article 58 du décret du 30 juillet 1963. Ces réponses ont en particulier concerné les demandes du secrétaire d'État au Logement sur les conséquences à tirer de l'annulation, prononcée par le Tribunal administratif de Lille, d'une délibération d'un syndicat mixte approuvant la révision du schéma directeur de développement et d'urbanisme d'une grande métropole du nord de la France, du ministre de la fonction publique sur les conséquences à tirer de l'annulation d'une délibération d'un conseil municipal décidant de l'intégration du personnel du centre communal d'action sociale dans le personnel communal, du ministre des affaires étrangères s'agissant de l'exécution d'une décision du Conseil d'État enjoignant à l'administration de placer rétroactivement dans une position régulière un ancien ambassadeur, et du ministre de l'économie, des finances et de

18 - Dont 4 demandes émanant de ministres et 2 en application anticipée du Code de justice administrative.

19 - Demandes d'astreintes en vue de l'exécution d'une décision juridictionnelle déjà rendue par opposition aux astreintes dont peuvent être assorties les demandes d'injonction de l'article L-911-1 du Code de justice administrative.

l'industrie sur les conséquences d'une annulation, par le Conseil d'État, d'une décision à la suite de laquelle il a été mis fin aux fonctions d'un agent public à la banque européenne de reconstruction et de développement.

Le plus grand nombre d'affaires réglées au fond (142 contre 121 en 1999) concerne la procédure d'aide à l'exécution en application de l'article 59 du décret du 30 juillet 1963 modifié. Le délai moyen de classement des dossiers est passé de 6 mois en 1999 à 5 mois en 2000. Ce délai encore élevé démontre que certains dossiers nécessitent un temps de traitement encore trop long (10 affaires ont été réglées en plus d'un an). Ces dossiers plus lourds exceptés, le délai moyen de règlement est de trois mois, ce qui paraît un délai raisonnable.

Les demandes d'astreinte enregistrées à la Section du contentieux sont instruites par la Section du rapport et des études. Sauf cas particulier, la Section s'est efforcée comme l'année passée de renvoyer les demandes, pour jugement, à la Section du contentieux dans un délai qui n'excède pas six mois. Sur 25 demandes d'astreintes renvoyées en 2000 à la Section du contentieux, près de la moitié ont pu être jugées dans l'année. Il est arrivé que les requérants se désistent après le retour du dossier au contentieux, ce dont on peut conclure que les diligences de la Section du rapport et des études ont finalement permis d'aboutir à l'exécution. Parmi les affaires renvoyées au contentieux, 6 proposaient le prononcé d'une astreinte.

La Section du rapport et des études est en outre systématiquement ressaisie par la Section du contentieux après le prononcé d'une astreinte et est amenée, à l'expiration du délai fixé par la décision d'astreinte, à intervenir à nouveau auprès de l'administration pour connaître les mesures prises pour l'exécution. Il est donc veillé très précisément à l'exécution de la chose jugée dans les délais impartis. Si l'exécution a lieu hors délai, la Section propose le plus souvent qu'il soit procédé à la liquidation définitive de l'astreinte, pour la période de dépassement. En 2000, sur les 23 dossiers de liquidations d'astreinte qu'elle a eu à connaître, la Section a renvoyé 14 dossiers au contentieux avec proposition de liquidation de l'astreinte (3 propositions de liquidation définitive et 11 propositions de liquidation provisoire).

La possibilité offerte aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel, par l'article L-8-4 du code, de renvoyer à la Section du rapport et des études une demande d'exécution relevant de leur compétence est très peu utilisée. Les contacts téléphoniques sont toutefois nombreux, sous la forme d'échanges avec le Conseil d'État, principalement sur des questions de procédure.



L'exercice des compétences d'exécution par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel

En application des dispositions issues de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et de son décret d'application aujourd'hui codifiées sous les articles L-911-4 et R-921-1 et suivants du Code de justice administrative, ces juridictions peuvent être saisies de réclamations des parties intéressées en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt. La procédure comporte deux phases distinctes. À l'occasion de la phase administrative, dont la durée est limitée à six mois, les présidents de juridiction sont invités à rechercher, par leurs diligences, l'exécution de la décision, sans être tenus par les exigences de la procédure écrite. À l'expiration de ce délai, peut être ouverte la phase juridictionnelle, initiée soit par le président de la juridiction si l'exécution n'a pu être obtenue, soit par le requérant, en contestation d'une ordonnance de classement.

Les saisines semblent inégales selon les juridictions. Certaines font état d'une baisse sensible des saisines et d'autres, d'une forte augmentation. S'agissant des cours administratives d'appel, les Cours de Marseille et de Nancy font état d'une diminution significative des saisines par rapport à 1999, alors que la Cour de Lyon enregistre une hausse de plus de 15 % et la Cour de Paris une augmentation de 60 %. Les saisines de la Cour de Bordeaux sont, quant à elle, restées stables. S'agissant des tribunaux administratifs, les Tribunaux d'Amiens, Bastia, Nantes, Rennes et Rouen indiquent une importante diminution des saisines alors que les Tribunaux de Dijon, Grenoble, Poitiers, Toulouse et Papeete font état d'une augmentation significative. Il n'y a pas d'explication rationnelle à ces différences ni de lien évident entre le nombre de décisions rendues et celui des saisines de demandes d'aide à l'exécution. Il faut admettre que ces variations sont liées à des effets de pure conjoncture.

Il est à noter, de façon préliminaire, l'intérêt croissant porté par les juridictions aux problèmes d'exécution des décisions de justice et en particulier à la phase administrative. Plusieurs juridictions indiquent qu'après avoir, dans les premières années d'exercice de leur compétence, eu la tentation de « juridictionnaliser » assez vite les dossiers, elles privilégient la concertation avec l'administration, dans le cadre de la phase administrative. Ainsi, le président de la Cour de Douai estime que, bien que l'étude par le juge d'un dossier sous l'angle des mesures à prendre soit « coûteuse en temps », l'expérience prouve que l'indication le plus en amont possible des mesures à prendre accélère l'exécution, notamment quand l'administration cherche à gagner du temps ou ne sait pas bien ce qu'il faut faire. En outre, cette indication est utile aux deux parties car le demandeur surestime souvent les droits qu'il tient du jugement. Le président de la Cour administrative d'appel de Lyon a indiqué son souhait de voir réduire les délais de classement des affaires et fait part de son intention de faire clairement état, dans les courriers adressés à l'administration, des dispositions des articles L 312-2 L 312-7 et L 313-13 du Code des juridictions financières.

L'intérêt croissant porté aux procédures d'exécution a conduit les juridictions à renforcer les services et à affecter des agents du greffe à cette procédure, afin d'accélérer le traitement des dossiers. Tel est le cas pour la Cour administrative d'appel de Marseille où l'action d'un agent affecté à cette tâche a permis de résoudre plus rapidement la majorité des dossiers. Le Tribunal administratif de Toulouse a, quant à lui, affecté un magistrat ayant pour mission de gérer les dossiers en phase amiable afin de mesurer, à titre expérimental, l'impact d'une gestion plus approfondie de la phase administrative.

Dans cet ordre d'idées, est à souligner l'initiative de la Cour administrative d'appel de Bordeaux qui a consacré une journée d'étude aux questions posées par l'exécution des décisions de justice, rassemblant une centaine de personnes parmi lesquelles avocats, universitaires, étudiants en doctorat, hauts fonctionnaires, magistrats administratifs du ressort. Cette journée avait été précédée d'une rencontre avec les collaborateurs du trésorier payeur général de la Gironde au cours de laquelle les questions du paiement des intérêts et l'aide que les comptables publics peuvent apporter aux collectivités locales en matière d'exécution ont notamment été évoquées.

Globalement les résultats sont donc bons et le délai moyen de classement des dossiers varie de 2 à 6 mois, à l'exception du Tribunal administratif de Grenoble où le délai est d'un an environ.

Les remarques générales sur la procédure d'aide à l'exécution formulées par les juridictions réitèrent, cette année encore, les difficultés rencontrées à l'issue de la phase administrative de 6 mois et les interrogations qui se posent sur l'opportunité de basculer systématiquement en phase juridictionnelle alors que l'exécution est annoncée dans un délai rapide par l'administration. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Bordeaux, la Cour administrative d'appel de Marseille et le Tribunal administratif de Marseille précisent que ce délai n'a pas été observé toutes les fois où le règlement amiable paraissait possible mais retardé par des problèmes budgétaires ou procéduraux. Au contraire, plusieurs juridictions qui déplorent l'inertie de l'administration au cours de la phase administrative, n'hésitent pas à ouvrir, comme les textes le permettent, la phase juridictionnelle avant l'expiration du délai de six mois lorsque les difficultés d'exécution posent une question de droit délicate ou non encore réglée par la jurisprudence.

Les difficultés d'exécution constatées en 2000

Les causes de l'inexécution

C'est le plus souvent l'ignorance ou la lenteur des services, plus que le refus d'exécuter la chose jugée, qui explique le dépassement du délai raisonnable d'exécution.

En effet, comme l'indique la Cour administrative d'appel de Paris et ainsi que l'ont relevé un certain nombre de juridictions et la Section du rapport et des



études, la technicité des règles jurisprudentielles du contentieux de la fonction publique et des règles afférentes aux intérêts de retard impliquent des échanges de correspondances avec les services qui allongent considérablement la procédure avant de parvenir à l'exécution complète d'une décision de justice.

S'agissant du contentieux de la fonction publique, qui semble cette année encore être le contentieux dans lequel se pose le plus de difficultés d'exécution, l'obligation de réintégration juridique à la date d'effet de la décision annulée, la notion d'emploi équivalent, les effets de l'annulation d'un concours ou d'un tableau d'avancement restent des points mal connus des administrations qui, souvent, se contentent d'une exécution a minima en omettant la reconstitution des droits à pension par exemple, exécution qui ne peut qu'être sanctionnée comme incomplète par le juge de l'astreinte.

De même, le fait que les administrations semblent ignorer ou feignent d'ignorer que toute condamnation au versement d'une somme d'argent entraîne le versement des intérêts, notamment sur les sommes allouées au titre des frais irrépétibles, majorés de cinq points deux mois après la notification du jugement, en vertu de la loi du 11 juillet 1975, occasionne des lenteurs dans la procédure d'exécution, particulièrement irritantes. Cet état de fait implique fréquemment le prononcé d'astreinte, alors que l'affaire est réglée au fond, en raison du seul non paiement des frais irrépétibles ou des intérêts y afférents. Cette année encore, la Section du contentieux a prononcé des astreintes pour seul non paiement des frais irrépétibles. De façon générale, le versement des frais irrépétibles est une source de grandes difficultés. Le Conseil d'État insiste donc sur la nécessité, notamment pour les administrations de l'État, de mandater les sommes dues au titre des frais irrépétibles et les intérêts y afférents en même temps que sont tirées les conséquences au fond de la décision juridictionnelle.

Une autre difficulté consiste en la vision très extensive qu'ont les requérants des pouvoirs du juge de l'exécution. Il faut souligner que, dans ce cadre, le juge n'a pas la possibilité de se prononcer sur la légalité des nouvelles décisions prises par les autorités concernées. La Cour administrative d'appel de Paris déplore ainsi le fait que 17 demandes d'exécution enregistrées par elle en 2000 consistaient soit à obtenir des mesures d'exécution différentes de celles impliquées par la décision, soit à contester la légalité des nouvelles décisions prises, soulevant ainsi des litiges distincts de ceux tranchés par la décision dont l'exécution est demandée.

Quelques problèmes de procédure, qui subsistent, ont pu être réglés cette année. Interrogée par le Tribunal administratif de Versailles, la Section du rapport et des études a indiqué, après avis de son comité restreint que, lors de la phase administrative de la procédure d'exécution, le juge administratif ne saurait opposer un refus à toute demande d'exécution d'une décision de nature pécuniaire prononcée à l'encontre d'une personne privée dont il aurait eu à connaître.

Au-delà de ces difficultés, persistent des comportements plus inexcusables, de mauvais vouloir ou de volonté délibérée de ne pas exécuter la chose jugée. Certaines affaires choquantes méritent d'être signalées.

Il convient tout d'abord de rappeler deux affaires de licenciement des services d'un conseil régional, dont il est fait mention depuis plusieurs années déjà dans le rapport public du Conseil d'État, dans lesquelles, malgré le prononcé d'astreintes et leur liquidation provisoire, les décisions de justice, prononcées en 1991 et 1994, n'ont pas été à ce jour exécutées, les agents n'ayant obtenu ni leur « réintégration juridique », ni qu'il soit statué à nouveau sur leur situation administrative.

La commission nationale de la coiffure a, à la suite de l'annulation contentieuse de plusieurs décisions relatives à la validation de capacité professionnelle de coiffeurs, en méconnaissance de la chose jugée au contentieux, assorties d'injonction dans certains cas, réitéré systématiquement le refus de validation selon des motifs identiques à ceux précédemment annulés. Il a fallu l'intervention de la Section du rapport et des études aux cabinets du ministre de l'économie et des finances et du Premier ministre, ainsi que le prononcé de quatre injonctions sous astreinte, et la menace de condamnations successives, pour que la commission accorde les validations professionnelles sollicitées. L'ensemble des dossiers dont la Section du rapport et des études a eu à connaître sont réglés à ce jour.

D'une façon générale, il est possible de regrouper les difficultés d'exécution sous huit rubriques principales.

Les principaux domaines de difficultés

Évictions illégales

Cette année encore, les questions soumises, au titre de l'inexécution, concernent prioritairement l'éviction des cadres des fonctions publiques, que ce soit devant la Section du rapport et des études du Conseil d'État ou devant les cours et les tribunaux administratifs. Les problèmes ne sont cependant pas foncièrement nouveaux mais ont trait à l'ignorance des procédures nécessaires par les administrations.

Le Tribunal administratif de Montpellier fait état d'une situation aberrante où l'administration fait valoir, dans le cas d'une reconstitution de carrière d'un fonctionnaire de l'État, que la situation de l'intéressé est trop complexe pour être réglée rapidement alors que cette personne est âgée de 85 ans.

La Section du rapport et des études a eu cette année encore l'occasion de confirmer que la reconstitution de carrière impliquait la reconstitution des droits à pension mais que les prélèvements sociaux sur des rappels de traitement doivent être effectués selon le taux en vigueur à la date où l'indemnité est versée.



Annulation de délibérations de jury de concours

La Section du rapport et des études a également, cette année encore, été amenée à faire application de la jurisprudence *Lugan*²⁰ suite à l'annulation de la délibération d'un jury de concours pour le recrutement d'un gardien de la paix, les nominations individuelles ultérieures n'ayant pas été attaquées. La Section du rapport et des études n'a pu qu'indiquer au requérant qu'il lui incombait de saisir l'administration, sous le contrôle du juge, d'une demande d'indemnité en réparation de la perte d'une chance.

Annulation de textes réglementaires

Dans le cas de l'annulation de textes réglementaires, l'annulation se suffit souvent à elle-même. C'est ce qui a été indiqué à l'Union nationale des syndicats CGT des CROUS, dans le cadre de l'annulation de circulaires relatives aux régimes d'autorisations d'absence et de congés des personnels des CROUS.

Il arrive cependant que la publication d'un nouvel acte réglementaire soit rendue nécessaire en l'absence de réglementation antérieure à l'acte annulé. Ainsi, l'annulation d'une disposition de la circulaire du ministre chargé des anciens combattants relative à la prise en charge des frais d'hébergement des pensionnés militaires à l'occasion des traitements thermaux, à la suite de la suppression des centres thermaux des armées, implique la prise d'un nouveau décret fixant les nouvelles dispositions réglementaires en matière de prise en charge par l'État des frais de soins et d'hébergement pour cure thermale au bénéfice des titulaires d'une pension militaire d'invalidité. Un désaccord entre le ministre de la défense et le ministre du budget sur l'élaboration du projet de décret a conduit la Section du rapport et des études à saisir le Premier ministre de cette affaire, pour tenter de débloquer la situation.

Statut des étrangers

La Section du rapport et des études a eu l'occasion, à de nombreuses reprises, de faire application de la jurisprudence de la Section du contentieux selon laquelle l'annulation d'une reconduite à la frontière, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'implique pas la délivrance d'un titre de séjour mais seulement celle d'une autorisation provisoire de séjour prévue par l'article III de l'article 22 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, dans sa rédaction issue de la loi du 11 mai 1998.

Par ailleurs, le Tribunal administratif de Dijon souligne la difficulté qui consiste à faire exécuter un jugement annulant une expulsion sur le fondement de l'article 8 de la convention précitée, lorsque l'intéressé se trouve dans l'impossibilité de rejoindre le territoire français, faute de titre de séjour à présenter aux services de la police aux frontières.

20 - CE Sect.. 10 octobre 1997 rec. p.346

Condamnation au versement d'une somme d'argent

La complexité des circuits financiers, les délégations de crédits qui, s'agissant des administrations déconcentrées, interviennent à des périodes déterminées, les contraintes budgétaires liées à la clôture des exercices budgétaires induisent des délais de paiement souvent bien trop longs.

Le Tribunal administratif de Montpellier déplore une situation où l'administration fiscale, alors que le tribunal a annulé pour erreur manifeste un refus de remise gracieuse d'une imposition locale, a purement et simplement repris une décision identique.

Une clarification jurisprudentielle certaine est intervenue cette année s'agissant du droit aux intérêts moratoires, dans le cas où la décision en cause est une annulation pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État a en effet considéré²¹ qu'un jugement prononçant une simple annulation ne constituait pas une condamnation au sens des dispositions de l'article 1153-1 du Code civil et que, dans ces conditions, le requérant ne pouvait prétendre au bénéfice d'intérêts sur la somme allouée en exécution de la décision en cause. Cette demande ne peut relever que d'un litige distinct.

Remembrement rural

Ces dossiers posent de réels problèmes en raison des complexités de la procédure. Le Tribunal administratif d'Orléans fait état de l'extrême lenteur mise à exécuter un jugement du 31 janvier 1984, annulant une décision d'une commission départementale d'aménagement foncier. Cette commission n'ayant pas statué dans le délai d'un an, l'affaire a été renvoyée, conformément aux dispositions de l'article L-121-10 du Code rural, à la commission nationale qui, à ce jour, n'a pas non plus statué. Le Tribunal administratif de Pau mentionne une affaire enregistrée en 1997 et toujours dans l'attente d'une décision de la commission nationale d'aménagement foncier.

À titre d'exemple, on citera le cas d'une commune dans laquelle l'annulation en 1993 de décisions intervenues en 1989 de la commission départementale d'aménagement foncier pour illégalité de la désignation du géomètre-expert n'a toujours pas trouvé de solution à ce jour. L'affaire est pendante devant la commission nationale d'aménagement foncier mais ne trouve pas de solution en raison de la lenteur mise à la désignation d'un nouveau géomètre-expert par les autorités locales. Dans une autre, l'annulation en 1983 et 1984 de décisions de la commission départementale d'aménagement foncier n'a pas encore permis que la procédure soit reprise, l'affaire ayant été compliquée par des contentieux adjacents. Une astreinte a été prononcée. Toutefois, la commission nationale d'aménagement foncier ayant pris une nouvelle décision qui se borne à surseoir à statuer, l'astreinte a été liquidée.

La commission nationale d'aménagement foncier, consciente des délais mis à l'exécution des décisions de justice et des difficultés auxquelles elle se trouve

21 - CE, n° 28 juillet 2000, *Roca*, n° 191376.

confrontée, a demandé à la Section du rapport et des études du Conseil d'État de réfléchir aux améliorations qui pourraient être apportées au fonctionnement de la commission nationale, à ses pouvoirs par rapport aux commissions communales et départementales, commissions départementales, lesquelles, bien souvent, laissent passer le délai d'un an imparti par l'article L-121-10 du Code rural, avant de saisir systématiquement la commission nationale qui doit faire face à un afflux de dossiers.

Versement des frais irrépétibles

Le Tribunal administratif de Nantes évoque le cas où une association syndicale, après avoir restitué à certains de ses membres le montant des taxes indûment mises à leur charge, s'est avérée dans l'impossibilité de s'acquitter du paiement des frais irrépétibles auxquels elle avait été condamnée par le tribunal. Il déplore, par ailleurs, la lenteur avec laquelle l'administration s'acquitte du règlement des sommes dues au titre de l'article L-8-1 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, et du versement des intérêts y afférents, règlement qui nécessite de nombreuses interventions et un délai important.

Tarification sanitaire et sociale

Les problèmes exposés dans le rapport public 2000, concernant les difficultés rencontrées par la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions du juge tarifaire annulant les prix de journée et les dotations globales de fonctionnement des établissements à caractère social, médical ou médico-social, demeurent plus que jamais d'actualité, ainsi que les recommandations faites à plusieurs reprises par le Conseil d'État au Gouvernement d'envisager une réflexion sur la portée des décisions du juge tarifaire et leurs difficultés d'exécution, afin de rendre aux juridictions tarifaires leur pleine souveraineté. Dans le cas contraire, les décisions de ces juridictions resteraient très difficiles à exécuter. C'est la recherche même des conditions de cohérence entre cette voie de recours juridictionnelle et le régime des dotations aux établissements publics de santé qui se trouve posée, les conséquences de la réforme de 1996 n'ayant pas encore suffisamment été tirées.

Conclusion

L'expérience, tant du Conseil d'État que des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, fait apparaître une exigence de plus en plus marquée, de la part des requérants et de leurs conseils, à l'égard de la réelle effectivité des décisions de justice. Parallèlement, on constate l'importance que ces affaires d'exécution prennent, dans l'activité des juridictions et dans la jurisprudence, compte tenu du nombre croissant des cas où le juge est



appelé à définir, notamment dans le cadre des demandes d'injonction, les conséquences nécessaires de ses décisions.

Pour autant, il ne faudrait pas en déduire que l'inexécution serait elle-même en croissance. On doit, au contraire, constater que les administrations, souvent par le renforcement de leurs services juridiques, se mettent de mieux en mieux en mesure de tirer les conséquences nécessaires des décisions juridictionnelles. Il ne faut pas néanmoins négliger les difficultés du droit de l'exécution. Le défaut d'exécution est souvent lié à l'incertitude qu'a l'administration sur la portée de ses propres obligations. Cette situation a récemment conduit le Gouvernement à modifier le régime de recevabilité des demandes d'éclaircissement issu de l'article 58 du décret du 30 juillet 1963 modifié. À compter du 1er janvier 2001, celles-ci peuvent, comme le prévoit l'article R-931-1 du Code de justice administrative, être présentées par toute « autorité intéressée » et non plus seulement par les ministres. Il est encore trop tôt pour évaluer l'incidence quantitative d'une telle réforme. Par ailleurs, la Section du rapport et des études aura à définir, en fonction des saisines, la notion d'« autorité intéressée ». Elle a, d'ores et déjà, admis la recevabilité de demandes présentées par les présidents d'exécutifs locaux et en revanche demandé la régularisation d'une demande présentée par le chef des services juridiques d'un département.

Toutefois, la réelle source d'incompréhension entre les bénéficiaires des décisions de justice et les administrations, reste la longueur des délais mis par l'administration à exécuter. Ces délais sont parfois explicables par la complexité des procédures à mettre en œuvre quand il s'agit, par exemple, de calculer rétroactivement l'attribution de certaines indemnités ou qu'il faut reprendre des textes supposant des consultations mais ils sont encore trop souvent aussi liés à la simple inertie, voire au mauvais vouloir, de l'administration. Dans ce cas, le prononcé d'astreinte, par le juge administratif, constitue le moyen le plus efficace pour éviter de nouveaux contentieux. Dans l'ensemble, les procédures d'aide à l'exécution sont désormais connues par les requérants et semblent répondre de manière satisfaisante à leur objet.



Statistiques

Tableau 1

Évolution de l'activité de la Section du rapport et des études en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative

Au 31 décembre 2000	1996	1997	1998	1999	2000
Affaires enregistrées	398	355	202	226	208
Affaires réglées	788	449	287	203	196
Affaires en cours	265	171	86	109	121

Tableau 2

Évolution des demandes d'astreinte, d'aide à l'exécution et d'éclaircissement

	1996	1997	1998	1999	2000
Demandes d'astreinte	125	98	54	90	63 ⁽¹⁾
Demandes d'aide à l'exécution	265	245	135	126	139
Demandes d'éclaircissement	8	12	13	10	6
Total	398	355	202	226	208

(1) dont 23 dossiers de liquidation d'astreinte

Tableau 3

Évolution de la répartition par matière des saisines de la Section

Matière	1996	1997	1998	1999	2000
Fonction publique :	111	106	75	74	64
– fonction publique de l'État	87	53	36	42	47
– fonction publique territoriale	24	53	39	32	17
Urbanisme	23	12	7	3	9
Domaine et travaux publics	10	7	4	8	6
Étrangers	24	26	15	17	16
Remembrement	9	17	9	12	8
Contributions et taxes	15	6	4	6	6
Communication de documents administratifs	5	7	4	1	2
Enseignement	16	4	2	0	0
Professions réglementées	3	1	1	6	26
Pensions	13	13	9	3	9
Affaires sociales	44	25	12	47*	13
Incompétence	70	90	27	23	35
Divers	55	41	33	26	14

Tableau 4
**Activité de la Section du rapport et des études en 2000
en matière d'exécution des décisions de la juridiction administrative**

Affaires enregistrées en 2000	208
Rejets pour incompétence	35
Constat que les mesures d'exécution sont intervenues	113
Renvoi des demandes d'astreinte à la Section du contentieux après instruction ⁽¹⁾	48
Total des affaires réglées en 2000	196
Affaires en cours au 01.01.2001	121

(1) dont 23 dossiers de liquidation d'astreinte

Tableau 5
**Demandes d'aide à l'exécution devant les juridictions administratives
au cours de l'année 2000**

	Conseil d'État	Cours administratives d'appel	Tribunaux administratifs	Total
Saisines	208	521	885	1 614
Affaires réglées	196	495	743	1 434
% d'affaires réglées en phase administrative		76,36 %	64,74 %	



L'action internationale du Conseil d'État

L'action internationale du Conseil d'État conduite, dans le cadre de la politique du Gouvernement, sous l'autorité du Vice-président, par la Section du rapport et des études, en liaison avec le Secrétariat général, si elle n'a pas, en 2000, revêtu une ampleur aussi considérable qu'à la veille du bicentenaire, n'a pas pour autant marqué le pas.

Le Vice-président, accompagné de membres du Conseil et, dans certains cas, d'universitaires et de représentants des professions juridiques, s'est rendu à plusieurs reprises hors de nos frontières, en particulier aux Pays-Bas, à Chypre et en Roumanie.

En Roumanie, la délégation du Conseil d'État a été reçue, non seulement par le Conseil d'État roumain, mais également par le Conseil constitutionnel, les assemblées, le Premier Ministre et le Président de la République ; les échanges qui se sont développés à cette occasion ont confirmé l'intérêt que les autorités roumaines portent à la coopération juridique entre la France et la Roumanie, celle-ci se développe de fait tant entre hautes juridictions qu'entre différentes institutions juridictionnelles, entre avocats, entre universités, et devrait connaître un nouveau développement avec le jumelage intervenu en 1999 entre la Chancellerie française et le Ministère roumain de la justice, sur financement de la Commission européenne, pour la période de novembre 1999 à novembre 2001.

Europe

Le Conseil d'État n'a pas reçu, en 2000, moins de dix délégations allemandes, les unes composées de professeurs et d'étudiants, les autres de hauts fonctionnaires fédéraux ou des landers.

Ont de même été accueillies des délégations d'administrateurs civils espagnols, une de magistrats du Tribunal de première instance d'Athènes, et plusieurs délégations polonaises de hauts fonctionnaires en activité ou en formation, l'une conduite par le Secrétaire général du gouvernement polonais.

Si le programme de coopération avec la Russie qui tend au renforcement de l'état de droit sous le nouveau régime du marché, engagé en 1998, avec le concours de plusieurs membres du Conseil d'État, a pris fin en début d'année, une délégation de représentants de la Douma d'État de la Fédération de

Russie et deux délégations de hauts fonctionnaires russes ont souhaité recueillir des informations de la part du Conseil d'État sur le processus d'élaboration de la norme juridique dans un État de droit, le rôle et les activités du Conseil d'État, et plus généralement des juridictions de l'ordre administratif.

L'Ukraine, dont le chef du groupe des conseillers du Premier Ministre a conduit en février une délégation au Conseil, a manifesté le même intérêt pour des questions analogues.

L'accueil traditionnellement prodigué, en vue de stages de formation de quinze jours à deux mois, à des magistrats étrangers, aux lauréats des concours René Cassin et Juris Ludi, ainsi que, à titre exceptionnel, compte tenu de la part prise par la France à la mise en place de formations universitaires tournées vers le droit français à Bucarest, à deux étudiants roumains, l'a été, outre à ces lauréats et à deux étudiantes roumaines, à un avocat de la République de Chypre, à un maître des requêtes du Conseil d'État Turc, à un président du Tribunal administratif d'Ankara et à un juge de ce tribunal. Ont également été reçus l'Administratrice principale de la Commission des lois de la Chambre des représentants irlandaise, et des *lecturers* britanniques.

Le Conseil de l'Europe, enfin, a demandé au Conseil d'État de s'associer à l'accueil de délégations multinationales d'avocats, de fonctionnaires, de journalistes et d'experts.

Une mission a été effectuée en République Tchèque sur la question de l'impartialité des juridictions, dans la perspective d'un éventuel jumelage entre la Cour administrative d'appel de Paris et une institution équivalente de la République Tchèque. Il a également été procédé en Ukraine, à une présentation du fonctionnement du Conseil d'État et de la justice administrative en France.

Amériques

S'il n'a pas cette année été reçu d'autre visite nord-américaine que celle du Procureur général adjoint du Texas, le Conseil d'État a une nouvelle fois, en 2000, répondu par l'accueil de délégations et l'envoi de missions à l'intérêt très vif que suscite la juridiction administrative française tant au Mexique qu'en Argentine, et notamment dans la province de Bueno-Aires, en Colombie, plus généralement dans les pays andins.

Des entretiens se sont déroulés avec le responsable des relations internationales à la Cour suprême du Mexique sur les rapports entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ; avec un député argentin, sur les problèmes de décentralisation et de contrôle de légalité.

Plusieurs missions ont été effectuées en Colombie, notamment dans le cadre d'un séminaire régional sur la responsabilité de l'État, tandis qu'a été reçue au Conseil d'État une délégation composée de négociateurs du gouvernement colombien et des forces armées révolutionnaires.

Trois nouveaux pays sud-américains, le Panama, le Vénézuéla et le Chili, ont également manifesté leur intérêt pour notre organisation juridictionnelle, le premier à l'occasion d'une visite du Président de la Cour suprême ; le second à l'occasion d'une visite de représentants de l'Institut des hautes études diplomatiques, soucieux de promouvoir des actions de coopération entre leur pays et la France ; avec le secrétaire exécutif du Comité interministériel de modernisation de la Fonction publique chilienne se sont déroulés des entretiens sur des questions de décentralisation et de déconcentration.

Afrique

La coopération avec l'Afrique, principalement noire et francophone, ou lusophone, continue d'être active, mais l'Afrique anglophone se découvre peu à peu, elle aussi, des curiosités pour l'organisation administrative et juridictionnelle française.

C'est ainsi qu'ont été reçus, en 2000, le Secrétaire général adjoint du Gouvernement du Bénin, une délégation de conseillers à la Cour constitutionnelle du Mali, la Directrice de l'École de magistrature de Madagascar, le Directeur du Centre de formation judiciaire du Sénégal, le Procureur général près la Cour suprême et le Premier avocat général à la Cour suprême du Rwanda, le Président du Tribunal administratif du Mozambique, une délégation de la Commission constitutionnelle de l'Angola, mais aussi sept personnalités kenyanes de haut niveau. Ont également été accueillis en stage deux magistrats sénégalais, un conseiller à la Cour suprême malienne, un Conseiller d'État nigérien et un Commissaire du gouvernement près la Cour suprême du Tchad.

Plusieurs missions, enfin, ont été effectuées, au Bénin sur le contrôle juridictionnel de la décentralisation, au Tchad en vue de la formation des membres de la Cour suprême au contentieux électoral, au Burkina Faso en vue de la formation des présidents et commissaires du gouvernement des Tribunaux administratifs, en Angola sur l'organisation de la déconcentration et de la décentralisation et au Mozambique sur le Code de justice administrative.

Les contacts avec l'Algérie se sont par ailleurs à nouveau intensifiés, et deux groupes de membres du Conseil d'État algérien ont successivement été accueillis en stage en fin d'année.

Proche-Orient

Les contacts traditionnels entre le Conseil d'État français, le Conseil d'État égyptien et le Conseil d'État libanais se sont poursuivis à travers l'accueil en stage de deux maîtres des requêtes égyptiens, et de deux conseillers d'État libanais ; une rencontre avec de jeunes diplomates égyptiens a été consacrée à l'impact des normes internationales sur le droit interne.

Une mission a par ailleurs été effectuée en Irak sur la responsabilité des collectivités publiques en matière de santé, et les rapports entre droit international et droit national ; elle se prolongera prochainement par l'envoi en Irak



de deux membres du Conseil en vue de contribuer à la formation des magistrats irakiens.

Mais surtout, le très vif intérêt manifesté par les autorités palestiniennes sur l'organisation du travail gouvernemental et les procédés de contrôle juridictionnel de l'Administration a conduit à organiser, fin août/début septembre, une mission de trois semaines dans les territoires palestiniens, en vue de déterminer selon quelles modalités le Conseil d'État pourrait contribuer à la mise en place, en Palestine, d'institutions adaptées aux préoccupations de l'Autorité palestinienne.

Asie et Pacifique

La Chine persiste à manifester pour les institutions françaises un intérêt soutenu ; une délégation de vingt hauts fonctionnaires a été reçue en juillet, tandis qu'étaient accueillis en stage d'une semaine six membres du Ministère de l'inspection, et qu'il était procédé, à l'occasion de la mission d'un membre du Conseil d'État français à Pékin, à l'évaluation d'un programme de formation de magistrats administratifs chinois.

Le Japon emprunte depuis quelques années la même direction : deux membres du cabinet du Premier Ministre et un universitaire ont été reçus en début d'année.

Des contacts ont également pris place avec le Directeur de l'Institut de formation des juges de Taïwan, des magistrats et des universitaires taïwanais.

A enfin été reçue une délégation de professeurs de la Lal Bahadur Shastri National Academy of Administration indienne.

L'activité très dynamique de la Maison du droit franco-vietnamienne a conduit à l'organisation, au Vietnam, d'un colloque sur les enjeux juridiques de la mondialisation auquel ont participé deux membres du Conseil, tandis qu'une autre mission était également effectuée au Vietnam sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, et qu'une délégation de parlementaires vietnamiens était accueillie au Palais Royal.

Enfin, la coopération avec la Thaïlande s'est poursuivie avec des missions effectuées par deux membres du Conseil d'État. À cette occasion une demande appuyée d'assistance technique de moyenne ou longue durée du Conseil d'État a été formulée par les autorités thaïlandaises pour la mise en place, à échéance proche, de juridictions administratives rattachées à la Cour suprême et la formation des magistrats au droit administratif.



Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État

Au cours de sa troisième année de fonctionnement, la cellule de droit communautaire du Conseil d'État a exercé une activité soutenue qui peut être exposée brièvement comme suit :

En premier lieu, elle a répondu aux quelque 130 questions dont elle a été saisie par des membres du Conseil d'État. Ce nombre de questions, légèrement en retrait par rapport à celui de l'année 1999 (environ 150), paraît démontrer que les membres du Conseil d'État connaissent toujours mieux le droit communautaire et que, par suite, ils ne saisissent la cellule que lorsqu'ils sont confrontés à des problèmes réellement délicats, nouveaux et nécessitant une étude juridique appropriée et complexe.

Les questions posées couvrent pratiquement tous les secteurs du droit communautaire : droit institutionnel ; procédure ; marchés publics ; questions sociales ; fiscalité ; politique agricole commune ; droit applicable aux ressortissants des pays tiers ; droit pénal ; droits monétaire, bancaire, financier et boursier ; concurrence ; aides ; fonction publique. Elles sont de façon équilibrée, provoquées tant par l'activité consultative que par l'activité contentieuse du Conseil d'État.

En deuxième lieu, la cellule a appliqué de façon plus systématique au cours de l'année 2000 une pratique de diffusion aux membres du Conseil d'État de documents mettant en lumière l'évolution du droit communautaire sur des points essentiels

En troisième lieu, la cellule de droit communautaire joue un rôle important dans la formation de nombreux stagiaires reçus au Conseil d'État et dans l'accueil de nombreux visiteurs français ou étrangers et, en outre, son responsable s'attache tant par la délivrance de divers enseignements que par la participation à des jurys de thèse ou des conseils aux étudiants stagiaires sur les projets de thèse ou de mémoire à manifester l'ouverture traditionnelle du Conseil d'État à l'égard de l'université.

En quatrième lieu, la cellule de droit communautaire a organisé plusieurs réunions avec les responsables du service de recherche et de documentation de la Cour de cassation en vue d'une coordination des structures d'analyse et d'information en droit communautaire, et d'un échange accru d'informations à cet égard.

En cinquième lieu, le responsable de la cellule veille à entretenir avec la Cour de justice des Communautés européennes : un échange de réflexions et d'informations permanent portant tout à la fois sur le fond du droit, sur la meilleure façon, en la forme comme au fond, d'adresser des questions préjudicielles à la Cour de justice au titre de l'article 234 du traité sur l'Union européenne (ex-article 177), et, enfin, sur les possibilités d'accroître les échanges de bases de données informatiques, aux fins d'améliorer la connaissance par la Cour de justice et le Conseil d'État de leurs jurisprudences respectives.



Bilan des formations 2000

Formation initiale des conseillers de tribunal administratif

Comme chaque année, deux stages ont été organisés en 2000. Le premier, du 1^{er} avril au 22 septembre, comptait 24 stagiaires, dont 5 stagiaires étrangers (Egypte, Grèce, Turquie et Niger); le second du 1^{er} juillet au 21 décembre regroupait 33 conseillers. Au total, 52 conseillers de tribunal administratif ont suivi le stage de formation initiale.

Les programmes de chaque stage étaient sensiblement identiques et organisés autour de trois activités principales : des conférences à thème (180 heures), la participation à des sous-sections de formation (50 heures) et la participation aux travaux des sous-sections contentieuses du Conseil d'Etat. Les conférences sont essentiellement assurées par des membres du Conseil d'Etat et des magistrats des juridictions administratives.

Au cours de ces deux sessions, un stage d'une semaine a été organisé dans les tribunaux administratifs de province, et un de deux jours à la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg.

Formation continue des magistrats des juridictions administratives

Douze stages, portant chacun sur un thème différent dont, notamment l'actualité du contentieux des marchés publics et des délégations de service public et la présentation de la réforme des procédures d'urgence, ont été programmés au cours de l'année 2000, tous animés par des membres du Conseil d'Etat et des magistrats des juridictions administratives. Ils ont réuni au total 230 magistrats. De plus, le Conseil d'Etat a assuré la participation de 18 magistrats à des actions de formation mises en œuvre par des organismes extérieurs. Au total, les magistrats ont donc suivi l'équivalent de 248 journées de formation.

La diffusion en début d'année du programme de formation a permis de mieux concilier l'organisation des stages et l'activité des juridictions.

Formation des agents de greffe des juridictions administratives

Treize stages ont été organisés, dont un en province, pour l'ensemble des agents des juridictions administratives, y compris ceux du Conseil d'Etat. Ils ont regroupé 268 agents autour de trois thèmes principaux :

- stages de présentation des juridictions administratives, qui ont pour objet d'initier les agents des greffes à l'organisation générale de ces juridictions ;
- stages d'adaptation aux fonctions occupées par certains agents, destinés en particulier aux agents chargés de l'accueil, de la documentation, de la gestion financière et comptable, etc. ;
- sessions de formation consacrées à des enseignements à caractère purement juridique couvrant les principaux aspects du contentieux administratif.

L'ensemble de ces stages est fort apprécié des agents, comme en témoigne le nombre d'inscriptions constaté (321 agents). Lorsque les demandes de participation excèdent la capacité d'accueil, les agents non retenus sont prioritaires pour le stage sur le même sujet organisé l'année suivante.

Ce bilan ne fait pas apparaître la participation des agents des greffes des juridictions de province aux stages organisés par le ministère de l'intérieur et par les préfetures.

Par ailleurs, cinq agents ont bénéficié de la préparation, financée à 75% par le Conseil d'Etat, au concours de conseiller de tribunal administratif assurée par le CNED de Lille.

Au cours de cette année, un manuel pédagogique de base à l'intention des personnels des juridictions administratives a été adressé dès le début de l'année dans les tribunaux administratifs et à la rentrée de septembre dans les cours administratives d'appel.

Formation aux divers logiciels informatiques

75 journées de formation ont été organisées et ont concerné 35 magistrats et 230 agents du Conseil d'Etat ou des greffes de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

Formation des membres des comités d'hygiène et de sécurité

Poursuivant la formation des membres des CHS commencée en 1999, la formation des agents chargés de la mise en œuvre de la réglementation d'hygiène et de sécurité (ACMO), a été organisée pendant cinq journées au cours du premier trimestre 2000.

Une formation «aux premiers secours» pour 11 agents du Conseil d'Etat s'est déroulée pendant quatre demi-journées en mars 2000.

Formations spécifiques des membres et agents du Conseil d'Etat

Une formation linguistique, en allemand, anglais, espagnol, italien ou russe, est offerte aux membres et agents du Conseil d'Etat ; elle se déroule à raison d'une heure un quart par semaine, en dehors des heures de service et est limitée à une seule langue par participant. 28 membres et 46 agents l'ont suivie.

Des préparations à des concours administratifs assurées par des organismes extérieurs (CNED, CFPP et autres) ont été prises en charge par le conseil d'Etat pour 22 agents.

De plus 13 agents ont participé à des actions de formation dispensées par des organismes spécialisés en particulier 10 agents de la bibliothèque ont suivi des stages de spécialisation.



**Activité de la mission
d'inspection des juridictions
administratives**



Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Les articles L. 112-5 , R. 112-1 et R. 231-4 du Code de justice administrative prévoient que le contrôle de l'activité des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est exercé, sous l'autorité du Vice-Président du Conseil d'État, par la mission permanente d'inspection des juridictions administratives.

En outre, les dispositions de l'article L.232-2 du même code prévoient que le chef de cette mission permanente est membre du Conseil Supérieur des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel (CSTA), qu'il préside de plein droit en cas d'empêchement du Vice-Président du Conseil d'État. Il est par là même associé à la gestion du corps : chaque fois que le Conseil Supérieur est appelé à faire des propositions relatives à l'évolution de la carrière des magistrats (recrutements au tour extérieur, détachements dans le corps, intégrations dans le corps après détachement, inscriptions au tableau d'avancement, désignations aux fonctions de commissaire du gouvernement, mesures disciplinaires), le chef de la mission permanente donne son avis écrit. Il est également consulté sur les demandes de détachement hors du corps et les mises à disposition. Il lui revient enfin de noter chaque année les présidents de tribunal administratif, et de présider le jury du concours annuel de recrutement complémentaire dont la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 a prorogé l'existence jusqu'en 2004.

Il est difficile de rendre compte de cet aspect des activités de la Mission permanente sans interférer avec le rapport d'ensemble sur la gestion des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, que l'on trouvera par ailleurs. Ce que l'on peut dire c'est que la Mission permanente et son chef, étroitement associés à la gestion du corps par la volonté même du législateur, apportent aux gestionnaires *un autre regard* sur la vie des magistrats et des juridictions qui provient des contacts personnels noués, par exemple, au cours des visites d'inspection, des constatations faites sur place, et de la participation de la Mission permanente aux groupes de travail communs au Conseil d'État, aux tribunaux et aux cours.

*
* *

Les inspections périodiques des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, qui complètent les rapports annuels d'activité adressés par

les chefs de juridiction au Président du CSTA, visent, elles aussi, à développer l'information et la connaissance mutuelle de tous les membres de la juridiction administrative. D'une part, elles permettent aux chefs de juridiction d'explicitier leurs choix de gestion, de faire partager leurs difficultés et les nécessités de leur insertion dans les réalités locales. D'autre part, elles permettent aux magistrats, au cours d'entretiens particuliers, libres et informels, de faire le point sur leurs responsabilités et l'évolution de leur carrière, et d'exprimer leur observations sur le fonctionnement de la juridiction. Elles permettent d'aborder les questions d'ordre individuel ou collectif qui peuvent se poser aux agents du greffe, de recueillir leurs préoccupations et leurs suggestions. Ces inspections sont des occasions de dialogue à tous les niveaux : il s'agit moins de vérification ou de contrôle que d'un rendez-vous d'évaluation qui permet, le cas échéant, la prise de conscience d'améliorations possibles, et donc nécessaires, dans le fonctionnement du service.

Au cours de l'année 2000, ont fait l'objet d'une inspection les Tribunaux administratifs de Paris, Marseille, Caen, Pau, Nancy et Nantes. La visite du Vice-Président dans le Pacifique Sud, à laquelle participait notamment le chef de la Mission permanente, a permis des contacts approfondis avec les Tribunaux administratifs de Papeete et de Nouméa, qui ont mis en relief le rôle institutionnel que jouent ces juridictions, et le concours qu'elles apportent à l'évolution de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française en faisant respecter la loi dans son esprit comme dans sa lettre. Ces deux tribunaux ont acquis un statut d'arbitre unanimement respecté dans le domaine institutionnel, qui leur confère un visage très particulier par rapport à leurs homologues métropolitains.

Dans les dernières semaines de l'année, deux membres de la Mission permanente ont visité le Tribunal administratif des Antilles qui, lui aussi, doit répondre à des impératifs spécifiques ; ils ont examiné en particulier les difficultés rencontrées par le Tribunal administratif de Cayenne.

*
* *

Au cours du mois de janvier 2001, l'installation du réseau informatique « Skipper » s'est achevée, et l'ensemble des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel y sont désormais raccordés. Des groupes de travail composés, autour du chef de la Mission permanente, de membres du Conseil d'État, des tribunaux et des cours, ont été appelés, en conséquence, à réviser les formulaires des juridictions, à élaborer des « bibliothèques de paragraphes » comme aides à la rédaction des jugements et des arrêts, et à préparer la mise en place des nouvelles procédures d'urgence. La mise au point des projets de texte qui sont devenus la loi du 30 juin et le décret du 22 novembre 2000, la définition des modalités pratiques de leur mise en œuvre, la formation des magistrats au maniement de ces nouvelles procédures, ont été la priorité du Conseil d'État au cours de cette année, et la Mission permanente en a pris largement sa part.

Il apparaît d'ailleurs, année après année, que la Mission Permanente d'inspection des juridictions administratives est particulièrement adaptée à



l'animation de travaux et de débats impliquant l'ensemble des juridictions administratives sur des sujets d'intérêt commun. Il lui appartient d'assurer la circulation de l'information, l'amélioration de l'outil informatique et des procédures, de nourrir la réflexion commune indispensable à la cohérence de la juridiction administrative dans la défense de l'intérêt général et de l'état de droit.



**Activité des tribunaux
administratifs et des cours
administratives d'appel**



L'activité des tribunaux et les cours administratives d'appel

Les indicateurs statistiques relatifs à l'activité contentieuse des juridictions administratives pour l'année 2000 confirment les tendances, déjà observées en 1999, à l'amélioration de la situation des tribunaux administratifs et à la relative stabilisation de celle des cours administratives d'appel.

Les stocks, en données corrigées des séries, diminuent pour la première fois dans les tribunaux, et s'accroissent nettement moins vite qu'auparavant dans les cours.

La création du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, intervenue le 1^{er} septembre 2000, et qui n'a donc pas produit tous ses effets en année pleine, devrait alléger la charge des Tribunaux administratifs de Paris et de Versailles, et permettre la poursuite de l'effort entrepris pour améliorer le nombre d'affaires traitées et les délais de jugement constatés dans les juridictions de première instance de la région parisienne.

L'activité des tribunaux administratifs en 2000

Affaires enregistrées

Si l'on excepte le pic conjoncturel de l'année 1998, lié à l'opération de régularisation des titres de séjour des étrangers, on constate, en données brutes, que l'augmentation continue du nombre des entrées depuis 5 ans, au rythme de 6 % par an en moyenne, s'est poursuivie en 2000, avec 4,8 % d'affaires enregistrées supplémentaires.

En revanche, en données nettes, le nombre des entrées a baissé de 3,7 % en raison du nombre élevé de dossiers de séries, qui ont représenté près de 11 % du total des entrées en données brutes.

Affaires réglées

Le nombre d'affaires jugées s'accroît sensiblement, tant en données brutes qu'en données nettes, depuis 1997.

S'agissant des données corrigées des séries, entre 1999 et 2000, les tribunaux administratifs ont enregistré une progression de 6 % de leur activité contentieuse. Un tiers de ces juridictions ont ainsi amélioré de plus de 10 % le nombre de dossiers traités par rapport à 1999.

Cette évolution favorable traduit les efforts constants réalisés depuis plusieurs années, notamment en matière de création d'emplois, puisqu'en 4 ans le nombre d'affaires jugées en données nettes s'est accru de près de 24 %.

En outre, pour la première fois, le ratio des affaires jugées sur les affaires enregistrées a dépassé les 100 %, atteignant 105 %, soit une augmentation de 9 points par rapport à 1999.

Les procédures allégées de jugement prévues par les articles L.9 et L 4-1 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ont été largement utilisées, puisqu'elles représentent 34,3 % du total des affaires traitées, exprimé en données brutes.

La mise en œuvre de la nouvelle application informatique INFOCENTRE, utilisée pour la première fois pour l'établissement des statistiques de l'année 2000, permet notamment d'introduire dans l'analyse des résultats la notion de délai moyen de jugement des affaires. Cet indicateur exprime la durée qui, en moyenne, s'écoule entre l'enregistrement d'une affaire et sa notification. Il se substitue au délai théorique d'élimination du stock antérieurement calculé.

Pour l'année 2000, le délai moyen de jugement des affaires s'établit à 1 an 6 mois et 10 jours pour les tribunaux administratifs.

Affaires en instance

Après la relative stabilisation du nombre d'affaires en instance observé en 1999, le volume global du stock, corrigé des séries, a diminué de 3,7 % en 2000, inversant ainsi la tendance observée depuis de nombreuses années.

Toutefois, ce stock d'affaires en instance (201 000 dossiers) demeure encore trop important au regard de la capacité de jugement des tribunaux.



Évolution constatée en 2000 dans les tribunaux administratifs

		Données brutes			Données nettes		
		nombre 1999	nombre 2000	variation 2000/1999	nombre 1999	nombre 2000	évolution 2000/1999
Entrées	Métropole	116 113	122 526	5,5 %	113 767	109 443	-3,8 %
	Outre-Mer	4 454	3 884	-12,8 %	3 662	3 616	-1,3 %
	Total	120 567	126 410	4,8 %	117 429	113 059	-3,7 %
<hr/>							
		Données brutes			Données nettes		
		nombre 1999	nombre 2000	variation 2000/1999	nombre 1999	nombre 2000	évolution 2000/1999
Sorties	Métropole	112 752	125 341	11,2 %	108 910	114 920	5,5 %
	Outre-Mer	3 521	4 908	39,4 %	3 296	4 071	23,5 %
	Total	116 273	130 249	12,0 %	112 206	118 991	6,0 %
<hr/>							
		Données brutes			Données nettes		
		nombre 1999	nombre 2000	variation 2000/1999	nombre 1999	nombre 2000	évolution 2000/1999
Stock	Métropole	214 514	216 030	0,7 %	203 666	196 245	-3,6 %
	Outre-Mer	7 028	6 156	-12,4 %	5 581	5 289	-5,2 %
	Total	221 542	222 186	0,3 %	209 247	201 534	-3,7 %

Statistiques des tribunaux administratifs en 2000

Juridictions	affaires enregistrées en 2000		affaires traitées en 2000		affaires en stock au 31/12/2000	
	brut	net	brut	net	brut	net
Amiens	3 163	3 161	2 874	2 873	5 266	5 265
Bastia	1 025	1 025	1 332	1 332	1 514	1 514
Besancon	1 761	1 468	1 396	1 378	2 208	1 645
Bordeaux	3 595	3 038	4 290	4 247	5 818	5 175
Caen	1 997	1 627	2 102	1 792	983	817
Cergy-Pontoise	1 325	1 308	449	447	5 721	5 665
Chalons-en-Champagne	2 390	1 709	1 781	1 780	4 212	3 395
Clermont-Ferrand	2 158	1 674	1 841	1 839	2 122	1 640
Dijon	3 885	3 551	3 736	3 062	4 253	4 197
Grenoble	4 497	4 172	4 680	4 511	6 556	5 930
Lille	6 248	4 470	4 628	4 502	9 168	7 325
Limoges	1 406	1 104	1 380	1 288	2 314	2 020
Lyon	5 886	5 488	6 492	5 900	9 528	8 923
Marseille	6 949	6 941	7 377	7 377	14 589	14 573
Melun	5 142	4 737	5 132	4 389	8 957	6 484
Montpellier	5 948	5 304	4 612	4 597	11 572	10 822
Nancy	1 841	1 611	1 718	1 645	1 433	1 231
Nantes	5 651	4 544	5 310	5 134	10 321	9 221
Nice	5 683	5 227	5 744	5 539	12 916	11 766
Orléans	3 415	2 731	3 014	2 968	5 070	4 316
Paris	19 705	19 484	24 682	21 472	42 498	41 779
Pau	2 433	1 630	1 796	1 747	3 518	2 700
Poitiers	2 776	2 705	2 852	2 767	3 095	3 039
Rennes	4 510	3 529	4 054	3 654	8 133	7 067
Rouen	2 646	2 295	2 253	2 218	4 709	4 365
Strasbourg	5 250	4 803	5 648	4 497	8 560	5 838
Toulouse	4 679	3 557	3 721	3 598	7 899	6 629
Versailles	6 562	6 550	10 447	8 367	13 097	12 904
Total Métropole	122 526	109 443	125 341	114 920	216 030	196 245
Basse-Terre	622	622	796	706	2 094	1 693
Cayenne	456	456	592	592	921	921
Fort-de-France	496	496	557	502	1 277	1 088
Mamoudzou	201	201	113	113	212	212
Nouvelle-Calédonie	472	356	416	398	322	224
Papeete	650	538	578	484	471	355
St-Denis-de-la-Réunion	972	932	1 856	1 276	840	777
St-Pierre-et-Miquelon	15	15	0	0	19	19
Total Outre-Mer	3 884	3 616	4 908	4 071	6 156	5 289
Total général	126 410	113 059	130 249	118 991	222 186	201 534

L'activité des cours administratives d'appel en 2000

Affaires enregistrées

Le nombre d'affaires enregistrées, en données corrigées des séries, s'est accru de 3 % entre 1999 et 2000, pour atteindre le chiffre très élevé de 16 540.

Toutefois, il convient d'observer que cette progression s'est nettement ralentie par rapport à celles constatées en 1999 (+12 %) et en 1998 (+14,9 %).

Affaires réglées

Le nombre d'affaires réglées, en données corrigées des séries, a progressé de 13,3 %, pour atteindre près de 13 000.

Grâce au renforcement important des moyens financiers et humains alloués, et notamment à la création des Cours administratives d'appel de Marseille en 1997, puis de Douai en 1999, le nombre des affaires réglées a plus que doublé en cinq ans, de 1996 à 2000.

Toutefois, le rapport des affaires traitées sur les affaires enregistrées n'atteint que 78 % en 2000, bien qu'il ait progressé de sept points par rapport à l'an dernier.

Comme pour les tribunaux administratifs, la mise en œuvre de l'application statistique INFOCENTRE a permis de déterminer le délai moyen de jugement des affaires, qui s'établit à 2 ans 1 mois et 23 jours.

Affaires en instance

En données corrigées des séries, le nombre global d'affaires en stock s'est accru de 11,6 %, ce qui représente près de 38 000 dossiers.

Si l'on constate que la situation se dégrade sensiblement moins vite qu'auparavant grâce aux efforts consentis par les magistrats, elle demeure cependant très préoccupante. En effet, le stock global d'affaires en instance devant les cours administratives d'appel représente, à l'heure actuelle, près du triple de leur capacité de jugement annuelle. Il convient donc d'insister sur l'urgence de l'adoption de la réforme du régime de l'appel actuellement envisagée par le Gouvernement, qui devrait entrer en vigueur dans le courant de l'année 2001.

Activité des cours administratives d'appel en 2000

	Entrées			Sorties			Stock			
	Brut	Évolution 2000/1999	Net	Brut	Évolution 2000/1999	Net	Brut	Évolution 2000/1999	Net	Évolution 2000/1999
	Bordeaux	3 005	3,84 %	2 884	2 157	10,45 %	1 932	6 200	15,91 %	6 044
Douai	1 476	247,29 %	1 307	1 476	290,48 %	1 294	3 219	1,13 %	3 015	0,53 %
Lyon	2 749	-11,83 %	2 535	1 805	-33,59 %	1 611	6 934	19,59 %	6 186	21,53 %
Marseille	2 906	19,15 %	2 785	1 707	-8,91 %	1 691	6 089	25,37 %	5 930	23,49 %
Nancy	1 602	-36,70 %	1 470	1 241	-20,14 %	1 118	5 400	10,09 %	4 734	12,29 %
Nantes	2 092	-27,66 %	1 965	2 242	-15,59 %	2 057	4 162	-3,48 %	4 034	-2,35 %
Paris	3 973	-8,33 %	3 594	4 908	27,51 %	3 203	8 343	-9,81 %	7 780	4,22 %
Total	17 803	-4,45 %	16 540	15 536	3,70 %	12 906	40 347	7,15 %	37 723	11,61 %

Activité des juridictions spécialisées



Activité des juridictions administratives spécialisées

Dénomination de l'organisme	1999			2000		
	Affaires entrées	Affaires jugées ou examinées	Affaires en instance	Affaires entrées	Affaires jugées ou examinées	Affaires en instance
Juridictions sociales						
– Commission nationale du contentieux de la tarification sanitaire et sociale	64	39 ⁽¹⁾ 65 ⁽²⁾	352	100	39 ⁽¹⁾ 45 ⁽²⁾	367
– Commission centrale d'aide sociale ⁽⁵⁾	3 243	2 933 ⁽³⁾ 2 691 ⁽⁴⁾	4 468	2 528	3 290 ⁽³⁾ 3 081 ⁽⁴⁾	3 952
– Commission supérieure des soins gratuits	34	41	17	33	35	15
Juridictions disciplinaires						
– Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins	341	464	372	365	446	302
– Section des assurances sociales du même conseil	155	323	544	158	268	434
– Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes	94	110	67	65	90	42
– Section des assurances sociales du même conseil	48	78	87	62	94	55
– Section disciplinaire du conseil national de l'ordre des pharmaciens	78	79	52	78	71	56
– Section des assurances sociales du même conseil	17	37	13	16	25	18
– Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	21	29	15	35	24	26
– Chambre nationale de discipline des architectes	53	21	120	44	10	126
– Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts	10	12	-	06	05	01
– Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes	21	23	10	08	08	08
– Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables	28	21	55	27	17	50
Juridictions diverses						
– Commission des recours des réfugiés	15 691	16 182 ⁽³⁾ 13 755 ⁽⁴⁾	6 857	20 124	21 756 ⁽³⁾ 18 089 ⁽⁴⁾	8 896
– Commission de l'art. L. 51 du Code du service national	342	485	375	235	304	283
– Commission spéciale de la taxe d'apprentissage	262	330	87	219	210	96

(1) Désistements.

(2) Y compris les dossiers rejugés après cassation.

(3) Dossiers examinés en audience.

(4) Dossiers jugés.

(5) L'importance du nombre des affaires soumises à la Commission centrale d'aide sociale trouve sa source dans l'extrême complexité des législations récentes, telles que celle relative à la PSD (la loi CMU produira vraisemblablement les mêmes effets), et dans le très grand désordre qui marque le fonctionnement des juridictions administratives spécialisées inférieures, les commissions départementales d'aide sociale, dont les compétences sont, de surcroît, très intriquées avec celles de la juridiction judiciaire (ainsi que l'a révélé en matière d'aide sociale aux personnes âgées l'étude du Conseil d'État publiée en 1999 « Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine »). Ces questions appellent de façon de plus en plus urgente une réflexion, et une intervention tant du législateur que du pouvoir réglementaire.



La Commission des recours des réfugiés

Activité de la commission

En 2000, la Commission a enregistré 20.124 recours contre 15.691 en 1999 soit une hausse de près de 28,3 %. Le pic d'entrées des années 1990 et 1991 (50.000 recours/an) avait été suivi d'une décreue relativement rapide puis d'une stabilisation des entrées à un niveau de 13.500 en 1996, 1997 et 1998. La tendance s'est à nouveau aujourd'hui très nettement inversée. Compte tenu de la progression du nombre de demandes d'asile présentées à l'OFPRA et d'un taux de recours très élevé, ce phénomène devrait encore s'amplifier et installer la Commission dans une période durable de forte activité.

À l'exception de l'Inde et de la République démocratique du Congo, cette augmentation a affecté l'ensemble des principales nationalités représentées devant la Commission. Les plus fortes progressions concernent les recours formés par les ressortissants haïtiens (1 190 requêtes ; + 165 %), maliens (2 610 dossiers ; + 114 %) et yougoslaves (882 recours ; + 111 %). La demande chinoise a relativement peu augmenté par rapport à 1999 (4 706 recours contre 4 369 soit une hausse de 5 %) mais reste, de loin, la plus importante numériquement puisqu'elle représente près du quart de l'ensemble des requêtes.

Au total, les recours restent concentrés sur un nombre limité de nationalités, les dix premières d'entre elles constituant 80% des recours (Chine, Mali, Turquie, Haïti, Algérie, Sri Lanka, Yougoslavie, Bangladesh, Moldavie, Pakistan).

Le nombre de décisions rendues en 2000 s'élève à 18 089 contre 13 755 en 1999 soit une hausse de 31,5 %. Ce résultat traduit une mobilisation accrue de l'ensemble de la Commission dont l'effectif a été renforcé en cours d'année par le recrutement de 15 agents contractuels de catégorie A et C.

Le pourcentage d'annulation des décisions de l'OFPRA est en légère augmentation (9,95 % contre 9,08% en 1999) ce qui représente 1 800 décisions accordant le statut de réfugié.

Les affaires jugées par ordonnance du président (irrecevabilités manifestes, non-lieux, désistements) sont au nombre de 2 440 soit 13,5% de l'ensemble des affaires réglées, pourcentage comparable à celui des années précédentes.

Les sections réunies ont rendu 14 décisions dont 9 annulations de la décision de l'OFPRA.

Enfin, il convient de noter que quatre-vingts décisions ont été rendues par la section de Nouvelle-Calédonie qui a siégé pour la première fois en août à l'occasion de l'examen des recours formés par des ressortissants chinois présents sur ce territoire.

L'activité du bureau d'aide juridictionnelle établi près la Commission s'est nettement accrue au cours de l'année 2000 : 7 362 demandes ont été enregistrées contre 4 551 en 1999, soit une augmentation de 60 %. Les moyens supplémentaires mis en place s'ajoutant aux efforts déployés par le BAJ ont heureusement permis de traiter la quasi-totalité du flux, le nombre de décisions rendues s'élevant à 7 163 (soit 88 % de plus qu'en 1999), dont 1 011 admissions à l'aide juridictionnelle.

Le renforcement important du rythme d'examen des affaires (1 000 séances organisées contre 762 en 1999) a permis de contenir en partie la très forte augmentation du volume des entrées. Toutefois, la balance entrées/sorties marque un déficit de 2 000 dossiers. La consolidation des emplois obtenus en avril 2000 et la perspective d'un recrutement complémentaire à compter de janvier 2001 conformément à un arbitrage rendu par le Premier ministre conduiront à un nouvel accroissement des capacités de jugement de la Commission, qui devrait être en mesure de traiter environ 23 000 affaires/an. Ces mesures devront être réévaluées en cas d'accroissement trop important du flux ou si les circonstances imposent une résorption plus rapide du stock.

Éléments de jurisprudence

Le contentieux des réfugiés au cours de l'année 2000 a donné lieu à l'examen de situations de fait très différentes. Parmi les situations les plus significatives, celle née de la fin du conflit au Kosovo a continué de soulever des difficultés pour la Commission qui été conduite à statuer sur les premiers recours de personnes appartenant à des communautés nationales minoritaires dans cette province ²². L'année écoulée a également été l'occasion de traiter de la situation de ressortissants de la République démocratique du Congo liés à l'ancien régime du président Mobutu, tant du point de vue de l'interprétation des causes de persécutions rendant éligible au statut de réfugié que de celui des conditions de mise en œuvre de la clause d'exclusion prévue à l'article 1^{er}, F, c de la Convention de Genève. Enfin, la Commission a été amenée à assouplir sa jurisprudence relative à la situation d'insécurité généralisée en Somalie en admettant l'existence d'une autorité de fait à Mogadiscio. À l'examen de ces difficultés de fait se sont ajoutées des questions relatives à l'application du principe de l'unité de famille, portant notamment sur les conditions de maintien de la qualité de réfugié reconnue sur ce fondement.

22 - CRR, SR, 17 novembre 1999, *Hadzikadri et autres* pour une première analyse de la situation prévalant au Kosovo depuis la fin du conflit et les conséquences à en tirer sur le bien-fondé des craintes de persécutions actuelles des membres de la communauté albanaise.

Conditions d'éligibilité au statut de réfugié des personnes appartenant aux communautés nationales minoritaires du Kosovo

Se fondant sur le retrait des forces yougoslaves du Kosovo et sur l'étendue des pouvoirs dévolus à la Mission intérimaire des Nations unies au Kosovo, la Commission considère que, « sous réserve des situations particulières pouvant prévaloir dans certaines zones », une personne originaire de cette province ne peut actuellement être regardée comme ne pouvant « se réclamer de la protection des autorités aujourd'hui investies du pouvoir au Kosovo en vertu d'un mandat des Nations unies »²³. C'est au regard de ce cadre jurisprudentiel, initialement fixé pour les membres de la communauté albanaise, que la Commission a procédé à l'examen de demandes d'admission au statut de personnes appartenant aux communautés roms et serbes, minoritaires au Kosovo, et dont certaines se prévalent de risques de persécutions de la part de la majorité albanaise.

S'agissant ainsi de membres de la communauté rom d'Istok qui invoquaient des risques de représailles collectives de la part de la majorité albanaise, la Commission a constaté que « *si la résolution n° 1244 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations unies le 10 juin 1999 a permis, sous le contrôle de la force internationale de sécurité (KFOR) le retrait des forces militaires, policières et paramilitaires de la République fédérale de Yougoslavie et la mise en place de la Mission intérimaire des Nations unies, ? la sécurité de la communauté rom ne peut être regardée actuellement comme assurée dans la région d'Istok et que les rapatriements de Roms déplacés n'y ont toujours pas été organisés* ». Elle en a déduit que les requérants devaient « *être regardés comme pouvant craindre avec raison, en cas de retour dans leur pays d'origine, d'être persécutés du fait de leur appartenance à la communauté rom sans pouvoir, dans les circonstances actuelles, se réclamer utilement de la protection des autorités investies du pouvoir au Kosovo en vertu d'un mandat des Nations unies* » (CRR, SR, 31 mars 2000, *Bajramovic*). Au cours des mois suivants, cette solution a été étendue à des membres de cette même communauté, en provenance d'autres zones du Kosovo (CRR, 3 avril 2000, *Jahovic* et 28 juin 2000, *Ajvazi* pour la ville de Mitrovica ; CRR, 29 septembre 2000, *Shkodrani* pour la ville de Djakovica). En revanche, la Commission a estimé que des Roms originaires des villes de Lipjan (CRR, 22 mai 2000, *Krasniqi*), d'Obilic (CRR, 15 juin 2000, *Hamiti*) ou de Klina (CRR, 30 juin 2000, *Agovic*), qui n'invoquaient aucune circonstance particulière de nature à justifier un refus de se réclamer de la protection des autorités aujourd'hui investies du pouvoir au Kosovo, n'étaient pas fondés à se prévaloir de la qualité de réfugié.

De même, la Commission a considéré que des membres de la communauté serbe de Mitrovica « *majoritaires au nord de la ville et nombreux dans les zones limitrophes ne peuvent actuellement être regardés de façon générale, compte tenu de la politique menée par la mission intérimaire des Nations unies (MINUK) et de la présence d'importants éléments de la Force internationale*

23 - *Hadzikadri et autres* précit.



de sécurité (KFOR), comme craignant avec raison des persécutions de la part de la majorité albanaise et comme ne pouvant se réclamer de la protection des autorités aujourd'hui investies du pouvoir au Kosovo en vertu d'un mandat des Nations unies » (CRR, SR, 10 novembre 2000, époux Vukelic).

Principales questions soulevées par l'examen des demandes formées par les ressortissants de la République démocratique du Congo

Les recours formés par les ressortissants de la République démocratique du Congo (ex-Zaïre) ont constitué, au cours de l'année 2000, une part importante du contentieux porté devant la Commission²⁴. Lorsqu'ils sont fondés sur des risques de persécutions liés à une proximité avec l'ancien régime du président Mobutu, ces recours soulèvent deux types de difficultés. La première de ces difficultés tient au fait que certaines de ces personnes, en raison de leur appartenance aux anciens services de sécurité zairois, se voient opposer la clause d'exclusion prévue au paragraphe F, c de l'article 1^{er} de la Convention de Genève par le directeur de l'OFPRA. L'autre question soulevée par la demande congolaise porte sur la qualification des faits invoqués au regard des causes de persécutions rendant éligible au statut de réfugié.

Personnes visées par les stipulations de l'article 1^{er}, F, c de la Convention de Genève

L'application de ces stipulations, qui visent les personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies, constitue l'une des difficultés majeures pour le juge des réfugiés qui doit s'attacher à éviter les solutions systématiques tendant à retenir une responsabilité collective²⁵ en recherchant toujours le degré d'implication personnelle de l'intéressé dans la commission de tels agissements, qui résultera en particulier de la nature des fonctions exercées par les intéressés et de leur niveau de responsabilité dans l'appareil répressif.

Durant l'année écoulée, cette clause d'exclusion a notamment été retenue dans le cas d'un ressortissant de la République démocratique du Congo, sélectionné dès 1982 pour servir à la Brigade spéciale présidentielle puis à la Division spéciale présidentielle (DSP), services qui ont joué un rôle essentiel dans le maintien au pouvoir du régime Mobutu et dans la répression des opposants à ce régime. Relevant que l'intéressé avait effectué toute sa carrière dans cette division au sein de laquelle il avait en dernier lieu exercé, avec le grade de major, le commandement en second du bataillon chargé de la sécurité du président, la Commission a considéré que ces fonctions impliquaient nécessairement une confiance absolue de la part du président Mobutu et des liens étroits avec les autres unités de la DSP. Écartant les dénégations de

24 - Voir ci-dessus éléments statistiques sur le nombre de recours introduits par des ressortissants de la RDC.

25 - CE, 25 mars 1998, *Mahboub*.

l'intéressé comme non sincères et comme traduisant sa volonté dissimuler la réalité de son rôle au sein de cette division, la Commission a considéré qu'il existait des raisons sérieuses de penser que cette personne avait, à tout le moins, couvert de son autorité des agissements contraires aux buts et principes des Nations unies dont il ne s'est à aucun moment désolidarisé (CRR, SR, 5 juin 2000, *Dembre Nyobanga* ; même solution CRR, 2 novembre 2000, *Matumbu* pour un officier supérieur des anciennes Forces armées zairoises (FAZ), chargé, à la tête du corps des éducateurs politiques de dénoncer les comportements contraires aux intérêts du régime en relation avec les services de la répression des activités d'opposition à celui-ci).

L'examen de la demande congolaise a également conduit la Commission à juger que des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies pouvaient être également le fait de personnes qui, sans appartenir aux organes du pouvoir, ont participé à l'activité de services répressifs²⁶. Ont ainsi été exclues du bénéfice de la Convention de Genève deux requérantes ayant reconnu avoir participé, en qualité d'informatrices rémunérées de la Garde civile, à l'arrestation et à la persécution d'opposants au régime du président déchu (CRR, 8 décembre 2000, *Mme Mosengana ép. Okenge* et CRR, 1^{er} décembre 2000, *Mme Kabaka Musampa ép. Kufusura*).

En revanche, la Commission a jugé que la clause d'exclusion prévue à l'article 1^{er}, F, c de la Convention de Genève ne pouvait être opposée à un membre des ex-FAZ, placé sous le mandat du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés en application des articles 6 et 7 du statut de cette organisation internationale au mois de mai 1998 alors qu'il se trouvait à Brazzaville. Rappelant que les stipulations de l'article 7 de ce statut visaient les crimes définis par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et, par conséquent, les agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies et constatant que le HCR, après avoir réexaminé la situation de l'intéressé au regard de l'ensemble de ces stipulations, avait décidé de maintenir l'intéressé sous son mandat, la Commission a considéré que les dispositions de l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952 relatives aux personnes sur lesquelles le Haut Commissariat des Nations unies par les réfugiés exerce son mandat ne laissent à l'Office et à la Commission aucune faculté d'appréciation de la qualité de réfugié reconnue sur ce fondement (CRR, SR, 5 juin 2000, *Mbingo*).

Éligibilité au statut des membres de la famille du président déchu et proches de l'ancien régime

Le changement de régime qu'a connu l'ancien Zaïre a suscité l'exil d'un grand nombre de personnes appartenant à la famille ou à l'entourage plus ou moins immédiat de l'ancien président Mobutu. Pour ces personnes, la Commission s'est livrée à une appréciation de chacune des situations individuelles qui se présentait à elle.

26 - Pour des précédents, voir *Le droit des réfugiés en France, tables décennales de jurisprudence (1988-1997)*, Economica, 2000, p. 281 et notamment : CRR, 13 juillet 1994, *Badibalowa* pour un délateur auprès des autorités sur le campus de l'université de Lubumbashi au Zaïre.

Saisie du recours d'une personne qui était à la fois cousin et neveu du président Mobutu, qui avait exercé de 1991 à 1997 d'importantes fonctions à la commission des achats de l'intendance présidentielle puis auprès du chef de la Maison civile du président et avait en outre été responsable de la section du Mouvement populaire de la révolution (MPR) de ladite Maison civile, la Commission a estimé « *qu'en raison de l'ensemble de ces circonstances et notamment des fonctions exercées à la Maison civile et au sein du MPR, le requérant ne [pouvait] manquer d'être considéré par les autorités actuellement au pouvoir en République démocratique du Congo comme étroitement lié au régime déchu du président Mobutu* » et qu'il pouvait donc craindre avec raison d'être, de ce fait, persécuté au sens de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève en cas de retour dans son pays d'origine (CRR, SR, 5 juin 2000, *Waza Banga Dondo*)²⁷.

De même, ont été regardés comme craignant avec raison des persécutions de la part des autorités de la République démocratique du Congo la fille de l'ancien directeur du Centre national de documentation et conseiller du président Mobutu, considérée comme liée aux dirigeants de l'ancien régime du fait de sa filiation, de ses activités professionnelles au sein des services que dirigeait son père et de son appartenance à l'ethnie du président déchu (CRR, 28 septembre 2000, *Mme Mokolo ép. Makasi*), ou encore un requérant dont le père, cadre des ex-Forces armées zaïroises, a été condamné à mort et exécuté par le nouveau régime et qui, de ce fait et malgré son jeune âge, a été regardé comme un allié de la rébellion (CRR, 30 novembre 2000, *Mbuku Kambu*).

En revanche, la Commission a rejeté la demande d'un neveu du président de l'ex-Zaïre en relevant que s'il avait exercé sous l'ancien régime des activités commerciales lucratives grâce aux protections dont il pouvait bénéficier, il n'avait eu aucun engagement politique personnel et n'avait exercé aucune fonction au service dudit régime de nature à le faire regarder comme craignant des persécutions pour un motif politique et que la seule existence d'une parenté avec l'ancien président Mobutu ne suffisait pas à caractériser l'appartenance à un groupe social au sens des dispositions de l'article 1^{er}, A, 2 de la Convention de Genève (CRR, 12 décembre 2000, *Telo Mobutu Zemanga*). Elle a également rejeté la demande d'un requérant qui se prévalait à la fois des responsabilités qu'il avait exercées dans l'administration des Affaires étrangères de l'ancien régime et de sa parenté avec l'ancien chef spirituel de l'église kimbanguiste en relevant que, pendant l'année qu'il a passé en République démocratique du Congo après l'arrivée au pouvoir de M. Kabila, l'intéressé n'avait fait l'objet d'aucune poursuite personnelle et n'avait pas craint de s'adresser à plusieurs reprises aux nouvelles autorités pour tenter de récupérer ses biens (CRR, 8 novembre 2000, *Phanzu Nsiku*).

27 - CE, 27 avril 1998, *Beltaifa*, Rec . p. 183.

Somalie : existence d'un pouvoir de fait à Mogadiscio

La Commission a récemment été conduite à assouplir son analyse de la situation somalienne, essentiellement fondée sur le constat de la disparition de tout pouvoir légal dans ce pays²⁸. Saisie par un couple de commerçants de Mogadiscio appartenant à la minorité Benadir, elle a tout d'abord relevé que les membres de cette minorité, non armés, considérés comme d'origine étrangère, avaient été l'objet de violences systématiques et avaient dû en très grand nombre fuir leur pays. S'appuyant sur la notion d'autorité de fait qui avait permis d'accorder la protection de la Convention de Genève à des ressortissants de l'ex-Yougoslavie ou d'Afghanistan²⁹, elle a considéré, dans ce cadre très particulier, que les intéressés pouvaient craindre avec raison d'être persécutés en raison de leur appartenance à la minorité Benadir, en cas de retour à Mogadiscio « où des factions rivales hawiyes dont ils ont été les victimes se partagent toujours un pouvoir de fait, sans pouvoir se réclamer ni à Mogadiscio ni dans le reste du pays de la protection d'une autorité publique » (CRR, SR, 10 octobre 2000, *Sheikh Wali*).

Principe de l'unité de famille et cessation de la qualité de réfugié

La jurisprudence relative aux conditions d'application du principe de l'unité de famille³⁰ est désormais bien établie. Ce principe assure la protection des membres de la famille immédiate du réfugié tant que subsiste l'unité de la famille de ce réfugié. L'on sait ainsi que la qualité de réfugié reconnue en application de ce principe peut être retirée sur le fondement de la clause de cessation de cette qualité prévue au paragraphe C, 5 de l'article 1^{er} de la Convention de Genève dans le cas de la dissolution du mariage (CE, 25 novembre 1998, *Niangi* pour un divorce). Au cours de l'année écoulée, la Commission a étendu cette jurisprudence dans un cas de rupture d'un concubinage (CRR, 27 septembre 2000, *Mme Constantin ép. Tofan*) et également dans le cas où le lien de tutelle avec un réfugié cesse d'exister du fait que l'intéressé accède à sa majorité (CRR, 10 octobre 2000, *Mlle Kalenga Kalonji*). En revanche, en l'absence de circonstance faisant obstacle au maintien de la qualité de réfugié reconnue à l'enfant mineur du réfugié sur le fondement du principe de l'unité de famille, l'accès à la majorité de l'intéressé ne saurait avoir pour effet de lui faire perdre cette qualité. Dans ce cas, la délivrance du certificat de réfugié prévu à l'article 3 du décret du 2 mai 1953 modifié est automatique et il n'y a donc pas lieu de rechercher si l'intéressé éprouverait des craintes de persécutions en cas de retour dans son pays d'origine même s'il ne s'est manifesté auprès de l'Office que plusieurs années après sa majorité (CRR, SR, 10 octobre 2000, *Moua*).

28 - CRR, SR, 26 novembre 1993, *Ahmed Abdullahi* et CRR, SR, 27 juin 1997, *Jama Shide*, *Le droit des réfugiés en France ?*, p. 209 (jurisprudence confirmée par CE, 12 mai 1999, *Jaamac*).

29 - *Le droit des réfugiés en France ?*, pp. 205-209.

30 - CE, Ass., 2 décembre 1994, *Agyepong* Rec. p. 523.



**Avis du Conseil d'État
en 2000**



Avis du Conseil d'État en 2000

En vertu de l'article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, le Conseil d'État peut être consulté par les ministres « sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil d'État a été saisi en 2000, de 16 demandes d'avis, émanant de 10 ministères différents.

En outre, le Conseil d'État a été saisi de demandes d'avis émanant du président du gouvernement de la Polynésie française (5 demandes d'avis) et du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie (8 demandes d'avis).

Le nombre total de demandes d'avis s'élève donc à 29.

Ces demandes d'avis ont, dans la majorité des cas, été traitées par la Section administrative du Conseil d'État à laquelle sont rattachés le département ministériel ou la catégorie d'affaires en cause. Toutefois, 6 avis ont été rendus, après un premier examen par la Section compétente, par l'Assemblée générale du Conseil d'État.

La plupart des avis rendus en 2000 sont publiés ci-dessous. Ils donnent un aperçu de l'éventail des questions, d'ampleur et de complexité inégales, sur lesquelles le Conseil d'État a été consulté par les ministres au cours de l'année, ainsi que du mode d'exercice de ses attributions administratives qui, pour être moins importantes en fait que sa participation à la confection des lois, ordonnances et décrets, le conduit néanmoins à rappeler ou clarifier la portée des règles de droit en vigueur.

Il n'est pas inutile de préciser que les formations administratives du Conseil d'État se refusent à répondre à une demande d'avis d'un ministre lorsque le point de droit directement en cause fait l'objet d'un recours contentieux devant une juridiction. En outre, lorsque les questions posées risquent de donner matière à des contentieux, la formation administrative prend soin de préciser que son avis est donné sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes.

Enfin, on notera qu'une présentation thématique, inspirée de l'index du Recueil Lebon, a été retenue pour la publication des avis du Conseil d'État. Les rubriques retenues cette année pour leur classement sont les suivantes :

- Communautés européennes
- Contributions et taxes
- Culture – communication
- Élections
- Enseignement
- Finances publiques
- Fonction publique territoriale
- Justice
- Marchés et contrats administratifs
- Outre-mer



Communautés européennes

■ Assemblée générale (Section de l'intérieur)

Avis n° 365281 – 21 septembre 2000

Projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention de Munich relative à la délivrance de brevets européens – Pas d'exigence de la traduction complète en français sauf en cas de litige – Absence de contradiction de l'accord avec l'article 2 de la Constitution.

Le Conseil d'État, saisi par le Premier ministre d'une demande d'avis relative à la signature d'un projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens faite à Munich le 5 octobre 1973 et plus particulièrement sur la question de savoir si serait contraire à la Constitution le fait pour la France de renoncer, sauf en cas de litige, à l'exigence d'une traduction complète en français par l'Institut national de la propriété industrielle des brevets européens et si, dans l'affirmative, la France pourrait faire disparaître cette contrariété en incorporant dans le texte de l'accord une stipulation habilitant les États à instaurer, sous leur propre responsabilité, un système de traduction des brevets qui serait, dans le cas de la France, confié à l'Institut national de la propriété industrielle par une loi qui serait adoptée en même temps que la loi autorisant la ratification dudit accord.

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment son article 2 ;

Vu la Convention sur la délivrance de brevets européens, modifiée, faite à Munich le 5 octobre 1973, publiée par le décret n° 77-1151 du 27 septembre 1977, ensemble le projet d'accord sur l'application de l'article 65 de ladite convention ;

Vu le Code de la propriété intellectuelle, notamment ses articles L. 411-1 et suivants et L. 614-1 et suivants ;

Vu la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, modifiée par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

1. Aux termes de l'article 2 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 : « La langue de la République est le français » ;

– aux termes de l'article 14 de la Convention susvisée du 5 octobre 1973 :

« 1. Les langues officielles de l'Office européen des brevets sont l'allemand, l'anglais et le français. Les demandes de Brevet européen sont déposées dans une de ces langues ;... 7. Les fascicules de Brevet européen sont publiés dans la langue de la procédure ; ils comportent une traduction des revendications dans les deux autres langues officielles de l'Office européen des brevets... » ;

– aux termes de l'article 64 de la même convention ;

« Droits conférés par le Brevet européen /1. ... le Brevet européen confère à son titulaire, à compter du jour de la publication de la mention de sa délivrance et dans chacun des États contractants pour lesquels il a été délivré, les mêmes droits que lui conférerait un brevet national délivré dans cet État... /3. Toutes contrefaçon du Brevet européen est appréciée conformément aux dispositions de la législation nationale » ;

– aux termes de l'article 65 de la même convention :

« Traduction du fascicule du Brevet européen. 1. Tout État contractant peut prescrire, lorsque le texte dans lequel l'Office européen des brevets envisage de délivrer un Brevet européen pour cet État ou de maintenir pour ledit État un Brevet européen sous sa forme modifiée n'est pas rédigé dans une des langues officielles de l'État considéré, que le demandeur ou le titulaire du brevet doit fournir au service central de la propriété industrielle une traduction de ce texte dans l'une de ces langues officielles, à son choix ou, dans la mesure où l'État en question a imposé l'utilisation d'une langue officielle déterminée, dans cette dernière langue.../3. Tout État contractant peut prescrire que, si les dispositions adoptées en vertu des paragraphes 1 et 2 ne sont pas observées, le Brevet européen est, dès l'origine, réputé sans effet dans cet État » ;

– aux termes de l'article 1^{er} du projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la convention susvisée du 5 octobre 1973 :

« 1. Tout État partie au présent accord ayant une langue officielle en commun avec une des langues officielles de l'Office européen des brevets renonce aux exigences en matière de traduction prévues à l'article 65, paragraphe 1... 4.- Le présent accord ne saurait être interprété en vue de restreindre le droit des États parties au présent accord de renoncer à toute exigence en matière de traduction... » ;

– aux termes de l'article 2 du même projet d'accord :

« Le présent accord ne saurait être interprété en vue de restreindre le droit des États parties au présent accord de prescrire que, en cas de litige relatif à un brevet européen, le titulaire du brevet fournit, à ses frais,

a) à la demande du prétendu contrefacteur, une traduction complète du brevet dans une langue officielle de l'État où la contrefaçon alléguée du brevet a eu lieu,

b) à la demande de la juridiction compétente ou d'une autorité quasi-juridictionnelle dans le cadre d'une procédure, une traduction complète du brevet dans une langue officielle de l'État concerné. »

2. Il ressort des dispositions précitées de la Constitution, telles qu'elles ont été interprétées par les décisions du Conseil constitutionnel n° 96-373 DC du 9 avril 1996 et n° 99-412 DC du 15 juin 1999, que l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public et que les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage.



L'article 1^{er} du projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance des Brevets européens a pour seul effet de faire renoncer la France à la faculté offerte par ledit article 65 de prescrire au demandeur ou au titulaire d'un Brevet européen de fournir une traduction de ce texte en français. Aucune des stipulations de ce projet d'accord n'a pour objet ni pour effet d'obliger ni les personnes morales de droit public ni les personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public français à utiliser une langue autre que le français ; elles ne confèrent pas aux particuliers dans leur relations avec les administrations et services publics français en particulier l'institut national de la propriété industrielle dans l'exercice de la mission dont il est investi par la loi nationale, un droit à l'usage d'une langue autre que le français.

Il suit de là qu'en lui-même l'article 1^{er} du projet d'accord n'est pas contraire à l'article 2 de la Constitution.

De même l'article 2 du projet d'accord qui prévoit, en cas de litige en France, la fourniture, par le titulaire du Brevet européen, à ses frais, d'une traduction complète de son Brevet à la demande du contrefacteur présumé ou du juge compétent satisfait aux exigences de l'article 2 de la Constitution.

■ Section des finances – Avis n° 365560 – 18 janvier 2000

Élaboration et rédaction des notifications de redressements prévues à l'article L. 57 du Livre des procédures fiscales – Introduction de l'euro : obligation de libeller en euros les redressements à compter du 1^{er} janvier 2002 – Possibilité de libeller en francs pour les années d'impositions antérieures.

Le Conseil d'État (Section des finances), saisi par la secrétaire d'État au budget de la question de savoir quelle unité monétaire doit être utilisée pour l'élaboration et la rédaction des notifications de redressements prévues à l'article L. 57 du Livre des procédures fiscales, adressées aux contribuables à compter du 1^{er} janvier 2002 ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment son article 123 ;

Vu le règlement n° 974/98 CE du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro ;

Vu le Code général des impôts et le Livre des procédures fiscales, notamment son article L. 57 ;

Est d'avis de répondre à la question posée, sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes, dans le sens des observations suivantes :

Les lois et règlements codifiés dans le Code général des impôts et le Livre des procédures fiscales ainsi que les notifications de redressements que l'administration est susceptible d'adresser aux contribuables dont elle a vérifié les déclarations sont au nombre des « instruments juridiques » mentionnés à l'article 1^{er} du règlement susvisé du Conseil du 3 mai 1998 et auxquels s'applique l'ensemble des dispositions de ce règlement.

En vertu des articles 2 et 3 de ce dernier, la monnaie des États membres de l'Union économique et monétaire européenne est, depuis le 1^{er} janvier 1999, l'euro, qui remplace la monnaie nationale de chacun de ces États. Toutefois, l'article 6 de ce règlement précise qu'entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001, les instruments juridiques dont il s'agit peuvent être établis soit dans l'unité euro soit dans l'unité monétaire nationale et l'article 14 du même règlement dispose que, si les instruments juridiques existant à la fin de la période qui expire le 31 décembre 2001 comportent des références aux unités monétaires nationales, celles-ci doivent être lues automatiquement comme des références à l'euro, sans qu'il soit besoin de modifier leur libellé.

De la combinaison de ces dispositions, il résulte que les rappels d'impôt, et les pénalités y afférentes, que l'administration pourra, dans le cadre des procédures qui l'y autorisent, mettre à la charge des contribuables à compter du 1^{er} janvier 2002 devront obligatoirement et exclusivement être libellés en euros.

En revanche, ces dispositions restent sans effet sur les principes qui régissent l'application de la loi fiscale dans le temps, sur les règles qui gouvernent la détermination de l'assiette de l'impôt et sur les droits reconnus aux contribuables.

Les redressements apportés à l'assiette d'un impôt ne peuvent être effectués qu'au regard de la législation en vigueur à la date du fait générateur de cet impôt et au vu des déclarations et des documents et pièces comptables correspondants. Dès lors, les redressements notifiés par l'administration à compter du 1^{er} janvier 2002 et portant sur l'une ou plusieurs des années d'imposition comprises entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001 voire sur l'une ou plusieurs des années d'imposition antérieures au 1^{er} janvier 1999, pourront reposer, dans le premier cas, ou reposeront nécessairement, dans le second cas, sur la confrontation de documents comptables et de déclarations fiscales libellés en francs avec une législation dont l'ensemble des références monétaires alors en vigueur s'avéreront avoir également été libellées en francs.

Or, l'article L. 57 du Livre des procédures fiscales exige que les notifications de redressements comportent l'indication des motifs de fait et de droit qui les fondent, afin que les contribuables soient mis en mesure soit de formuler utilement les observations que ces redressements leur paraissent appeler, soit de les accepter en toute connaissance de cause dans leur principe et dans leur montant.

Il s'ensuit que, pour que soient respectés les droits reconnus aux contribuables à raison de l'obligation de motivation ainsi assignée par le législateur à l'administration, les redressements notifiés postérieurement au 1^{er} janvier 2002 et portant sur l'une ou plusieurs des années d'imposition sus-énoncées, devront, si le franc était la seule unité monétaire en vigueur au titre de ces années ou si cette unité monétaire a été choisie par le contribuable entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2001, être élaborés et rédigés de telle sorte que le montant de chaque chef de redressement soit libellé en francs et assorti, pour que l'information des contribuables soit complète et cohérente, de la mention de sa contre-valeur en euros.



Culture – Communication

■ Section de l'intérieur – Avis n° 365310 – 10 octobre 2000

Droit à rémunération au profit des auteurs et des artistes-interprètes des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes ainsi qu'au profit des producteurs – Définition de la notion de « supports d'enregistrement » – Modalités du montant de la rémunération – Composition de la commission prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 311-5 du Code de la propriété intellectuelle.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par la ministre de la Culture et de la Communication d'une demande d'avis portant sur l'application des articles L 311-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle dans l'environnement numérique et, plus précisément, des questions de savoir si :

1°) les supports d'enregistrement intégrés aux matériels d'enregistrement et indissociables de ces derniers sont au nombre des « supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé de phonogrammes ou de vidéogrammes », au sens de l'article L 311-4, premier alinéa, du Code de la propriété intellectuelle ;

2°) la commission prévue à l'article L 311-5 du même code peut déterminer le « taux de rémunération » applicable à chaque type de support en tenant compte des possibilités de réduction du nombre des données numériques enregistrées sur ce type support à des fins de restitution d'une œuvre (ou « compression ») offertes par les logiciels et matériels d'enregistrement utilisés pour la copie privée et, notamment, de la durée moyenne d'enregistrement établie à partir des pratiques constatées sur la base de sondages effectués auprès des utilisateurs ;

3°) le caractère insuffisamment représentatif des organisations déterminées par le ministre chargé de la Culture et appelées à désigner les membres de la commission mentionnée au 2° ci-dessus est de nature à entacher la légalité des décisions prises par celle-ci ;

Vu le Code de la propriété intellectuelle, notamment ses articles L 311-1 et suivants,

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens suivant :

1. Aux termes de l'article L 311-1 du Code de la propriété intellectuelle : « Les auteurs et les artistes-interprètes des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes, ainsi que les producteurs de ces phonogrammes ou vidéogrammes, ont droit à une rémunération au titre de la reproduction desdites œuvres, réalisée dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L 122-5 et au 2° de l'article L 211-3 », c'est à dire au titre respectivement des « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (article L 122-5, 2°) et des « reproductions strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective » (article L 211-3, 2°) ;

– aux termes de l'article L 311-2 du même code : « Sous réserve des conventions internationales, le droit à rémunération mentionné aux articles L 214-1 et L 311-1 est réparti entre les auteurs, les artistes-interprètes, producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes pour les phonogrammes et les vidéogrammes fixés pour la première fois en France » ;

– aux termes de l'article L 311-3 : « La rémunération pour copie privée est, dans les conditions ci-après définies, évaluée selon le mode forfaitaire ... » ;

– aux termes de l'article L 311-4 : « La rémunération prévue à l'article L 311-3 est versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires, au sens du 3° du I de l'article 256 bis du Code général des impôts, de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres fixées sur des phonogrammes ou des vidéogrammes lors de la mise en circulation en France de ces supports.

Le montant de la rémunération est fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet » ;

– enfin, aux termes de l'article L 311-5 : « Les types de support, les taux de rémunération et les modalités de versement de celle-ci sont déterminées par une commission présidée par un représentant de l'État et composée, en outre, pour moitié, de personnes désignées par les organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les fabricants ou importateurs des supports mentionnés au premier alinéa du précédent article et, pour un quart, de personnes désignées par les organisations représentant les consommateurs.

Les organisations appelées à désigner les membres de la commission ainsi que le nombre de personne que chacune est appelée à désigner sont déterminés par arrêté du ministre chargé de la Culture ... ».

2. Il ressort des dispositions précitées que le droit à rémunération prévu par l'article L 311-1 du Code de la propriété intellectuelle au profit des auteurs et des artistes-interprètes des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes ainsi qu'au profit des producteurs de ces phonogrammes ou vidéogrammes vise à assurer, de manière forfaitaire, la rémunération de ces derniers pour l'usage qui est fait licitement et sans leur autorisation de leur œuvre ou de leur représentation à des fins strictement privées. Dans ces conditions, les termes « supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres fixées sur des phonogrammes ou vidéogrammes » doivent s'entendre comme visant tout élément matériel susceptible de fixer, de manière définitive ou temporaire, une œuvre et de la restituer en vue de sa représentation, indépendamment de la nature de cet élément, des techniques ou procédés utilisés pour la fixation de l'œuvre, de l'intégration ou non dudit élément au matériel d'enregistrement. Il en résulte que les « supports » mentionnés au premier alinéa de l'article L 311-4 précité ne se limitent pas aux supports amovibles par rapport aux matériels d'enregistrement qui servent à les utiliser mais incluent également les supports intégrés à ces matériels et indissociables de ceux-ci.



3. Selon le second alinéa du même article L 311-4, le montant de la rémunération due aux auteurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs au titre de la copie privée est « fonction du type de support et de la durée d'enregistrement qu'il permet ». Compte tenu de l'objectif poursuivi par la rémunération pour copie privée, qui est, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, de rémunérer les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes pour l'usage qui est fait de leur œuvre ou de leur représentation à des fins strictement privées, la « durée d'enregistrement », au sens de ces dispositions, doit s'entendre comme la durée d'œuvre, fixée sur phonogramme ou vidéogramme, qu'un support d'enregistrement peut, au maximum, restituer, indépendamment de l'espace physique occupé sur le support par les signaux destinés à assurer la restitution de l'œuvre. Dès lors que les procédés d'enregistrement utilisés à des fins de copie privée permettent de réduire, dans des proportions variables selon le procédé en cause, le nombre de données numériques nécessaires à la restitution d'une œuvre, et d'augmenter ainsi la capacité d'enregistrement d'un support, et dès lors que le choix des procédés utilisés dépend des personnes qui effectuent des copies à titre privé, la commission prévue à l'article L 311-5 du code doit tenir compte des possibilités de réduction du nombre des données numériques enregistrées sur un support donné (ou « compression ») ainsi offertes aux utilisateurs, pour déterminer le « taux de rémunération » applicable à chaque type de support. Elle peut, à cet effet, se fonder sur tout élément permettant de déterminer l'utilisation effective de la capacité d'enregistrement des supports et, notamment, sur les durées moyennes d'enregistrement établies à partir des pratiques constatées sur la base de sondages effectués auprès des utilisateurs.

4. L'article L 311-5, deuxième alinéa, du code prévoit que le ministre chargé de la Culture détermine, par arrêté, les organisations représentant les bénéficiaires du droit à rémunération, les organisations représentant les fabricants et les importateurs de supports mentionnés à l'article L 311-4 ainsi que celles représentant les consommateurs, et détermine le nombre de sièges revenant à chacune d'entre elles au sein de la commission.

Dans ces conditions, il appartient au ministre d'apprécier si la composition de la commission répond aux conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L 311-5 compte tenu des compétences dont elle est investie en application du premier alinéa du même article, et notamment, de celles résultant de l'interprétation donnée au terme « support » au point 2 ci-dessus, et, le cas échéant, de procéder aux modifications de la composition de la commission qui se révéleraient nécessaires.



Élections

■ Section de l'intérieur – Avis n° 365020 – 11 juillet 2000

Incompatibilités entre mandats électoraux – Modifications introduites par l'article 18 de la loi organique du 5 avril 2000 – Mandats acquis ou renouvelés à l'issue de scrutins organisés le même jour – Liberté totale du parlementaire quant au choix du mandat dont il décide de démissionner dans le délai de trente jours – Règles applicables aux autres mandats électifs.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le ministre de l'Intérieur des questions de savoir :

1° si les dispositions de l'article LO 151-1 du Code électoral sont applicables, nonobstant les prescriptions de l'article 18 de la loi organique du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats électoraux, à un député ou à un sénateur qui, entre la date de publication de cette loi organique et la date de renouvellement de son mandat parlementaire, acquiert l'un des mandats énumérés à l'article LO 141 du même code ou en obtient le renouvellement ;

2° si chacun des mandats acquis ou renouvelés à l'issue de scrutins organisés à la même date doit être regardé, selon le cas, comme « mandat acquis ou renouvelé à la date la plus récente » pour l'application des prescriptions de l'article LO 151-1 du Code électoral, ou comme « mandat acquis ou renouvelé à la date la plus ancienne » pour l'application des dispositions de l'article L. 46-1 dudit code et de l'article 6-3 de la loi du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen ;

3° si les dispositions du deuxième alinéa de l'article L.46-1 du Code électoral sont applicables, et dans l'affirmative selon quelles modalités, à une personne qui, titulaire de deux des mandats énumérés au premier alinéa de cet article, est appelée à remplacer un conseiller régional, un conseiller à l'assemblée de Corse, un conseiller de Paris ou un conseiller municipal dont le siège est devenu vacant ;

4° si les dispositions du second alinéa de l'article 6-3 de la loi du 7 juillet 1977 précitée sont transposables au cas d'une personne qui, titulaire de deux des mandats énumérés au premier alinéa de cet article, est élue représentant au Parlement européen ;
Vu le Code électoral ;

Vu le Code général des collectivités territoriales ;
Vu la loi organique n°2000-294 du 5 avril 2000 relative aux incompatibilités entre mandats électoraux ;
Vu la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 modifiée relative à l'élection des représentants au Parlement européen ;
Vu la loi n° 2000-295 du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives et à leurs conditions d'exercice ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

I – Aux termes de l'article LO 141 du Code électoral, dans sa rédaction résultant de la loi organique du 5 avril 2000 susvisée : « Le mandat de député est incompatible avec l'exercice de plus d'un des mandats énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'assemblée de Corse, conseiller général, conseiller de Paris, conseiller municipal d'une commune d'au moins 3 500 habitants ». Aux termes du premier alinéa de l'article LO 151-1 de ce Code, dans sa rédaction issue de la même loi organique : « Tout député qui acquiert un mandat électoral propre à le placer dans un des cas d'incompatibilité visés à l'article LO 141 postérieurement à son élection à l'Assemblée nationale dispose, pour démissionner du mandat de son choix, d'un délai de trente jours à compter de la date de l'élection qui l'a mis en situation d'incompatibilité ou, en cas de contestation, de la date à laquelle le jugement confirmant cette élection est devenu définitif. À défaut d'option dans le délai imparti, le mandat acquis ou renouvelé à la date la plus récente prend fin de plein droit ». Les dispositions précitées sont applicables aux sénateurs en vertu des prescriptions de l'article LO 297 du même code.

Aux termes de l'article 18 de la loi organique du 5 avril 2000 précitée : « Tout parlementaire qui se trouve, à la date de publication de la présente loi, dans l'un des cas d'incompatibilité qu'elle institue doit faire cesser cette incompatibilité au plus tard lors du renouvellement de son mandat parlementaire ».

Ces dernières dispositions, qui visent à fixer les conditions d'entrée en vigueur des modifications introduites par la loi organique en prévoyant que l'incompatibilité qu'elle instaure doit cesser au plus tard lors du renouvellement du mandat parlementaire, doivent être comprises comme permettant à un député ou à un sénateur de continuer à exercer sans tomber sous le coup des prescriptions du premier alinéa de l'article LO 151-1 du Code électoral, ceux des mandats énumérés à l'article LO 141 de ce code dont il était titulaire à la date de publication de la loi organique, jusqu'au terme de chacun de ces mandats et au plus tard, dans l'hypothèse où aucun de ces mandats n'arriverait à son terme avant cette date, jusqu'à la date de renouvellement de son mandat parlementaire. En revanche, ces dispositions n'autorisent pas un député ou un sénateur qui se trouvait en situation d'incompatibilité à la date de publication de la loi organique, à acquérir ou à renouveler après cette date un mandat qu'il exercerait alors en méconnaissance des prescriptions de l'article LO 141 du Code électoral ; les dispositions du premier alinéa de l'article LO 151-1 du même code seraient applicables au parlementaire qui méconnaîtrait ainsi celles de l'article LO 141 dudit code.

II. – A) En vertu des dispositions précitées du premier alinéa de l'article LO 151-1 du Code électoral, lorsqu'un député ou un sénateur placé en situation d'incompatibilité s'abstient de démissionner de l'un de ses mandats dans le délai prévu à cet article, « le mandat acquis ou renouvelé à la date la plus récente prend fin de plein droit ».

Aux termes du premier alinéa de l'article L. 46-1 du Code électoral, dans sa rédaction résultant de la loi du 5 avril 2000 susvisée : « Nul ne peut cumuler plus de deux des mandats électoraux énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'assemblée de Corse, conseiller général, conseiller de Paris, conseiller municipal ». Aux termes du deuxième alinéa du même article : « quiconque se trouve dans ce cas doit faire cesser l'incompatibilité en démis-



sionnant d'un des mandats qu'il détenait antérieurement. Il dispose à cet effet d'un délai de trente jours à compter de la date de l'élection qui l'a mis en situation d'incompatibilité ou, en cas de contestation, de la date à laquelle le jugement confirmant cette élection est devenu définitif. À défaut d'option ou en cas de démission du dernier mandat acquis dans le délai imparti, le mandat ou la fonction acquis ou renouvelé à la date la plus ancienne prend fin de plein droit ».

Aux termes du troisième alinéa du même article : « Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, quiconque se trouve placé en situation d'incompatibilité du fait de son élection comme membre d'un conseil municipal d'une commune à laquelle s'appliquent les dispositions du chapitre II du titre IV du livre Ier du présent code doit faire cesser cette incompatibilité en démissionnant du mandat de son choix. Il dispose à cet effet d'un délai de trente jours à compter de la proclamation de l'élection qui l'a placé en situation d'incompatibilité ou, en cas de contestation, de la date à laquelle la décision juridictionnelle confirmant cette élection est devenue définitive. À défaut d'option dans le délai imparti, il est réputé avoir renoncé au mandat acquis ou renouvelé à la date la plus ancienne. »

Aux termes du premier alinéa de l'article 6-3 ajouté à la loi du 7 juillet précitée par la loi du 5 avril 2000 : « Le mandat de représentant au Parlement européen est incompatible avec l'exercice de plus d'un des mandats électoraux énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'assemblée de Corse, conseiller général, conseiller de Paris, conseiller municipal ». Aux termes du second alinéa du même article : « Tout représentant au Parlement européen élu qui acquiert postérieurement à son élection un mandat propre à le placer dans une situation d'incompatibilité prévue par l'alinéa précédent doit faire cesser cette incompatibilité en démissionnant d'un des mandats qu'il détenait antérieurement. Il dispose à cet effet d'un délai de trente jours à compter de la proclamation de l'élection qui l'a placé en situation d'incompatibilité ou, en cas de contestation, de la date à laquelle la décision juridictionnelle confirmant cette élection est devenue définitive. À défaut d'option ou en cas de démission du dernier mandat acquis dans le délai imparti, le mandat acquis ou renouvelé à la date la plus ancienne prend fin de plein droit ».

Aucune dispositions législative ne précise les critères permettant de déterminer le mandat acquis ou renouvelé, selon le cas, à la date la plus ancienne ou à la date la plus récente lorsqu'une même personne détient plusieurs mandats dont elle a été investie à l'issue de scrutins organisés à la même date, c'est-à-dire de scrutins dont le tour unique ou le premier tour ont eu lieu le même jour.

Aucun critère de différenciation ne saurait être fondé sur la nature des mandats concernés par les dispositions précitées. Les mandats des représentants au Parlement européen et des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, qui ont tous leur source dans le suffrage universel, doivent être regardés comme étant de même rang, quelles que soient la catégorie de la personne morale à laquelle se rattache l'exercice du mandat, l'étendue de la circonscription dans laquelle le scrutin a été organisé ou les compétences de l'assemblée en cause.



Pour des motifs analogues, il ne peut être envisagé d'établir une distinction selon que l'élection a été acquise à l'issue du premier ou du second tour, ce critère n'étant d'ailleurs pas approprié compte tenu de la diversité des modes de scrutin et pouvant même se révéler sans portée pratique dans un grand nombre de cas. Ni la date de la proclamation des résultats du vote, ni celle de la première réunion de l'assemblée délibérante consécutive à un renouvellement, ni celle de l'installation de l'élu à l'issue d'un scrutin partiel n'auraient davantage de pertinence au regard de l'objet des dispositions législatives précitées, la mise en œuvre de tels critères pouvant, de surcroît, donner lieu à des manœuvres de toute nature.

Enfin, il serait contraire aux termes même des dispositions précitées de se référer à la date à laquelle l'élu a acquis pour la première fois chacun des mandats concernés.

Ainsi, des mandats qui ont été acquis ou renouvelés à l'issue de scrutins dont le tour unique ou le premier tour, selon le cas, ont eu lieu le même jour, doivent être regardés pour l'application des dispositions du premier alinéa de l'article LO 151-1 du Code électoral, des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 46-1 de ce code et du deuxième alinéa de l'article 6-3 de la loi du 7 juillet 1977 comme ayant été acquis ou renouvelés à la même date.

B) S'agissant des parlementaires, il ressort des termes même de l'article LO 151-1 du Code électoral que le législateur a entendu donner à un député ou à un sénateur placé en situation d'incompatibilité une liberté totale quant au choix du mandat dont il décide de démissionner. Le délai de trente jours prévu à cet article pour l'exercice de l'option constitue une garantie essentielle permettant au parlementaire de se déterminer en toute connaissance de cause.

Dés lors que le député ou le sénateur s'est abstenu d'exercer son droit d'option dans le délai imparti, si plusieurs des mandats énumérés à l'article LO 141 du Code électoral ont été acquis ou renouvelés à l'issue de scrutins dont le tour unique ou le premier tour, selon le cas, ont été organisés à la même date, les dispositions du premier alinéa de l'article LO 151-1 dudit code doivent être comprises comme entraînant la cessation de plein droit de ces mandats.

C) S'agissant des titulaires de mandat de représentant au Parlement européen, conseiller régional, conseiller à l'assemblée territoriale de Corse, conseiller général, conseiller de Paris et conseiller municipal, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 5 avril 2000 que les dispositions introduites à l'article L.46-1 du Code électoral et à l'article 6-3 de la loi du 7 juillet 1977 tendent à faire obstacle à une démarche consistant, pour un candidat, à se présenter à une élection dans le but d'influer sur les résultats du scrutin grâce à sa personnalité, quitte à démissionner après l'élection pour se mettre en conformité avec les règles limitant le cumul des mandats. Par suite, dans le cas où plusieurs des mandats énumérés au premier alinéa de l'article L.46-1 du Code électoral ou au premier alinéa de l'article 6-3 de la loi du 7 juillet 1977 ont été acquis ou renouvelés à la suite de scrutins dont le tour unique ou le premier tour, selon le cas, ont été organisés à la même date, lesdites dispositions doivent être comprises comme entraînant la cessation de plein droit de



ces mandats, dès lors que, dans le délai imparti, l'élu n'a pas exercé l'option prévue ou a démissionné d'un des derniers mandats acquis ou renouvelés.

Toutefois, afin de permettre un exercice effectif du droit d'option consacré par les prescriptions de l'article L. 46-1 du Code électoral, lorsqu'une personne détenant un seul des mandats susmentionnés acquiert deux autres de ces mandats à l'issue de scrutins dont le tour unique ou le premier tour, selon le cas, ont eu lieu le même jour, il apparaît légitime que la démission, dans le délai imparti par ces prescriptions, de l'un des mandats nouvellement acquis n'entraîne pas la cessation de plein droit du mandat acquis ou renouvelé à la date la plus ancienne.

III. – En raison de leur caractère général, les dispositions de l'article L. 46-1 du Code électoral sont applicables à une personne qui, figurant sur une liste de candidats à l'élection des membres d'un conseil régional, de l'assemblée de Corse, du conseil de Paris ou d'un conseil municipal, est appelée à remplacer un élu de la même liste dont le siège est devenu vacant.

N'ayant pas été proclamée élue à l'issue de la répartition des sièges entre les listes en présence après le scrutin, cette personne ne peut être réputée détenir un mandat qu'à compter de la date du remplacement. Par suite, pour l'application des dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 46-1 du Code électoral, le mandat acquis du fait de ce remplacement par un élu déjà titulaire de deux des mandats énumérés au premier alinéa de cet article doit être regardé comme le mandat acquis à la date la plus récente, même dans le cas où l'acquisition ou le renouvellement des deux mandats détenus auparavant ont été postérieurs à l'élection des membres de l'assemblée délibérante dont un siège a fait l'objet du remplacement.

En vertu des dispositions de l'article L.46-1 du Code électoral, la personne qui, déjà titulaire de deux des mandats énumérés à cet article, est appelée à remplacer un conseiller régional, un conseiller à l'assemblée de Corse, un conseiller de Paris ou un conseiller municipal dont le siège est devenu vacant, ne peut faire cesser l'incompatibilité dans laquelle elle se trouve qu'en démissionnant d'un des mandats qu'elle détenait auparavant, et non en démissionnant du mandat qu'elle a acquis du fait du remplacement. Le délai de trente jours dont elle dispose à cette fin doit être réputé courir à compter de la date à laquelle le remplacement a pris effet.

Si la personne concernée n'exerce pas son droit d'option entre les deux mandats dont elle était déjà titulaire, ou si elle démissionne du mandat acquis par remplacement dans le délai de trente jours déterminé comme il a été dit ci-dessus, celui des deux mandats détenus auparavant qui a été acquis ou renouvelé à la date la plus ancienne prend fin de plein droit au terme de ce délai dans les conditions fixées au II ci-dessus.

IV – Si les dispositions du second alinéa de l'article 6-3 de la loi du 7 juillet 1977 définissent les modalités de cessation de l'incompatibilité résultant de ce qu'un représentant au Parlement européen acquiert après son élection l'un des mandats énumérés au premier alinéa de cet article, aucune prescription législative ne fixe les modalités de cessation de l'incompatibilité née de ce qu'une personne détenant deux des mandats énumérés au premier alinéa du



même article est élue représentant au Parlement européen ; seule la situation des personnes appelées à remplacer un représentant au Parlement européen et se trouvant de ce fait en situation d'incompatibilité est régie par les dispositions introduites à l'article 24 de ladite loi par la loi du 5 avril 2000.

Eu égard aux termes dans lesquels elles sont rédigées, les prescriptions du second alinéa de l'article 6-3 de la loi du 7 juillet 1977 ne sont pas transposables à la situation d'incompatibilité pouvant concerner une personne qui est élue représentant au Parlement européen. Il n'appartient qu'au législateur de déterminer les modalités selon lesquelles il peut être mis fin à cette situation.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364990 – 11 juillet 2000

Information des commissions administratives instituées par l'article L. 17 du Code électoral pour procéder à la radiation des électeurs inscrits indûment sur les listes électorales – Possibilité de recourir dans des conditions définies par la CNIL à la consultation de fichiers des contributions locales directes – Compétence réglementaire pour prévoir la transmission de documents par la commission de propagande – Compétence législative pour la communication par la poste d'informations relatives aux changements de domicile ou pour l'utilisation de fichiers nationaux par l'Institut national de la statistique et des études économiques.

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Intérieur de la question de savoir si l'amélioration des informations dont disposent les commissions administratives instituées par l'article L. 17 du Code électoral afin de procéder à la radiation d'office des personnes qui auraient été inscrites indûment ou qui auraient perdu la qualité d'électeur dans la circonscription d'un bureau de vote peut être obtenue par la seule mise en œuvre des dispositions existantes ou s'il convient d'envisager à cet effet de nouvelles mesures et, dans ce cas, si relèvent du pouvoir réglementaire des mesures qui permettraient à ces commissions :

1°) de recourir à la consultation des fichiers des contributions locales directes ;

2°) d'obtenir des services de La Poste, les informations relatives aux changements d'adresse dont ils auraient eu connaissance ;

3°) de recevoir des commissions de propagande prévues par les articles L. 212, L. 241, L. 354 et L. 376 du Code électoral, la liste des personnes auxquelles les documents qui leur sont adressés n'auraient pu être remis ;

4°) de mettre en mesure l'Institut national de la statistique et des études économiques de consulter les grands fichiers nationaux qui font état du domicile des personnes.

Vu le Code de procédure pénale, notamment son article L. 773 ;

Vu le Code électoral ;

Vu le Code des postes et télécommunications, notamment son article L. 5 ;

Vu le Code du service national, notamment ses articles L. 113-1 à L. 113-8 ;



Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;
Vu le décret n° 82-103 du 22 janvier 1982 relatif au répertoire national d'identification des personnes physiques ;
Vu le décret n° 83-101 du 15 février 1983 autorisant l'utilisation du répertoire national d'identification des personnes physiques en vue de la tenue du fichier général des électeurs et électrices ;
Vu la recommandation n° 85-61 de la commission nationale de l'informatique et des libertés, en date du 5 novembre 1985 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

Pour procéder à la radiation des électeurs indûment inscrits sur la liste électorale d'un bureau de vote déterminé, les commissions administratives instituées par l'article L. 17 du Code électoral peuvent accéder aux informations adressées par les maires en vertu des articles R. 20 et R. 21 de ce code à l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) auquel l'article L. 37 du même code impose de tenir un fichier général des électeurs, en vue du contrôle des inscriptions sur les listes électorales. Les commissions administratives disposent des éléments nécessaires pour rayer les électeurs qui se sont inscrits dans une autre commune, ceux qui sont décédés dans l'année qui précède en dehors de la commune d'inscription et ceux qui sont frappés d'une incapacité ou d'une condamnation, en vertu des articles L. 5 et L. 6 du Code électoral et dont l'identité est communiquée à l'INSEE par application de l'article 773 du Code de procédure pénale.

Outre les informations précitées, l'article L. 17-1 du Code électoral confère aux commissions administratives le droit d'utiliser les fiches de recensement établies en vertu des articles L. 113-1 à L. 113-8 du Code du service national et les fichiers des organismes servant les prestations de base des régimes obligatoires d'assurance-maladie qui leur sont transmis par l'intermédiaire de l'Institut national de la statistique et des études économiques.

Toutefois l'ensemble de ces informations ne permet pas aux commissions administratives de remplir pleinement le rôle qui leur est dévolu par l'article L. 17 précité du Code électoral en vérifiant de manière sûre et complète que les électeurs remplissent l'une des conditions prévues à l'article L. 11 du même code, pour être inscrits sur la liste électorale d'un bureau de vote déterminé.

1°) sur la consultation du fichier des contributions locales directes.

L'autorité réglementaire peut prévoir la transmission aux commissions administratives mentionnées à l'article L. 17 du Code électoral, des informations nominatives figurant dans les fichiers d'impositions locales directes mais elle ne peut autoriser cette communication que dans les conditions restrictives précisées par la commission nationale de l'informatique et des libertés dans sa recommandation du 5 novembre 1985 susvisée qui exclut toute utilisation de ces fichiers pour une vérification systématique des inscriptions sur les listes électorales ; il appartient au Gouvernement, s'il le juge utile, de soumettre à cette commission un projet de décret sur lequel elle serait amenée à émettre un nouvel avis.



2°) sur la communication par La Poste d'informations relatives aux changements de domicile.

A. La commission administrative chargée de réviser les listes électorales ne figure pas au nombre des autorités ou services auxquels La Poste communique les changements de domicile dont elle a connaissance notamment ceux qui lui sont signalés volontairement par les intéressés. Ces destinataires sont définis par un texte législatif, l'article L. 5 du Code des postes et télécommunications, que le législateur a seul compétence pour compléter en vue d'y inclure ladite commission.

B. En ce qui concerne les personnes auxquelles les correspondances ne peuvent être remises du fait qu'elles n'habitent pas ou n'habitent plus à l'adresse qu'elles ont indiquée, La Poste, en dehors de fichiers destinés à des usages commerciaux, n'en dresse pas la liste exhaustive. La tenue systématique de cette liste et sa communication à la commission de révision des listes électorales ne pourraient lui être imposées que par la voie législative.

3°) sur la transmission de documents par la commission de propagande.

L'autorité réglementaire peut, si elle l'estime souhaitable, prévoir que la commission instituée par les articles L. 166, L. 241, L. 354 et L. 376 du Code électoral transmet aux commissions mentionnées à l'article 17 de ce code la liste des personnes auxquelles les documents de propagande électorale n'ont pu être remis du fait qu'elles n'habitent pas ou n'habitent plus à l'adresse indiquée ; une telle communication, portant sur des éléments qui ne figurent pas au nombre des données énoncées à l'article 31 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, peut être en effet autorisée par l'autorité réglementaire dans les conditions définies à l'article 15 de cette loi.

4°) sur l'utilisation de fichiers nationaux par l'Institut national de la statistique et des études économiques.

Les conditions dans lesquelles l'Institut national de la statistique et des études économiques pourrait avoir recours à des fichiers nationaux autres que le répertoire national d'identification des personnes physiques auquel il a accès en vertu du décret du 15 février 1983 susvisé sont celles fixées par la loi du 6 janvier 1978 précitée ; il en résulte que la consultation de données nominatives contenues dans les fichiers tenus par toute personne publique ou privée qui ne répondrait pas à la finalité de ceux-ci ne peut être autorisée que par la loi.



Enseignement

■ Section sociale – Avis n° 364917 – 20 juin 2000

Établissements d'enseignement privé – Régime particulier de retraite.

Le Conseil d'État (Section sociale), saisi par le ministre de l'Agriculture et de la Pêche de la question de savoir si l'institution d'un dispositif spécifique permettant le versement temporaire d'un avantage de retraite à certaines catégories d'enseignants contractuels des établissements agricoles privés en attendant qu'ils réunissent les conditions requises pour bénéficier d'une retraite à taux plein dans les conditions applicables aux salariés de droit privé affiliés au régime général de sécurité sociale ou au régime de la mutualité sociale agricole nécessite le recours à des dispositions de nature législative ou réglementaire ;

Vu la Constitution, notamment ses articles 34 et 37 ;

Vu le Code rural, notamment son article L. 813-8 ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations suivantes :

En vertu de l'article L. 813-8 du Code rural, dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi n° 84-1285 du 31 décembre 1984 modifiée portant réforme des relations entre l'État et les établissements d'enseignement agricole privés : « Les personnels enseignants et de documentation de ces établissements sont nommés par le ministre de l'Agriculture après vérification de leurs titres et de leurs qualifications... Ils sont liés par un contrat de droit public à l'État qui les rémunère directement par référence aux échelles indiciaires des corps équivalents de la fonction publique exerçant des fonctions comparables et ayant les mêmes niveaux de formation... »

S'il ressort de ces dispositions que les personnels enseignants en cause bénéficient d'une rémunération analogue à celle des personnels enseignants de la fonction publique, elles n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de donner compétence au gouvernement pour édicter par décret les dispositions spéciales qu'il envisage, en l'absence dans la loi précitée de toute fixation des principes fondamentaux nécessaires, conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution, pour servir de fondement légal à une disposition réglementaire.



Finances publiques

■ Assemblée générale (Section des finances) – Avis n° 365546 – 21 décembre 2000

Réforme de la loi organique relative aux lois de finances – Règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels doit se conformer le législateur organique – Dispositions pouvant figurer dans la loi organique – Procédure de préparation, d'adoption et d'exécution des lois de finances.

Le Conseil d'État, saisi par la secrétaire d'État au budget de questions relatives aux conditions dans lesquelles peut être modifiée l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances,

Vu la Constitution,

Vu le Traité instituant la Communauté européenne,

Vu la décision du Conseil 94/728/CE, Euratom du 31 octobre 1974 relative au système des ressources propres des Communautés européennes,

Vu le règlement CE n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques,

Vu l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, modifiée par la loi organique n° 71-474 du 22 juin 1971 et par la loi organique n° 95-1292 du 16 décembre 1995,

Vu l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 modifiée relative au fonctionnement des assemblées parlementaires,

Vu l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 modifiée portant loi de finances pour 1959,

Vu le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique,

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1 – Les dispositions de l'article 34 de la Constitution, aux termes desquelles « les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique », et celles de son article 47, aux termes desquelles « le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique », habilite le législateur organique à définir les règles relatives à la présentation et au contenu des lois de finances, ainsi que les règles relatives à leur discussion et à leur adoption par le Parlement.

La loi organique relative aux lois de finances actuellement en vigueur, résultant de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959, présente au regard du régime juridique des lois organiques des particularités et les textes législatifs qui en méconnaissent les dispositions sont censurés par le Conseil constitutionnel. Rien n'interdit cependant qu'une nouvelle loi organique la modifie, comme cela a d'ailleurs déjà été fait à deux reprises, en 1971 et en 1995.

Pour modifier l'ordonnance du 2 janvier 1959, le législateur organique devra, en premier lieu, respecter les limites de la compétence qui lui est attribuée par

la Constitution. Le renvoi à une loi ordinaire ou à un texte réglementaire d'une matière ressortissant, en application des dispositions précitées de la Constitution, au domaine d'intervention d'une loi ayant le caractère de loi organique serait entaché d'incompétence négative et, à ce titre, contraire aux dites dispositions. A l'inverse, la nouvelle loi organique relative aux lois de finances ne devra comporter que des dispositions entrant dans le champ de la double habilitation constitutionnelle ; si des dispositions ayant le caractère de loi ordinaire figuraient dans la loi organique, elles garderaient leur caractère et pourraient donc être modifiées, à l'avenir, par le législateur.

Dans l'exercice de sa compétence, le législateur organique devra, en deuxième lieu, se conformer à l'ensemble des règles et principes de valeur constitutionnelle.

Enfin, la nouvelle loi organique devra être votée et promulguée dans les conditions prévues par l'article 46 de la Constitution.

C'est en application de ces principes que sont présentées les observations qui suivent :

2 – La loi organique relative aux lois de finances doit elle être regardée, dans l'ensemble des dispositions qu'elle peut comporter, comme une loi organique relative au Sénat, au sens de l'article 46 de la Constitution ?

L'article 46 de la Constitution dispose que "les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.

Le projet ou la proposition n'est soumis à la délibération et au vote de la première assemblée saisie qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.

La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres.

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées [...] ».

Comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, doivent être regardées comme des dispositions « relatives au Sénat », au sens du 4^e alinéa de l'article précité, les dispositions organiques « qui ont pour objet de poser, de modifier ou d'abroger des règles concernant le Sénat ou qui, sans se donner cet objet à titre principal, n'ont pas moins pour effet de poser, de modifier ou d'abroger des règles le concernant ».

Conformément à l'habilitation constitutionnelle qui a été mentionnée au point 1, la loi organique relative aux lois de finances doit comporter, ainsi qu'il a été dit, des dispositions qui définissent les règles relatives à la discussion et au vote des lois de finances. De telles dispositions doivent être regardées comme « relatives au Sénat ».



Or ces dispositions sont indivisibles de celles qui doivent également figurer dans la loi organique, et qui ont pour objet de définir les règles relatives à la présentation et au contenu des lois de finances. En effet, ni la portée, ni les modalités particulières du vote du Parlement sur les lois de finances ne sont intelligibles ni applicables sans qu'ait été notamment précisé ce que sont les ressources et les charges budgétaires, la structure des projets de loi de finances, la nature des documents dont ils doivent être accompagnés.

Dans ces conditions, c'est la loi organique relative aux lois de finances dans son ensemble qui doit être regardée comme « relative au Sénat ».

Conformément aux dispositions précitées de l'article 46 de la Constitution, elle devra donc être votée dans les mêmes termes par les deux assemblées.

3 - Peut-on au regard notamment du principe de séparation des pouvoirs et de la définition des compétences respectives du Gouvernement et du Parlement qui figure dans la Constitution, inscrire dans la loi organique relative aux lois de finances des dispositions :

a) imposant au Gouvernement de transmettre aux commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat le programme de stabilité avant sa présentation aux instances communautaires, son actualisation annuelle, ainsi que, le cas échéant, les recommandations adressées à la France sur le fondement des articles 99 et 104 du traité instituant la Communauté européenne ?

Rien ne s'oppose à ce que la loi organique prévoit que le programme de stabilité qu'il appartient aux pays membres de l'Union économique et monétaire d'établir en application du règlement du Conseil du 7 juillet 1997 susvisé ainsi que les recommandations adressées par le Conseil à la France figurent en annexe au projet de loi de finances pour éclairer le vote du Parlement.

En revanche, dans la conception de la séparation des pouvoirs dont s'inspire la Constitution, la conduite des relations extérieures de la France, y compris avec les autorités communautaires, ne relève pas de la compétence du Parlement. Il a été nécessaire de réviser la Constitution pour prévoir par un article 88-4 nouveau la transmission systématique à l'Assemblée nationale et au Sénat des projets et propositions d'actes communautaires comportant des dispositions de nature législative et permettre au Parlement de voter des résolutions. Le programme de stabilité n'est pas au nombre de ces textes et seule une nouvelle modification de la Constitution pourrait prévoir sa transmission obligatoire au Parlement avant sa présentation aux instances communautaires, notamment pour lui permettre l'adoption de résolutions.

Si les recommandations adressées à la France sur le fondement des articles 99 et 104 du Traité instituant la Communauté européenne doivent être considérées comme des propositions d'actes communautaires, elles ne doivent être transmises au Parlement en application de l'article 88-4 de la Constitution que si elles comportent des dispositions de nature législative. Seule la Constitution pourrait prévoir leur transmission systématique aux commissions compétentes du Parlement.



b) prescrivant le dépôt par le Gouvernement, au cours du dernier trimestre de la session ordinaire du Parlement, d'un rapport sur l'évolution de l'économie nationale et sur les orientations des finances publiques en vue, à l'initiative du Gouvernement, d'un débat devant chacune des deux assemblées ?

L'article 47 de la Constitution habilite la loi organique à fixer les conditions dans lesquelles le Parlement vote les projets de loi de finances.

L'une de ces conditions peut être que le vote soit précédé d'un débat organisé au cours du dernier trimestre de la session ordinaire du Parlement précédant l'année couverte par la loi de finances et portant sur l'évolution de l'économie nationale et les orientations des finances publiques, dès lors qu'il serait précisé que ce rapport est destiné à préparer l'adoption du projet de loi de finances de l'année suivante et bien que le champ des finances publiques soit plus large que celui de la loi de finances.

c) prévoyant que les commissions des finances du Parlement suivent l'élaboration des projets de loi de finances ?

Il résulte de l'article 47 de la Constitution que la loi de finances est issue d'un projet dont l'initiative revient, en application de l'article 39, au Premier ministre.

La possibilité pour le Premier ministre d'exercer la plénitude de ses compétences, qui est un des éléments essentiels de la séparation des pouvoirs, interdit de le contraindre à associer les commissions des finances du Parlement à l'élaboration des projets de loi de finances.

d) précisant que les projets de loi de finances sont préparés au vu des orientations définies par le programme de stabilité présenté dans le cadre de l'union économique et monétaire ?

Certes le programme de stabilité doit inspirer la préparation des projets de loi de finances, mais il résulte des articles 47 et 39 de la Constitution que la préparation de ces projets est une prérogative du Gouvernement et il n'appartient pas à la loi organique relative aux lois de finances de définir les éléments auxquels le Gouvernement, dans l'exercice de ses compétences, doit se référer.

e) prévoyant que les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat sont obligatoirement saisies pour avis, préalablement à leur signature, des décrets relatifs à l'ouverture de crédits à titre d'avance ou à l'augmentation de la provision pour dépenses accidentelles ainsi que des arrêtés relatifs à la suspension en cours d'année des crédits ouverts aux ministres, ces arrêtés devant en outre être motivés et, dans certains cas, pris par le ministre des Finances après accord des ministres intéressés ?

En application de l'article 34 de la Constitution, la détermination des charges de l'État relève de la loi de finances sous les réserves prévues par une loi organique. La loi organique peut, au titre de ces réserves, apporter des assou-



plissements à cette règle et donner compétence, dans certains cas, au pouvoir réglementaire pour ouvrir des crédits (décrets d'avances, décrets de dépenses accidentelles). Dès lors qu'il ne s'agit pas d'une compétence propre du pouvoir réglementaire, la loi organique peut prévoir qu'il exerce cette compétence déléguée en recueillant l'avis des commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat, dans la mesure où cette procédure de consultation serait compatible avec l'urgence qui justifie, dans la plupart des cas, l'octroi de ces compétences au Gouvernement.

L'article 21 de la Constitution précise que le Premier ministre assure l'exécution des lois et peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Les arrêtés portant annulation ou suspension en cours d'année des crédits ouverts aux ministres entrent dans les compétences propres du pouvoir réglementaire déléguées au ministre des finances pour l'exécution de la loi de finances. Le principe de la séparation des pouvoirs ne permet pas que la loi organique relative aux lois de finances prévoie que, dans l'exercice de cette compétence propre, le ministre des finances doit consulter les commissions des finances du Parlement.

La motivation des arrêtés de blocage ou d'annulation de crédits n'aurait de sens que pour fonder un avis préalable du Parlement que la Constitution ne permet pas.

La subordination de la prise d'un arrêté de suspension ou de blocage de crédits à l'accord des ministres intéressés ne laisserait pas sa place au pouvoir d'arbitrage du Premier ministre et serait contraire à l'article 21 de la Constitution. Une telle disposition ne relève pas du champ de compétence de la loi organique relative aux lois de finances.

f) imposant une information immédiate des commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat lorsque les dépenses relatives aux intérêts de la dette publique excèdent les crédits inscrits, qui ont un caractère évaluatif ?

Le caractère évaluatif des crédits destinés à couvrir les dépenses relatives aux intérêts de la dette publique constitue une exception traditionnelle et nécessaire à la compétence du Parlement pour fixer de manière limitative les charges de l'État ; cette exception peut être assortie de l'obligation d'informer immédiatement les commissions compétentes du Parlement lorsque le montant initial est dépassé.

g) et donnant qualité aux commissions des finances de chaque assemblée pour saisir la Cour de discipline budgétaire et financière par l'organe du ministère public ?

Dès lors qu'elle passerait par l'organe du ministère public, la possibilité pour les commissions des finances des deux assemblées de saisir la Cour de discipline budgétaire et financière n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs, mais une telle disposition n'est pas dans le domaine de compétence d'une loi organique relative aux lois de finances défini par les articles 34 et 47 de la Constitution. Elle relève d'une loi ordinaire.



4 - Est-il possible, sans aller au-delà des dispositions de la Constitution qui définissent l'objet de la loi organique relatives aux lois de finances, d'inclure dans celle-ci des dispositions :

a) imposant que les dispositions législatives destinées à organiser l'information et le contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques ou à imposer aux agents des services publics des responsabilités pécuniaires soient contenues dans les lois de finances ?

Il résulte de l'article 47 de la Constitution que le Parlement, assisté de la Cour des comptes, contrôle l'exécution des lois de finances. Cette compétence est le prolongement de la détermination des charges de l'État prévue à l'article 34 de la Constitution.

La loi organique, prévue à l'article 34 de la Constitution et habilitée à définir les conditions dans lesquelles la loi de finances détermine les ressources et les charges de l'État, peut prévoir que les lois de finances peuvent contenir les dispositions destinées à organiser l'information et le contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques, mais, compte tenu de l'urgence qui s'attache au vote des lois de finances, elle ne saurait réserver de telles dispositions à cette catégorie de loi et restreindre ainsi le domaine des lois ordinaires.

Les dispositions qui imposent aux agents des services publics des responsabilités pécuniaires relèvent de la loi puisqu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, il lui revient de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État et les principes fondamentaux du régime de la propriété et des obligations civiles et commerciales, mais elles ne relèvent pas de la loi de finances dont le domaine est limité aux ressources et aux charges de l'État.

b) prévoyant que les lois de finances peuvent contenir toutes dispositions relatives aux modalités de répartition des dotations de l'État, alors même que ces modalités peuvent être sans effet sur le niveau des charges budgétaires ?

Dès lors que les lois de finances déterminent les charges de l'État, elles peuvent contenir les dispositions relatives aux modalités de la répartition des dotations de l'État qui sont indissociables de la détermination de ces charges, mais il serait contraire à l'objectif de respect des droits du Parlement que la rédaction de la loi organique permette d'attirer dans les lois de finances, qui sont votées selon la procédure d'urgence, des dispositions dont l'objet essentiel n'est pas financier.

c) imposant que les dispositions législatives relatives à l'affectation des impositions de toutes natures soient contenues dans les lois de finances ?

L'article 34 de la Constitution limite l'objet des lois de finances aux ressources de l'État. Si aucun principe constitutionnel n'interdit l'affectation d'impositions à certaines personnes morales autres que l'État, l'article 34 de la Constitution n'habilite pas la loi organique relative aux lois de finances à imposer que les dispositions législatives relatives à l'affectation des impositions de toutes natures soient contenues dans les lois de finances, mais rien ne



l'empêche de prévoir que, pour l'information du Parlement, la récapitulation des impositions de toutes natures est annexée au projet de loi de finances.

d) imposant que l'État ne puisse accorder de garantie ni procéder à une remise de dette qu'en vertu d'une autorisation particulière inscrite dans une loi de finances qui en fixe notamment le montant, et rendant caduque, à l'issue d'un délai de 3 ans, toute garantie ne répondant pas à cette exigence ?

Une garantie de l'État est, pour celui-ci, une charge éventuelle, mais qui, de ce fait, peut prendre des proportions considérables.

La loi organique relative aux lois de finances pourrait prévoir que ce type de charge ne peut résulter que d'une loi de finances. Toutefois, pour permettre d'accorder des garanties en urgence, si un impératif de la vie économique le rend nécessaire, elle peut aussi déléguer ce pouvoir au Gouvernement dans des conditions restrictivement définies qui pourraient être une obligation de compte rendu dans la prochaine loi de finances.

Le créancier d'une personne bénéficiant d'une garantie de l'État, même accordée par une autorité incompétente, détient un droit sur celui-ci. Il ne peut être privé de ce droit que pour un motif d'intérêt général. L'intérêt général consistant à limiter les charges de l'État résultant de garanties accordées selon une procédure incorrecte n'est pas suffisant pour justifier qu'une loi organique relative aux lois de finances rende caduque, à l'issue d'un certain délai, toute garantie ne résultant pas d'une autorisation particulière inscrite dans une loi de finances.

Les remises de dettes envers l'État affectent les ressources de celui-ci. La loi organique relative aux lois de finances peut prévoir les conditions dans lesquelles des remises de dettes peuvent être consenties, mais les dettes en cause peuvent avoir des origines très variées et les situations qui justifient une remise de dette peuvent imposer une décision très rapide ; il serait déraisonnable que la loi organique relative aux lois de finances prive le Gouvernement de tout pouvoir de remise gracieuse de dettes envers l'État notamment de personnes ou d'entreprises en difficulté ou de comptables mis en débet.

e) et prévoyant que le projet de loi de finances comporte une récapitulation du produit des impôts affectés aux organismes de sécurité sociale, alors que la Constitution a prévu par ailleurs que, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique, les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses ?

Pour l'information du Parlement à l'occasion du vote de la loi de finances, la loi organique relative aux lois de finances peut prévoir que celle-ci comporte en annexe une récapitulation du produit des impôts affectés aux organismes de sécurité sociale, mais elle ne peut prévoir que le texte normatif qui attribue le produit d'un impôt à un organisme de sécurité sociale soit la loi de finances.



5 - Peut-on faire figurer dans ce texte de niveau organique des dispositions :

a) relatives aux missions, prérogatives et moyens de contrôle du Parlement en matière de finances publiques, notamment au rôle et aux pouvoirs des commissions des finances et de leurs rapporteurs, actuellement inscrites dans l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 ;

b) relatives à la trésorerie de l'État et des autres personnes publiques, et en particulier imposant à ces dernières de déposer au Trésor leurs disponibilités ;

c) et relatives à la comptabilité générale de l'État, en particulier à son caractère régulier, sincère et fidèle, au mode de prise en compte des recettes et des dépenses, à l'élaboration d'un bilan de l'État et à la présentation d'un équilibre comptable prévisionnel ?

Les trois sous-questions regroupées dans la présente question ont un même objet : les dispositions envisagées entrent-elles dans le champ de l'habilitation donnée au législateur organique par les articles 34 et 47 de la Constitution ?

Elles appellent la même réponse de principe : ne doivent figurer dans la loi organique que les dispositions qui sont spécifiquement liées aux conditions dans lesquelles sont déterminées les ressources et les charges de l'État ou dans lesquelles sont votées les lois de finances.

a) en ce qui concerne les missions, prérogatives et moyens de contrôle du Parlement en matière de finances publiques :

Outre des missions générales de contrôle du Gouvernement, qu'il exerce notamment dans les conditions définies par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, le Parlement exerce son contrôle sur l'exécution des lois de finances, avec l'assistance de la Cour des Comptes, prévue par le dernier alinéa de l'article 47 de la Constitution. A cet égard, l'ordonnance n° 58-1374 du 30 novembre 1958 relative à la loi de finances pour 1959, modifiée notamment par la loi de finances rectificative pour 2000 (loi n° 2000-656 du 13 juillet 2000), attribue des prérogatives particulières aux présidents et rapporteurs généraux des commissions parlementaires en charge des affaires budgétaires.

Les dispositions qui définissent ces différentes missions et prérogatives ne sont pas de celles qui sont spécifiquement liées aux conditions dans lesquelles sont déterminées les ressources et les charges de l'État ou dans lesquelles sont votées les lois de finances et qui auraient vocation, pour ce motif, à figurer dans la loi organique relative aux lois de finances.

Le Parlement exerce cependant aussi son contrôle sur l'exécution des lois de finances en se prononçant sur les projets de lois de règlement. Même si elles présentent des caractères particuliers et si, par suite, toutes les dispositions organiques relatives aux lois de finances initiales et rectificatives ne leur sont pas nécessairement applicables, les lois de règlement, qui permettent au Parle-



ment non seulement de ratifier les conditions dans lesquelles le budget de l'année écoulée a été exécuté mais aussi de disposer d'éléments d'appréciation de nature à éclairer son vote sur le budget de l'année à venir, pourront être rangées, par la nouvelle loi organique relative aux lois de finances, parmi les lois de finances. Dès lors, toutes les dispositions qui ont pour objet de définir la nature et le contenu des documents, notamment comptables, qui accompagnent les projets de lois de règlement et, par là même, de préciser la portée du contrôle qu'exerce le Parlement en se prononçant sur ceux-ci devront figurer dans la loi organique : elles sont en effet spécifiquement liées aux conditions dans lesquelles sont votées des lois de finances.

b) en ce qui concerne la trésorerie de l'État :

La nouvelle loi organique relative aux lois de finances devra définir les opérations budgétaires, relatives aux charges et ressources permanentes de l'État, et les opérations de trésorerie ; en effet, définir les périmètres respectifs du budget de l'État et de ses comptes de trésorerie, c'est à la fois contribuer à fixer les conditions dans lesquelles sont déterminées les ressources et les charges de l'État et préciser le champ et la portée des autorisations demandées au Parlement.

En revanche, rien, dans les dispositions susrappelées des articles 34 et 47 de la Constitution, n'habilite le législateur organique à déterminer les règles selon lesquelles les opérations de trésorerie de l'État doivent être exécutées. Celles-ci sont notamment prévues aujourd'hui par le décret susvisé du 29 décembre 1962 et il n'y a pas lieu de prévoir, sur ce point, de changement.

En ce qui concerne les dépôts des disponibilités des autres personnes publiques que l'État, la loi organique aura à les compter parmi les ressources de trésorerie de l'État. En revanche, la détermination des personnes publiques qui ont l'obligation de procéder à de tels dépôts, qui ne concerne pas le budget de l'État, mais le fonctionnement de sa trésorerie, n'entre pas dans le champ de l'habilitation constitutionnelle.

c) en ce qui concerne la comptabilité générale de l'État :

Pour exercer sa compétence, le législateur organique devra définir les principes de comptabilisation selon lesquels sont déterminées les ressources et les charges de l'État qu'il est demandé au Parlement, lors du vote des projets de lois de finances initiales ou rectificatives, d'autoriser ; le sens et la portée de ce vote en dépendent en effet directement. A cet égard, dès lors qu'il n'est pas envisagé de modifier radicalement la définition des lois de finances initiales et rectificatives et, par suite, la portée de l'autorisation demandée au Parlement lors de leur discussion, on ne peut prévoir, pour déterminer le cadre de cette autorisation, d'ajouter à la présentation de type budgétaire, obéissant pour l'essentiel à une logique de caisse, une présentation en droits constatés et charges calculées ; ceci conduirait à demander au Parlement d'autoriser non seulement un solde budgétaire prévisionnel, mais aussi des comptes patrimoniaux prévisionnels, alors que la vocation d'une comptabilité patrimoniale n'est pas de servir de cadre à un choix de politique économique et financière.



Le législateur organique devra également définir les principes selon lesquels l'exécution du budget est retracée en comptabilité : il déterminera ainsi la nature et le contenu de la loi de règlement et des documents qui lui sont annexés, sur lesquels le Parlement aura à se prononcer. Il aura notamment à préciser si, comme cela paraît souhaitable, sont communiquées au Parlement, d'une part une comptabilité des opérations budgétaires selon la même logique que pour l'établissement des projets de lois de finances initiales et rectificatives, d'autre part une comptabilité générale, sous forme d'un « compte général de l'administration des finances », retraçant, dans une logique patrimoniale, la situation financière d'ensemble de l'État. Pour que la nature et le contenu de ce dernier document soumis à l'examen du Parlement soient clairement établis, le législateur organique devra définir selon quels principes fondamentaux il sera établi ; à cet égard, référence pourrait être faite aux principes comptables fondamentaux de régularité, de sincérité et d'image fidèle.

En revanche, et pour les raisons qui ont déjà été dites, il n'appartient pas au législateur organique de définir les règles de la comptabilité générale : celles-ci figurent aujourd'hui, pour l'essentiel, dans le décret susvisé du 29 décembre 1962 et dans l'instruction n° 87-128 PR du 29 octobre 1987 fixant le plan comptable de l'État.

6 - a) La loi organique relative aux lois de finances peut-elle consolider la procédure de prélèvement sur recettes, laquelle a été tolérée par le Conseil constitutionnel mais conduit à extraire des charges budgétaires certains versements à des tiers, et ouvre ainsi, au regard de l'article 40 de la Constitution, un plus large champ à l'initiative financière des membres du Parlement ?

b) Peut-on, en cas de réponse positive, réserver la procédure aux concours apportés par l'État aux collectivités territoriales en compensation d'exonérations, de réductions ou de plafonnements d'impôts locaux ?

c) Est-il possible de prévoir que les impositions de toutes natures affectées à des personnes publiques autres que l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale sont perçues par l'État et rétrocédées à leurs bénéficiaires au moyen de prélèvements sur recettes, ce qui exclut toute affectation directe d'un impôt ?

a) Même si l'existence de prélèvements sur recettes n'est pas nécessairement incompatible avec l'exigence de clarté des comptes de l'État, dès lors qu'un certain nombre de conditions, précisées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sont respectées, il reste que cette pratique, que n'autorise à ce jour aucun texte, déroge au principe d'universalité budgétaire et, notamment, au principe de non affectation des dépenses et des recettes. Or c'est à juste titre qu'il est envisagé de réaffirmer ce principe dans la nouvelle loi organique relative aux lois de finances : il s'agit en effet d'une règle fondamentale nécessaire à un contrôle efficace du Parlement sur le budget. Il serait contradictoire, tout en réaffirmant ce principe, d'autoriser un recours inconditionnel au mécanisme du prélèvement sur recettes.



Au surplus, l'article 40 de la Constitution dispose que « les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ».

Il résulte de ces dispositions que les conditions de recevabilité des amendements que les membres du Parlement peuvent déposer pendant la discussion d'un projet de loi de finances ne sont pas les mêmes selon qu'ils portent sur des recettes et donc sur des prélèvements sur recettes ou sur des charges budgétaires. Comme un amendement proposant la diminution d'une ressource, un amendement tendant à l'augmentation d'un prélèvement, peut, à certaines conditions, être recevable, s'il est « gagé » par l'augmentation d'une autre ressource ; un amendement tendant à l'aggravation d'une charge ne saurait être « compensé ».

Dans ces conditions, la possibilité d'inscrire n'importe quelle dépense aussi bien en prélèvement sur recettes qu'en charge pourrait conduire à vider de l'essentiel de sa portée l'article 40 de la Constitution.

Il n'est guère possible, par ailleurs, de définir un critère précis qui permettrait de limiter strictement le recours à ce mécanisme, de sorte qu'il reste compatible avec les exigences de l'article 40 de la Constitution et avec celles qui découlent du principe d'universalité. Ainsi limiter les prélèvements sur recettes à la couverture de charges qui ne présentent pas le caractère de charges permanentes conduirait, à strictement parler, à les interdire, dès lors que les charges du budget présentent toutes le caractère de charges permanentes.

Le législateur organique devra donc, comme il l'a fait en 1959, ne prévoir aucune disposition relative aux prélèvements sur recettes.

b) Les concours apportés par l'État aux collectivités territoriales en compensation d'exonérations, de réductions ou de plafonnements d'impôts locaux constituent, pour le budget de l'État, des charges permanentes. Quel que soit le motif qui les justifie, ils ne sont pas différents des autres dotations. Aucune raison ne peut donc justifier qu'ils soient inscrits en prélèvements sur recettes.

c) Des impositions de toutes natures peuvent être affectées directement à des établissements publics ou à des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public. Une telle affectation directe ne se heurte à aucun principe constitutionnel (cf point 8), sous réserve, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel, qu'aucune débudgétisation incompatible avec le principe d'unité budgétaire ne soit réalisée.

N'étant pas des ressources de l'État, les recettes fiscales ainsi affectées n'ont pas à figurer dans son budget : on ne saurait donc inscrire leur montant en prélèvements sur recettes.

7 - La loi organique relative aux lois de finances peut-elle prévoir que la loi de finances fixe le montant de la contribution de la France au budget des Communautés européennes et en autorise le versement, alors, d'une part, que cette contribution résulte de règles et de décisions de niveau



communautaire qui s'imposent à la France et, d'autre part, qu'elle recouvre pour partie des recettes propres de la Communauté ?

Le budget communautaire est, comme le prévoit l'article 269 du Traité, intégralement financé par des ressources propres. Prise en application du même article 269, la décision du Conseil 94/728/CE, Euratom du 31 octobre 1994 relative au système des ressources propres des Communautés européennes a défini deux catégories de ressources propres : les ressources propres traditionnelles, qui constituent des ressources fiscales que les États membres perçoivent pour le compte des Communautés avant de les leur reverser, et les ressources dites « TVA » et « PNB », qui peuvent être assimilées à des contributions mises à la charge de chaque État membre. L'approbation de cette décision du Conseil a été autorisée, conformément à l'article 53 de la Constitution, par la loi n° 94-1205 du 30 décembre 1994. Dès lors, la France est tenue chaque année de reverser les ressources fiscales perçues pour le compte des Communautés et d'acquitter les montants de la « ressource TVA » et de la « ressource PNB » qui lui incombent, et qui sont calculés, dans les conditions prévues par l'article 2 de la décision précitée du Conseil, dans le cadre de la procédure budgétaire communautaire. Les versements de recettes fiscales constituent des opérations de trésorerie qui ont vocation à figurer en comptes de trésorerie ; les contributions au titre des ressources « TVA » et « PNB » constituent des charges budgétaires, qui doivent être traitées comme telles dans le budget de l'État.

Aucune disposition n'est nécessaire dans la loi organique relative aux lois de finances pour que ces opérations soient ainsi retracées. Si une disposition est cependant envisagée, elle peut seulement prévoir, d'une part que la loi de finances prend en compte le montant prévisionnel des charges budgétaires que supporte l'État au titre de sa contribution au budget communautaire, d'autre part que les opérations de perception et de reversement des ressources fiscales communautaires sont retracées en comptes de trésorerie.

8 - Est-il possible de transformer le régime des taxes parafiscales, de sorte que celles-ci entreraient désormais dans la catégorie des impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution, mais continueraient à être caractérisées par leur perception dans un intérêt économique ou social au profit d'une personne morale de droit public ou privé autre que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs ? Dans un tel dispositif, l'inclusion dans le projet de loi de finances d'une liste complète des taxes parafiscales a-t-elle un sens et peut-elle entrer dans les prévisions de la loi organique relative aux lois de finances ?

Aux termes de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

L'article 14 de la même Déclaration dispose que « tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la



contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

Enfin, l'article 34 de la Constitution prévoit que « la loi fixe les règles concernant : – l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ».

Il résulte de ces dispositions que les impositions de toutes natures, contributions communes déterminées par la loi, ont pour objet le financement de dépenses d'intérêt public commun, et ne sauraient être perçues dans un intérêt économique ou social particulier. Elles ne peuvent donc être affectées qu'à l'État, aux collectivités locales, à des établissements publics ou à des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public.

Actuellement, aux termes du 3^e alinéa de l'article 4 de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959, « des taxes parafiscales. perçues dans un intérêt économique ou social au profit d'une personne morale de droit public ou privé autre que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs, sont établies par décret en Conseil d'État. La perception de ces taxes au-delà du 31 décembre de l'année de leur établissement doit être autorisée chaque que année par une loi de finances ».

Compte tenu des principes ci-dessus rappelés, il ne peut être envisagé, après abrogation des dispositions précitées de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959, de substituer dans tous les cas aux taxes parafiscales actuelles des impositions de toutes natures établies par le législateur dans les mêmes conditions, quant à leur objet et à leur affectation, que des taxes parafiscales. Ainsi qu'il a été dit, il est loisible d'affecter une imposition de toute nature à un établissement public à caractère industriel et commercial ou à une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public, qui aurait pu bénéficier, en application de l'article 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, d'une taxe parafiscale. On ne saurait en revanche envisager de percevoir une telle imposition au profit d'une personne privée qui ne poursuit, conformément à son objet, qu'un intérêt propre à un secteur d'activité ou à une profession.

9 - Peut-on prévoir que la seconde partie du projet de loi de finances peut être mise en discussion dès lors que la première partie a été mise aux voix (et non adoptée) ?

Il apparaît qu'il n'est pas envisagé de remettre en cause la définition, qui figure au premier alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance susvisée du 21 janvier 1959, selon laquelle « les lois de finances déterminent la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'État, compte tenu d'un équilibre économique et financier qu'elles définissent ».

Il ressort clairement de ces dispositions que la définition de l'équilibre économique et financier constitue un élément essentiel de la loi de finances : c'est en référence à cet équilibre et dans le respect des plafonds de ressources et de charges à partir desquels il est établi que la détermination et la ventilation des ouvertures de crédits doivent être opérées.

Il en résulte une première conséquence, relative à la structure de la loi de finances ; celle-ci doit comporter deux parties distinctes : une première partie faisant apparaître un montant prévisionnel global de recettes, des plafonds de charges, et un équilibre économique et financier, une seconde partie présentant notamment le détail des ouvertures de crédits.

On doit tirer, du principe fondamental de l'équilibre économique et financier, une seconde conséquence, de caractère procédural : le Parlement ne saurait se prononcer sur le détail des ouvertures de crédits si un équilibre n'a pas été d'abord approuvé. Il ne serait en effet pas possible de « tenir compte » d'un équilibre qui n'aurait pas été préalablement défini.

Ainsi, si un équilibre a été approuvé à l'issue du débat sur la première partie de la loi de finances, la seconde partie de la loi peut être mise en discussion. Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus, que les amendements qui pourraient être adoptés pendant cette discussion ne sauraient remettre en cause substantiellement l'équilibre.

En revanche, si un équilibre n'est pas approuvé, aucun vote relatif aux articles de la seconde partie de la loi de finances n'est envisageable. Il n'y a donc pas lieu de mettre celle-ci en discussion.

Fonction publique territoriale

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364409 – 11 juillet 2000

Situation juridique des fonctionnaires territoriaux pris en charge par le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) ou un centre de gestion, à la suite d'une suppression d'emploi ou de la fin d'un détachement – Fonctionnaire placé sous l'autorité du CNFPT ou du centre de gestion durant la période de prise en charge – Cessation de la prise en charge après trois refus d'offre d'emploi – Cas où le fonctionnaire retrouve un lien avec sa collectivité antérieure – Détachement au cours de la prise en charge regardé sous certaines conditions comme une nouvelle affectation.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi par le ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation d'une demande d'avis relative à la situation juridique des fonctionnaires territoriaux lorsqu'ils sont pris en charge par le Centre national de la fonction publique territoriale ou un centre de gestion, à la suite notamment d'une suppression d'emploi ou de la fin de fonctions d'un fonctionnaire détaché pour occuper un emploi fonctionnel de direction, et portant sur les questions suivantes :

1. Les fonctionnaires momentanément privés d'emploi doivent-ils être regardés comme des agents du centre qui a procédé à leur prise en charge ? Quelle est la nature ou la portée des liens qui peuvent demeurer ou non avec la collectivité d'origine ?
2. Est-ce que l'existence d'une mission pour le compte du centre ouvre la possibilité au conseil d'administration de cet établissement public d'attribuer aux fonctionnaires pris en charge un régime indemnitaire ? Dans l'affirmative, les missions pour le compte du centre se limitent-elles à celles dévolues aux fonctionnaires de cet établissement public affectés à un emploi permanent ou s'agit-il de toute mission au sens de l'article 97-I de la loi du 26 janvier 1984 ?
3. Pendant sa prise en charge, le fonctionnaire peut-il bénéficier d'un avancement de grade ou d'une nomination au titre de la promotion interne mentionnée à l'article 39 de la loi du 26 janvier 1984 ?
4. Quelle est l'autorité compétente pour décider du placement de l'agent pris en charge dans l'une des positions prévues aux articles 55 et suivants de la loi



du 26 janvier 1984, s'agissant en particulier du détachement ou de la mise en disponibilité ?

5. Après un détachement de longue durée ou une disponibilité qui seraient accordés par le président du centre concerné à la demande du fonctionnaire pris en charge, les vacances d'emplois doivent-elles être appréciées dans la collectivité d'origine ? En l'absence de celles-ci, le centre compétent doit-il immédiatement rétablir la rémunération de l'intéressé, même dans le cas d'une fin anticipée de détachement ou dans le cas de l'expiration d'une période de disponibilité pour convenances personnelles ?

6. Dans la mesure où elle ne rompt pas tout lien avec le centre et/ou la collectivité d'origine, une mesure telle que le détachement d'un fonctionnaire, au cours de sa prise en charge, peut-elle être considérée comme une « nouvelle affectation » au sens de l'article 97 bis de la loi du 26 janvier 1984, entraînant la cessation de la contribution versée au centre par la collectivité d'origine ?

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;

Vu la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire ;

Vu le décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 modifié relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité et de congé parental des fonctionnaires territoriaux ;

Vu le décret n° 87-811 du 5 octobre 1987 modifié relatif au Centre national de la fonction publique territoriale ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 97 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée, dans sa rédaction actuellement en vigueur :

« *Article 97* : I. – Un emploi ne peut être supprimé qu'après avis du comité technique paritaire. Le délégué régional ou interdépartemental du Centre national de la fonction publique territoriale pour un emploi de catégorie A, et le président du centre de gestion, pour un emploi de catégories B et C, dans le ressort duquel se trouve la collectivité ou l'établissement, sont rendus destinataires, en même temps que les représentants du comité technique paritaire, du procès-verbal de la séance du comité technique paritaire concernant la suppression de l'emploi. Si la collectivité ou l'établissement ne peut lui offrir un emploi correspondant à son grade, le fonctionnaire est maintenu en surnombre pendant un an. Pendant cette période, tout emploi créé ou vacant correspondant à son grade dans la collectivité ou l'établissement lui est proposé en priorité ; la collectivité ou l'établissement, la délégation régionale ou interdépartementale du Centre national de la fonction publique territoriale et le centre de gestion examinent, chacun pour ce qui le concerne, les possibilités de reclassement. Est également étudiée la possibilité de détachement du fonctionnaire sur un emploi équivalent d'un autre cadre d'emplois au sein de la même collectivité ou de l'établissement. Au terme de ce délai, le fonctionnaire de catégorie A est pris en charge par le Centre national de la fonction



publique territoriale et le fonctionnaire de catégorie B ou C par le centre de gestion dans le ressort duquel se trouve la collectivité ou l'établissement. Le fonctionnaire déchargé de ses fonctions en application de l'article 53 peut demander à être pris en charge avant le terme de ce délai ; il est alors fait droit à sa demande le premier jour du troisième mois suivant sa demande.

Pendant la période de prise en charge, l'intéressé est placé sous l'autorité du Centre national de la fonction publique territoriale ou du centre de gestion, lesquels exercent à son égard toutes les prérogatives reconnues à l'autorité investie du pouvoir de nomination ; il reçoit la rémunération correspondant à l'indice détenu dans son grade. Pendant cette période, le centre peut lui confier des missions et lui propose tout emploi vacant correspondant à son grade ; l'intéressé est tenu informé des emplois créés ou déclarés vacants par le centre. La rémunération nette perçue par le fonctionnaire pris en charge est réduite du montant des rémunérations nettes perçues à titre de cumul d'activités.

II. – La prise en charge cesse après trois refus d'offre d'emploi. Ne peut être comprise dans ce décompte qu'une seule offre d'emploi émanant de la collectivité ou de l'établissement d'origine. Pour l'application de ces dispositions aux fonctionnaires de catégorie C, les emplois proposés doivent se situer dans le département où le fonctionnaire était précédemment employé ou un département limitrophe. Toutefois, ces propositions doivent se situer dans le seul département où le fonctionnaire était précédemment employé pour les fonctionnaires de catégories B et C en exercice dans les départements d'outre-mer.

La prise en charge d'un fonctionnaire dont l'emploi a été supprimé à la suite d'une délégation de service et qui a refusé, antérieurement à sa prise en charge, une proposition de détachement auprès du bénéficiaire de cette délégation pour y occuper un emploi similaire à celui qu'il occupait au sein de ce service, d'une société concessionnaire ou fermière cesse après deux refus d'offre d'emploi. Le fonctionnaire est alors licencié ou admis à faire valoir ses droits à la retraite dans les conditions fixées au III ci-dessous... ».

Aux termes de l'article 97 bis de la même loi :

« *Article 97 bis* – Le Centre national de la fonction publique territoriale ou le centre de gestion qui prend en charge un fonctionnaire dont l'emploi a été supprimé bénéficie d'une contribution de la collectivité ou de l'établissement qui employait l'intéressé antérieurement à la suppression d'emploi. Cette contribution est versée dans les conditions prévues au présent article.

Pour les collectivités ou établissements affiliés soit obligatoirement, soit volontairement depuis au moins trois ans à la date de la suppression de l'emploi, cette contribution est égale pendant les deux premières années à une fois et demie le montant constitué par les traitements bruts versés au fonctionnaire augmentés des cotisations sociales afférentes à ces traitements. Elle est égale, à une fois ce montant, pendant la troisième année, et aux trois quarts de ce montant au-delà des trois premières années.

Pour les autres collectivités et établissements, cette contribution est égale, pendant les deux premières années, à deux fois le montant constitué par les



éléments définis à l'alinéa ci-dessus. Elle est égale à ce montant pendant les deux années suivantes et aux trois quarts du même montant au-delà des quatre premières années.

Dans tous les cas, la contribution cesse lorsque le fonctionnaire a reçu une nouvelle affectation... ».

1. Il résulte de ces dispositions et des travaux préparatoires dont elles sont issues que le fonctionnaire pris en charge par l'instance de gestion compétente (Centre national de la fonction publique territoriale pour les fonctionnaires de catégorie A, centre de gestion pour les fonctionnaires de catégorie B ou C) est placé directement sous l'autorité du président de l'instance de gestion. Celle-ci, bien qu'exerçant à l'égard du fonctionnaire « toutes les prérogatives reconnues à l'autorité investie du pouvoir de nomination », n'a pas pour autant la qualité d'employeur. En effet, l'agent n'a été ni recruté ni nommé par l'instance de gestion pour accomplir pour son compte des fonctions déterminées. Il est seulement placé, auprès de cette dernière, dans une situation spécifique temporaire dans l'attente d'un nouvel emploi.

Le fonctionnaire pris en charge ne conserve ou ne retrouve, selon le cas, un lien avec sa collectivité antérieure que dans les cas suivants :

- congé de fin d'activité qui ne peut être accordé que par la collectivité ou l'établissement qui employait l'intéressé avant sa prise en charge (en application de l'article 25 de la loi du 16 décembre 1996 susvisée) ;
- fin de détachement ou de disponibilité dans les conditions prévues respectivement aux articles 67 et 72 de la loi du 26 janvier 1984 précitée ;
- proposition d'emploi, au cours de sa prise en charge, émanant de la collectivité ou de l'établissement d'origine.

2. Le fonctionnaire intéressé, ainsi que le permettent les dispositions précitées, peut effectuer des missions qui lui sont confiées par l'instance de gestion soit pour son propre compte, soit pour le compte d'une collectivité ou d'un établissement public.

Dans le premier cas, il peut bénéficier du régime indemnitaire des agents de l'instance de gestion correspondant à son grade.

Dans le second cas, il s'agit d'une mise à disposition dont les termes sont fixés par une convention et qui peut donner lieu au remboursement du montant de la rémunération versée au fonctionnaire. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'un détachement, qui mettrait fin à la prise en charge par l'instance de gestion, le fonctionnaire ne peut percevoir de rémunérations complémentaires de la part de la collectivité ou de l'établissement d'accueil. Le centre de gestion peut toutefois lui verser des indemnités qui donneront lieu à remboursement à ce centre de la part de la collectivité ou de l'établissement d'accueil.

En aucun cas, l'intéressé ne peut bénéficier d'un régime indemnitaire s'il n'exerce aucune activité.

3. Pendant sa prise en charge, le fonctionnaire continue d'acquérir des droits à pension et les périodes de prise en charge doivent être comptées comme services effectifs pour l'application des conditions d'ancienneté relatives aux avancements de grade et d'échelon.



Si, en l'absence de texte, l'avancement d'échelon selon le décompte de l'ancienneté médiane paraît une solution équitable, en revanche, l'instance de gestion ne peut inscrire à son tableau d'avancement de grade les fonctionnaires pris en charge, dès lors que ceux-ci, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ne sont pas ses agents. La collectivité ou l'établissement d'origine ne peuvent davantage, en admettant qu'ils seraient disposés à le faire, inscrire ces mêmes fonctionnaires au tableau d'avancement, dès lors qu'ils ne disposent plus à leur égard du pouvoir de nomination. Seule une modification de la loi sur ce point pourrait permettre un avancement de grade, qui peut être regardé comme une garantie fondamentale dont doivent pouvoir bénéficier tous les fonctionnaires.

4. Il résulte des dispositions précitées que c'est l'instance de gestion compétente (Centre national de la fonction publique territoriale ou centre de gestion selon le cas), qui exerce à l'égard de l'intéressé toutes les prérogatives reconnues à l'autorité investie du pouvoir de nomination, qui est compétent pour décider du placement de l'agent pris en charge dans l'une des positions prévues aux articles 55 et suivants de la loi du 26 janvier 1984 précitée : détachement ; position hors cadres ; disponibilité ; accomplissement du service national ; congé parental.

5. Après un détachement de longue durée, accordé par le président de l'instance de gestion compétente, le fonctionnaire intéressé est, en application de l'article 67 de la même loi « réintégré dans son corps ou cadre d'emplois et réaffecté, à la première vacance ou création d'emplois, dans un emploi correspondant à son grade relevant de sa collectivité ou de son établissement d'origine. [...] Lorsqu'aucun emploi n'est vacant, [il est] maintenu en surnombre pendant un an dans sa collectivité d'origine dans les conditions prévues à l'article 97... »

Au plus tard au terme de ce délai d'un an, s'il ne peut être réintégré et reclassé dans un emploi correspondant à son grade, le fonctionnaire est repris en charge par l'instance de gestion compétente.

Les mêmes dispositions sont applicables, en vertu de l'article 72 de la même loi, au cas de disponibilité d'office ou de disponibilité accordée de droit.

Dans les deux cas, les règles de rémunération sont fixées par les dispositions précitées de la loi ainsi que par celles du décret du 13 janvier 1986 susvisé, qu'il s'agisse de la fin du détachement à l'issue de la période normale de détachement ou d'une cessation anticipée ou de l'expiration d'une période de disponibilité pour convenances personnelles.

Toute solution qui conduirait à interpréter les articles 67 et 72 de la loi du 26 janvier 1984 de façon à substituer l'instance de gestion à la collectivité ou l'établissement d'origine supposerait une modification législative.

6. Il résulte des dispositions précitées de l'article 97 de la loi du 26 janvier 1984 que le détachement d'un fonctionnaire au cours de sa prise en charge doit être regardé comme une nouvelle affectation, dès lors qu'une offre d'emploi en position de détachement auprès du bénéficiaire d'une délégation de service qui a motivé la suppression d'emploi est comptabilisée dans les



trois offres qui peuvent justifier, sous certaines conditions, la fin de la prise en charge.

Il est alors fait application des dispositions précitées de l'article 97bis de la même loi aux termes desquelles : « Dans tous les cas, la contribution cesse lorsque le fonctionnaire a reçu une nouvelle affectation ».

Justice

■ Section de l'intérieur – Avis n° 365342 – 3 octobre 2000

Régime procédural applicable aux sanctions disciplinaires prévues à l'égard des détenus – Services administratifs dépendant du ministère de la Justice, notamment ceux de l'administration pénitentiaire, entrant dans le champ d'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 – Absence de procédure contradictoire particulière qui excluerait l'application de cet article – Réserve de l'ordre public – Agrément préalable par l'administration pénitentiaire des personnes qui assistent ou représentent le détenu, sauf s'il s'agit d'avocats.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi par le garde des Sceaux, ministère de la Justice, des questions de savoir :

1°) Si le régime procédural applicable aux sanctions disciplinaires prises à l'égard des détenus, défini par les articles D 249 et suivants du Code de procédure pénale, est exclusif de l'application des garanties générales résultant de l'article 24 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 ;

2°) Dans la négative, et en tout état de cause pour les décisions qui ne font pas l'objet d'un régime procédural particulier, si la réserve de l'ordre public prévue par ledit article 24 permet de subordonner la mise en œuvre du droit qu'il reconnaît de se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix, au respect des dispositions réglementaires régissant les rapports des détenus avec les tiers, lesquelles ne garantissent les conditions nécessaires à l'exercice des droits de la défense qu'à l'égard des avocats ;

3°) En cas de réponse affirmative à cette question, s'il est nécessaire de préciser, par voie réglementaire, les règles découlant de la conciliation des garanties prévues par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 avec ce régime particulier ;

Vu le Code de procédure pénale ;

Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, notamment ses articles 1^{er} et 2 ;

Vu la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, notamment ses articles 1^{er} et 24 ;

Vu le décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, notamment ses articles 4 et 8 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :



1°) Aux termes du premier alinéa de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 susvisée, « exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix... ». En vertu du même article, ces dispositions ne sont pas applicables, notamment, « aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière ».

Il résulte de l'article 1^{er} de la loi du 12 avril 2000 susvisée que les services administratifs dépendant du ministère de la Justice, et en particulier ceux de l'administration pénitentiaire, entrent en principe dans le champ d'application de cette loi et, par conséquent, sont soumis aux prescriptions définies par son article 24, contrairement à ce qu'impliquait, pour l'application de la garantie analogue édictée par l'article 8 du décret du 28 novembre 1983 susvisé, l'article 4 de ce décret. Il en découle que sont soumises à l'article 24 les décisions pour lesquelles n'est pas prévue une procédure particulière, notamment celles qui ne présentent pas un caractère disciplinaire.

En ce qui concerne d'autre part les décisions disciplinaires, il ressort des termes mêmes de l'article 24 de la loi précitée que l'existence d'une procédure contradictoire particulière ne permet d'écarter l'application des garanties définies par ce même article que pour autant que cette procédure a été instaurée par loi. Or, si celle que définissent, en matière disciplinaire, les articles D 249 et suivants du Code de procédure pénale trouve sa base légale dans l'article 728 du même code renvoyant à un décret le soin de déterminer « l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires », cette disposition législative ne peut être regardée comme ayant elle-même instauré une procédure contradictoire particulière, dont l'existence permettrait d'exclure l'application des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 aux mesures disciplinaires prises à l'égard des détenus.

Il suit de là qu'à compter de l'entrée en vigueur de ces dispositions, fixée au 1^{er} novembre 2000 en vertu de l'article 43 de la même loi, celles des décisions prises par l'administration pénitentiaire qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi du 11 juillet 1979 susvisée, et au nombre desquelles figurent les sanctions disciplinaires, ne peuvent intervenir qu'après que le détenu qui en fait l'objet aura été mis à même de présenter des observations écrites et, s'il le demande, des observations orales, l'intéressé pouvant en principe se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire. À compter de cette même date, les règles définies par les articles D 249 et suivants du Code de procédure pénale ne peuvent continuer à s'appliquer que pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 précitée.

2°) S'agissant de l'ensemble des décisions visées par ce même article 24, y compris, comme il vient d'être dit, les sanctions disciplinaires, les garanties qu'il énonce ne sont pas applicables, notamment, « lorsque leur mise en

œuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ». Si les exigences propres au fonctionnement des établissements relevant de l'administration pénitentiaire ne permettent pas d'exclure sur ce fondement l'ensemble des garanties prévues par le premier alinéa de l'article 24, elles justifient, en revanche, que soit écartée l'application de celles de ces garanties dont la mise en œuvre serait de nature à compromettre l'ordre public à l'intérieur de ces établissements.

Cette dernière préoccupation, sur laquelle se fonde l'ensemble des dispositions légalement prises sur le fondement de l'article 728 du Code de procédure pénale en matière d'organisation des établissements pénitentiaires, qui encadrent ou excluent, dans un but d'ordre public, la communication des détenus avec des tiers, justifie qu'un détenu ne puisse se voir reconnaître un droit général à communiquer avec toute personne de son choix, sauf s'il s'agit de son avocat.

Par suite, et dès lors que la faculté, reconnue par l'article 24, de se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire implique nécessairement que le détenu intéressé puisse, sous réserve des interdictions de communiquer que l'article 145-4 du Code de procédure pénale permet au juge d'instruction de prescrire à l'égard d'une personne placée en détention provisoire, librement communiquer avec ce conseil ou ce mandataire, la mise en œuvre de ce droit peut être légalement subordonnée à la condition que, si elle n'a pas la qualité d'avocat, la personne qui assiste ou représente le détenu soit choisie parmi des personnes préalablement agréées par l'administration pénitentiaire.

3°) Il résulte des termes mêmes de l'article 24, dont les dispositions se suffisent à elles-mêmes, et en particulier de son dernier alinéa, qui ne prévoit l'intervention d'un décret en Conseil d'État pour en fixer l'application qu'« en tant que de besoin », que les garanties que prévoit cet article sont, sous les réserves précisées ci-dessus, directement applicables, sans que l'intervention d'un décret d'application soit nécessaire. Un tel décret pourrait cependant utilement intervenir, non seulement pour remplacer les dispositions de l'article D 250-4 du Code de procédure pénale qui, en tant qu'elles imposent que le détenu comparaisse en personne sous la seule réserve de l'assistance éventuelle d'un interprète, sont incompatibles avec la loi nouvelle, mais aussi, le cas échéant, pour définir les modalités suivant lesquelles des personnes autres que les avocats et préalablement agréées pourraient assister ou représenter les détenus à l'égard desquels l'administration envisage de prendre une mesure entrant dans le champ d'application de l'article 24.

L'intervention d'un tel décret ne saurait cependant dispenser d'une réflexion plus générale sur l'adaptation des règles régissant les établissements pénitentiaires, à la lumière, notamment, du rapport remis au garde des sceaux, au mois de mars 2000, par le premier président de la Cour de cassation, cette réflexion pouvant conduire, le cas échéant, à l'élaboration de dispositions législatives.



Marchés et contrats administratifs

Cession d'un contrat de marché public ou de délégation de service public – Notions de cession et de tiers – Incompatibilité entre une cession et les procédures prévues par le Code des marchés publics ou la loi du 29 janvier 1993.

■ Section des finances – Avis n° 364803 – 8 juin 2000

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie des questions suivantes :

Y a-t-il « lieu d'appliquer les procédures prévues par le Code des marchés publics ou la loi du 29 janvier 1993,

i) lors de la cession pure et simple d'un contrat de marché(s) public(s) ou de délégation de service public à un tiers,

ii) lorsqu'une entreprise prend le contrôle (au sens de la loi du n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales) d'une personne morale chargée directement de l'exécution d'un tel contrat,

iii) lorsqu'une entreprise prend le contrôle (au sens de la loi de 1966) d'une personne morale disposant de filiales chargées de l'exécution de marchés ou de délégations, dont cette personne morale s'est ou non portée garante ? ».

Vu le Code civil ;

Vu le Code pénal ;

Vu le Code des marchés publics ;

Vu le Code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée sur les sociétés commerciales ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi n° 94-42 du 9 février 1994, par la loi n° 95-127 du 8 février 1995 et par la loi n° 96-142 du 24 février 1996 ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

I) Aux termes de l'article 39 du Code des marchés publics, issu du décret n° 56-256 du 13 mars 1956, « les marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial [...] sont passés après mise en concurrence dans les conditions et sous les réserves prévues au titre I^{er}. ». La même disposition figure à l'article 250 du même code, issu du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992, pour les marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics.

L'article 38 de la loi susvisée du 29 janvier 1993 dispose que « les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes [...]. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. ». Aucun de ces textes, non

plus qu'aucun autre texte, ne traite de la procédure à suivre en cas de cession ou de transfert à un tiers des marchés publics ou des délégations de service public.

Le Conseil d'État statuant au contentieux a, en revanche, posé depuis fort longtemps le principe selon lequel ces contrats sont conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant (« *intuitu personae* ») ; il en a tiré la conséquence que la cession d'un marché ou d'une concession ne pouvait avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité cocontractante. Il a précisé les cas dans lesquels cette autorisation pouvait légalement être refusée, au regard notamment des nécessités du service public, les conditions dans lesquelles, en cas de cession non autorisée, la collectivité pouvait exiger la poursuite du contrat initial ou le résilier et, enfin, les droits à indemnité du titulaire du marché ou du concessionnaire, en cas de refus illégal d'autorisation de cession ou de résiliation illégale du contrat. Lorsque l'autorisation de cession peut être légalement accordée, le Conseil d'État statuant au contentieux a toujours jugé que le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant de l'administration n'était soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence.

II) La première question posée par le Gouvernement traitant, en termes très généraux de la notion de cession à un tiers, le Conseil d'État estime nécessaire de lui apporter préalablement les précisions suivantes relatives aux notions de cession et de tiers.

D'une part, la cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de le reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables, prévues par les dispositions du Code des marchés publics ou de la loi du 29 janvier 1993 précités.

D'autre part, la notion de tiers auquel le contrat est cédé doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat. Tel n'est pas le cas, en application de l'article 1844-3 du Code civil et des articles 5°, 354, 355, 355-1 et 355-2 de la loi susvisée du 24 juillet 1966, relatifs à la notion de prise de contrôle des sociétés, en cas de transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme, ou en cas de prorogation ou de toute autre modification statutaire. Tel n'est pas non plus le cas, selon la jurisprudence, lorsqu'il est procédé à un changement de propriétaire des actions composant le capital sociale, même dans une proportion très largement majoritaire. En revanche, il y a bien cession à un tiers lors de la réalisation d'opérations de scission et de fusion, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles, en vertu des dispositions des articles 371, 372, 372-1 et 372-2 de la loi susvisée du 24 juillet 1966 ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société



nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, un marché public ou un contrat de délégation de service public.

III) Il résulte de ce qui précède que les trois questions posées par le Gouvernement peuvent faire l'objet d'une réponse commune.

L'autorisation de cession ne peut légalement être refusée pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux.

Au nombre de ces motifs figure, notamment, l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché ou, dans le cas d'une délégation, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. Dès lors que l'autorisation de cession est légalement subordonnée à une telle appréciation préalable, l'on ne saurait envisager une procédure de publicité et de mise en concurrence, pouvant conduire au choix d'un nouveau titulaire du contrat. Une telle procédure n'a d'ailleurs jamais été requise par le Conseil d'État statuant au contentieux.

Si, en revanche, la cession à un nouveau titulaire ou la disparition du titulaire initial, à la suite d'opérations de restructuration, aboutissant à la création de sociétés nouvelles, lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat, la collectivité publique est en droit de refuser son autorisation de cession. Si le cédant ne croit pas devoir en poursuivre l'exécution ou s'il a disparu, le marché ou la délégation peut, ou même doit, être résilié et un nouveau contrat ne peut être passé que dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence, telles que posées par le Code des marchés publics et par la loi susvisée du 29 janvier 1993.

IV) S'il apparaissait que la collectivité publique cocontractante se prêtait à une manœuvre ou à un détournement de procédure, avec la complicité du cédant ou du cessionnaire du contrat, dans le but notamment de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial, la décision qu'elle prendrait d'autoriser la cession dudit contrat serait entachée de détournement de pouvoir. Il appartiendrait au contrôle de légalité de la faire censurer, sans préjudice de l'application éventuelle des sanctions prévues par l'article 432-14 du Code pénal.



Outre-mer

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364142 – 18 janvier 2000

Prévention et répression de l'usage des produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives – Compétences partagées entre l'État et la Nouvelle-Calédonie – Compétence de la Nouvelle-Calédonie pour modifier les dispositions pénales qui renvoient à celles des dispositions de la loi du 28 juin 1989 qui ont un caractère réglementaire ainsi qu'à celles qui renvoient au Code de la santé publique.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au Tribunal administratif de Nouméa par le Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces ou les communes ;

Vu la transmission en date du 5 novembre 1999, enregistrée au Conseil d'État le 10 novembre 1999, de la demande d'avis du Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant sur les questions suivantes :

1° les dispositions de la loi n° 89-432 du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage des produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives, dans sa rédaction rendue applicable à la Nouvelle-Calédonie par la loi n° 92-652 du 13 juillet 1992, relèvent-elles en totalité du droit pénal et, par suite, de la compétence de l'État ?

2° Dans la négative, les dispositions relatives au sport, à la santé et aux pouvoirs d'investigation des agents chargés de contrôler l'exécution de cette loi, qui sont de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, ont-elles le caractère de dispositions réglementaires susceptibles d'être modifiées localement ?

3° Quel serait alors le sort des dispositions pénales de ladite loi renvoyant à des dispositions de la même loi devenues réglementaires ou au Code de la santé publique ?

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le Code pénal, notamment ses articles 226-13 et 226-14 ;

Vu le Code de la santé publique, notamment son article L. 627 ;

Vu la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 modifiée relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives ;

Vu la loi n° 89-432 du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage des produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives, modifiée par la loi n° 92-652 du 13 juillet 1992 ;

Vu 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 ;

Vu l'ordonnance n° 96-267 du 28 mars 1996 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte ;



Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Aux termes de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée, « I – L'État est compétent dans les matières suivantes : 1° ...garanties des libertés publiques ... ; 2° justice, organisation judiciaire, ... procédure pénale ; ... II – L'État est également compétent dans les matières suivantes, sous réserve le cas échéant de l'application des dispositions mentionnées aux articles 28 à 38 : ... 5° droit pénal, sous réserve des dispositions prévues aux articles 86, 87, 88 et au deuxième alinéa de l'article 157 ... 7° enseignement supérieur et recherche ... ; III – L'État exerce également jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 26, les compétences suivantes : ... 2° Enseignement du second degré public et privé ... ; santé scolaire ; 3° enseignement primaire privé ... ». Aux termes de l'article 22 de la même loi organique : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : ... 2° ... formation professionnelle... ; 4° ... hygiène publique et santé ; ... 28° enseignement primaire : programmes, sous réserve de la compétence des provinces ... ; formation des maîtres ; contrôle pédagogique ; 29° réglementation des activités sportives et socio-éducatives ; infrastructures et manifestations sportives et culturelles intéressant la Nouvelle-Calédonie »... ; »

Aux termes de l'article 86 de la même loi organique : « En matière pénale, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Il peut assortir ces infractions de peines complémentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Le congrès peut également prévoir des sanctions administratives en toutes matières Les agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie... peuvent constater les infractions aux réglementations de la Nouvelle-Calédonie ... dans les conditions fixées par la loi ». Aux termes de l'article 87 de la même loi organique : « Sous réserve d'une homologation de sa délibération par la loi, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et aux règlements qu'il édicte de peines d'emprisonnement qui respectent la classification des délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République... ; »

Aux termes de l'article 222 de la même loi organique : « I. – Les dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Nouvelle-Calédonie à la date de la promulgation de la présente loi organique et qui ne lui sont pas contraires demeurent applicables. II. – Les lois, ordonnances et décrets intervenus dans les matières qui relèvent désormais de la compétence des autorités de la Nouvelle-Calédonie ou des provinces peuvent être modifiés par leurs institutions dans les conditions et selon les procédures prévues par la présente loi organique... »

2. En matière sportive est seule applicable à la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article 38-IV de la loi n° 92-652 du 13 juillet 1992, et dans sa rédaction issue de cette dernière loi, la loi n° 89-432 du 28 juin 1989 relative à la prévention et à la répression de l'usage des produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives.



En effet la loi du 14 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives à laquelle renvoient certaines dispositions de la loi du 28 juin 1989 n'est pas, en l'absence de disposition expresse, applicable à la Nouvelle-Calédonie. Il en est de même de 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 qui a notamment modifié le titre de la loi du 28 juin 1989 et en a restreint le champ d'application à la lutte contre le dopage des animaux.

3. La loi du 28 juin 1989, dans sa rédaction applicable à la Nouvelle-Calédonie, comprend des dispositions relatives à la prévention et à la répression de l'utilisation des produits dopants. Elle n'a pas exclusivement un caractère pénal. Par suite, les matières qu'elle traite relèvent, suivant le cas, de la compétence de l'État ou de celle de la Nouvelle-Calédonie en fonction de la répartition résultant des dispositions précitées de la loi organique.

Il en résulte que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour : fixer des interdictions en matière d'usage de produits dopants à l'occasion des compétitions et manifestations sportives ; entreprendre des actions de prévention dans les domaines du sport, de la santé, de l'enseignement primaire public et de la formation professionnelle ; créer une commission locale de lutte contre le dopage ; organiser des contrôles et prélèvements pouvant donner lieu à l'engagement de poursuites disciplinaires et de sanctions administratives ; prendre des mesures administratives ; habilitier des agents assermentés chargés d'effectuer des enquêtes, contrôles, perquisitions et saisies sous le contrôle du juge et dans le respect des règles de procédure pénale fixées par la loi ; déterminer, dans ses domaines de compétence, des infractions et les assortir de sanctions pénales. Ainsi, l'article 1^{er}, le titre Ier (à l'exception des matières qui relèvent de la compétence de l'État), le titre III (à l'exception des dispositions intéressant les libertés publiques et de la procédure pénale), le titre IV et le titre V (à l'exception de la procédure pénale) de la loi du 28 juin 1989 traitent de matières qui relèvent de la compétence de la Nouvelle-Calédonie.

En revanche, l'État est compétent pour : entreprendre des actions de prévention dans les secteurs de l'enseignement supérieur et de la recherche et, jusqu'à son transfert à la Nouvelle-Calédonie, de l'enseignement du second degré, et donc de l'éducation sportive dans les lycées et collèges ; fixer les règles de procédure pénale applicables en matière d'enquêtes, contrôles, perquisitions et saisies pouvant donner lieu à l'engagement de poursuites pénales.

4. En application de l'article 222 précité de la loi organique, les dispositions législatives en vigueur à la date de la promulgation de cette loi demeurant applicables aussi longtemps qu'elles n'ont pas été modifiées, en application du même article, par la Nouvelle-Calédonie par voie réglementaire, dans toutes les matières qui relèvent de sa compétence.

5. En matière pénale plus particulièrement, la Nouvelle-Calédonie peut choisir de ne pas modifier les dispositions actuellement en vigueur. Elle peut aussi, dans les conditions et limites fixées par les articles 86 et 87 de la loi organique, supprimer certaines infractions, les modifier ou en créer de nouvelles et les assortir de sanctions pénales. Ces principes s'appliquent tant aux dispositions pénales qui renvoient à celles des dispositions de la loi du 28



juin 1989 qui ont désormais un caractère réglementaire qu'à celles qui renvoient au Code de la santé publique.

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 364157 – 14 mars 2000**

Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises – Compétence de l'État pour déterminer les principes fondamentaux des obligations commerciales – Coïncidence, pour le droit commercial, de la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française, avec le partage constitutionnel des domaines législatif et réglementaire.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi, en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, d'une demande d'avis présentée au Tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et le territoire ;

Vu la transmission en date du 8 novembre 1999, enregistrée au Conseil d'État le 15 novembre 1999, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur la détermination des compétences respectives de l'État et du territoire pour l'application en Polynésie française de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises ;

Vu la Constitution, et notamment ses articles 34, 37 et 74 ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 ;

Vu la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, modifiée notamment par la loi n° 93-1 du 4 janvier 1993 ;

Vu la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, modifiée par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 et par la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

L'article 6, 7° de la loi organique du 12 avril 1996 susvisée a mentionné, dans les compétences réservées à l'État, les « principes fondamentaux des obligations commerciales ». En empruntant cette formulation à l'article 34 de la Constitution, le législateur organique a manifesté l'intention, confirmée par les travaux préparatoires, de faire coïncider, pour le droit commercial, la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française avec la délimitation constitutionnelle des domaines législatif et réglementaire.

La loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises a été rendue partiellement applicable en Polynésie française par l'article 9 de la loi n° 93-1 du 4 janvier 1993 portant dispositions diverses relatives aux départements d'outre-mer, aux territoires d'outre-mer et aux collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, puis par l'article 15 de la loi n° 96-609 du 5 juillet



1996 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer qui a redéfini les conditions de l'application de ce texte dans le territoire. La loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises y a quant à elle été rendue partiellement applicable par l'article 22 de la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer.

Si la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 comportent des dispositions renvoyant à des décrets un certain nombre de mesures d'application, le territoire, compétent pour intervenir dans le domaine réglementaire en ce qui concerne le droit commercial, l'est, par voie de conséquence, pour édicter, dans le respect des principes fondamentaux des obligations commerciales, la réglementation nécessaire à l'application en Polynésie française de ces deux lois.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364237 – 21 mars 2000

Maintien en vigueur ou caducité de délégations de compétences accordées aux provinces de Nouvelle-Calédonie par le congrès du territoire – Questions ne concernant pas la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes – Compétence du Tribunal administratif de Nouméa.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) saisi, sur le fondement de l'article 206 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouméa par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la transmission, en date du 29 novembre 1999, enregistrée au Conseil d'État le 6 décembre 1999, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant sur la question suivante : les délégations de compétence accordées aux provinces de Nouvelle-Calédonie par le congrès du territoire sur le fondement de l'article 10 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 95-173 du 20 février 1995, sont-elles toujours en vigueur ou sont-elles devenues caduques à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau statut issu de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 ?

Vu la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1988, modifiée par la loi organique n° 95-173 du 20 février 1995 ;

Vu la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, notamment son article 206 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 206 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée :

« Le président du gouvernement, le président du congrès, le président du sénat coutumier ou le président d'une assemblée de province peut saisir le tribunal administratif d'une demande d'avis. Il en informe immédiatement le



haut-commissaire. Lorsqu'elle porte sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces ou les communes, la demande d'avis est examinée par le Conseil d'État auquel elle est transmise sans délai. »

Il résulte de ces dispositions et des travaux préparatoires dont elles sont issues que le Conseil d'État n'est compétent pour examiner les demandes d'avis qu'elles prévoient que lorsqu'elles portent sur la répartition de compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. La présente demande d'avis, qui est relative au maintien en vigueur ou à la caducité de délégations de compétence accordées par le congrès aux provinces, ne porte pas sur la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces au sens des dispositions précitées mais sur le mode d'exercice de ces compétences par la voie de délégations ; par suite, il appartient au seul tribunal administratif de Nouméa d'y répondre.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364620 – 18 avril 2000

Questions faisant l'objet d'un litige contentieux – Impossibilité pour le Conseil d'État de se prononcer sur la demande d'avis.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouméa par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant : 1°) sur la détermination de la collectivité compétente pour édicter une réglementation relative à l'approvisionnement et à la distribution des hydrocarbures en Nouvelle-Calédonie et créer et organiser les services publics correspondants ; 2°) sur le point de savoir s'il peut exister un service public provincial chargé de l'approvisionnement et de la distribution des hydrocarbures dans le secteur géographique d'une province, relève que le haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie a déféré le 17 février 2000 au tribunal administratif une délibération de l'assemblée de la province des îles Loyauté relative à l'alimentation en hydrocarbures de ces îles, par des moyens mettant notamment en cause la compétence des provinces en matière d'hydrocarbures.

Le Conseil d'État constate que les questions soulevées dans la demande d'avis font ainsi l'objet d'un litige contentieux et qu'il ne peut dès lors se prononcer sur celles-ci.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364604 – 25 avril 2000

Réglementation des annonces judiciaires et légales, notamment établissement de la liste des publications habilitées à recevoir des annonces – Compétence de l'État pour réglementer les annonces judiciaires et légales en raison de sa compétence en matière de garanties des libertés publiques et de droit pénal – Compétence du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour la fixation du prix du signe ou espace d'annonces légales.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouméa par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie,

Vu la transmission en date du 21 février 2000, enregistrée au Conseil d'État le 25 février 2000, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie portant, d'une part, sur l'articulation en Nouvelle-Calédonie des textes relatifs aux annonces judiciaires et légales, d'autre part, sur la détermination de la collectivité compétente pour fixer, en Nouvelle-Calédonie, la réglementation des annonces judiciaires et légales et particulièrement la liste des publications habilitées à recevoir de telles annonces ;

Vu la Constitution, notamment son article 77 ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, notamment ses articles 21, 22, 127 et 206 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Sur la première question :

Il résulte de l'article 206 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée que le Conseil d'État n'est compétent pour examiner les demandes d'avis qu'il prévoit que lorsqu'elles portent sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. Tel n'étant pas le cas de la question relative à l'articulation en Nouvelle-Calédonie des textes sur les annonces judiciaires et légales, il n'y a pas lieu pour le Conseil d'État d'y répondre.

Sur la seconde question :

1. L'obligation prévue par de nombreux textes législatifs ou réglementaires de procéder à une publication dans un journal d'annonces judiciaires et légales est liée au fond du droit et relève donc de l'autorité compétente, selon la loi organique, pour régir la matière dans laquelle elle intervient.

2. L'article 21 I, 1° et II, 5° de la loi organique susvisée dispose que l'État est compétent en matière de garanties des libertés publiques et en matière de droit pénal. L'article 22, 20° de la même loi organique attribue compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de réglementation des prix et l'article 127, 7° dispose que le gouvernement « fixe les prix et les tarifs réglementés ».

La réglementation des annonces judiciaires et légales, par le contrôle administratif qu'elle implique et les sanctions, notamment pénales, qu'elle peut entraîner, intéresse la liberté de la presse. Elle relève donc, en vertu des dispositions sus-rappelées, de la compétence de l'État, tandis que la fixation du prix du signe ou espace d'annonces légales est de la compétence du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.



■ Section des travaux publics – Avis n° 364909 – 28 septembre 2000

Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement et par le secrétaire d'État à l'Outre-Mer des questions de savoir s'il est possible dans les départements d'outre-mer, notamment au regard des dispositions constitutionnelles en vigueur :

1/ de substituer au régime de mise en concurrence institué par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et par les dispositions de l'article 30 de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 pour l'exploitation des transports publics réguliers non urbains de personnes, un régime d'autorisations assorties, le cas échéant, d'obligation de service public pouvant faire l'objet de compensations financières ;

2/ de créer, dans ces départements, un établissement public à caractère administratif, regroupant l'ensemble des collectivités territoriales, qui serait substitué de plein droit à ces collectivités pour l'exercice de leurs compétences en matière de transport public de personnes, à caractère urbain comme non urbain ;

3/ de prévoir que les transporteurs concernés seront représentés au sein du conseil d'administration d'un tel établissement, qui serait notamment chargé de délivrer les titres requis pour le transport des personnes, et, dans cette hypothèse, de garantir l'impartialité de ses délibérations et prévenir le risque de conflits d'intérêts,

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

1/ Aux termes de l'article 30 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 modifiée d'orientation des transports intérieurs :

« dans un délai de quatre ans à compter de l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 29, tous les transports publics réguliers non urbains de personnes qui ne sont pas exploités directement par l'autorité compétente doivent faire l'objet d'une convention.

Si l'autorité organisatrice décide soit de supprimer ou de modifier de manière substantielle la consistance du service en exploitation, soit de le confier à un autre exploitant, et si elle n'offre pas à l'entreprise des services sensiblement équivalents, elle doit lui verser une indemnité en compensation du dommage éventuellement subi de ce fait.

Si, à l'expiration du délai de quatre ans, la convention n'est pas intervenue du fait de l'autorité organisatrice, l'autorisation antérieurement accordée au transporteur public vaut convention pour une durée maximale de dix ans. »

Aux termes des articles L. 1411-1 et L. 1411-8 du Code général des collectivités territoriales, issus respectivement des articles 38 et 45 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques :



« Art. 1411-1. Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État.

La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public...

Art. L. 1411-8. Le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité publique ».

Aux termes de l'article 73 de la Constitution : « le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ».

Comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel, notamment dans ses décisions n° 82-147 du 2 décembre 1982 et 84-174 du 25 juillet 1984, il ressort de ces dispositions que le statut des départements d'outre-mer doit être le même que celui des départements métropolitains sous la seule réserve des aménagements limités des compétences des régions et des départements d'outre-mer par rapport aux autres régions et départements que peut rendre nécessaire leur situation particulière.

Les dispositions précitées de la loi du 29 janvier 1993 organisent la mise en concurrence des candidats à l'attribution, par les collectivités publiques responsables, de délégations de service public ; ce régime est, aux termes de l'article 30 précité de la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, applicable aux transports publics réguliers non urbains de personnes.

Compte tenu du caractère fondamental, dans la procédure d'attribution des délégations de service public, du principe de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes, la substitution à cette procédure, dans les départements d'outre-mer, d'un régime d'autorisations délivrées hors des contraintes qu'imposent les dispositions précitées du Code général des collectivités territoriales, apporterait à ces dispositions une dérogation permanente que ne justifie pas la situation particulière de ces départements. Elle irait donc, en l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au-delà des mesures d'adaptation autorisées par l'article 73 de la Constitution.

Tout au plus pourrait être envisagée l'institution d'une période transitoire, d'une durée limitée, pendant laquelle seraient prises les mesures de toute nature permettant l'adaptation de l'ensemble du secteur économique dont il s'agit à l'entrée en vigueur des règles fixées par la loi du 29 janvier 1993.

2/ La création, par la loi, dans les départements d'outre-mer, d'un établissement public à caractère administratif, regroupant l'ensemble des collectivités territoriales en leur qualité d'autorités organisatrices de transport, et qui serait substitué de plein droit à ces collectivités pour l'exercice de leurs compé-



tences en matière de transport public de personnes, à caractère urbain comme non urbain, n'apparaît pas dans son principe comme contraire à la Constitution, en particulier à son article 72 qui énonce le principe de libre administration des collectivités territoriales par des conseils élus, ni à aucun principe de valeur constitutionnelle.

3/ Il résulte des principes généraux posés tant par la loi précitée du 29 janvier 1993 que par le Code des marchés publics que l'instance délibérante, compétente pour décider de l'attribution des marchés publics comme du choix des concessionnaires ou délégataires de service public, ne peut comprendre, parmi ses membres, des personnes pouvant se voir attribuer ces marchés, concessions ou délégations.

La présence, au sein des conseils d'administration des établissements publics départementaux dont la création est envisagée outre-mer, de représentants des transporteurs routiers de personnes, susceptibles de se voir attribuer ces marchés, concessions ou délégations, porterait atteinte à ces principes généraux dans des conditions qui ne peuvent être regardées comme un aménagement limité des compétences et de l'organisation des établissements publics regroupant des collectivités territoriales, nécessité par la situation particulière que connaissent, en matière de transports publics terrestres de personnes, les départements d'outre-mer. Une telle représentation des transporteurs au sein du conseil d'administration des établissements publics locaux irait ainsi, en l'état de la jurisprudence rappelée ci-dessus du Conseil constitutionnel, au-delà des mesures d'adaptation autorisées par l'article 73 de la Constitution.

Cette demande d'avis a été délibérée et adoptée par le Conseil d'État dans sa séance du 28 septembre 2000.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364747 – 10 octobre 2000

Répartition des compétences en matière d'enseignement en Nouvelle-Calédonie – Compétence de droit commun des provinces en matière d'enseignement primaire public – Compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière de programmes (sous réserve des adaptations apportées par les provinces), de formation des maîtres et de contrôle pédagogique.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au Tribunal administratif de Nouméa par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la transmission en date du 24 mars 2000, enregistrée au Conseil d'État le 31 mars 2000, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie relative à la répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et les provinces en matière d'enseignement primaire public et qui vise à préciser :

1° en ce qui concerne les programmes, si les provinces ont pleine compétence pour prévoir les adaptations tenant compte des réalités culturelles et linguisti-

ques propres à chacune d'elles, ou si la détermination de ces adaptations doit s'exercer dans un cadre général établi par la Nouvelle-Calédonie au titre de sa compétence pour déterminer les programmes ;

2° en ce qui concerne la formation des maîtres, si la compétence de la Nouvelle-Calédonie s'étend non seulement à la formation initiale, mais également à la formation continue ;

3° en ce qui concerne le contrôle pédagogique, si la Nouvelle-Calédonie peut, dans le cadre de la compétence qui lui est attribuée par le statut : 1° définir et animer la politique éducative en Nouvelle-Calédonie, 2° conseiller les enseignants dans leurs choix pédagogiques ; 3° évaluer l'aptitude pédagogique des enseignants ; 4° contrôler non seulement la mise en œuvre de la politique éducative et des programmes qu'elle a fixés, mais aussi la conformité aux réalités culturelles et linguistiques des adaptations apportées aux programmes par les provinces ;

Vu la loi n° 88-1018 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le Code de l'éducation ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes du premier alinéa de l'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée : « Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie » ; aux termes du III de l'article 21 de la loi organique précitée : « L'État exerce également, jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie (...) les compétences suivantes : « ... 3° Enseignement primaire privé ;... » ; et aux termes de l'article 22 de la même loi organique : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : ... 28° Enseignement primaire : programmes, sous réserve de la compétence des provinces pour leur adaptation en fonction des réalités culturelles et linguistiques ; formation des maîtres ; contrôle pédagogique... » ;

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions et de leur comparaison avec les dispositions de la loi du 9 novembre 1988 susvisée auxquelles elles se substituent, que la compétence de droit commun en ce qui concerne l'enseignement primaire public demeure confiée aux provinces, et que la loi organique du 19 mars 1999 précitée, en attribuant à la Nouvelle-Calédonie les compétences en matière de programmes – sous réserve de leur adaptation par les provinces -, de formation des maîtres et de contrôle pédagogique, qui étaient précédemment conférées à l'État, n'a pas entendu modifier les compétences des provinces en matière d'enseignement primaire public. Plus précisément :

1. Programmes.

Il appartient à la Nouvelle-Calédonie d'établir l'ensemble des programmes de l'enseignement primaire public, qui déterminent les matières enseignées et le



contenu des enseignements correspondants, la durée accordée à l'enseignement de chacune de ces matières et les méthodes pédagogiques employées.

Les provinces peuvent apporter à certains éléments des programmes établis par la Nouvelle-Calédonie les seules adaptations qui sont justifiées par leurs réalités culturelles et linguistiques propres. Ces adaptations doivent maintenir les contenus fondamentaux de ces programmes et ne doivent pas avoir pour effet de remettre en cause l'équilibre d'ensemble de ceux-ci. Il n'appartient pas à la Nouvelle-Calédonie d'instituer d'autres limitations à la compétence d'adaptation reconnue aux provinces.

2. Formation des maîtres.

La compétence attribuée à la Nouvelle-Calédonie porte sur l'ensemble de la formation des maîtres de l'enseignement primaire public ; elle s'étend, par suite, à la formation initiale ainsi qu'à la formation continue.

3. Contrôle pédagogique.

La Nouvelle-Calédonie est compétente pour déterminer la politique éducative dans l'enseignement primaire public, en tant que celle-ci se traduit par l'élaboration des programmes, la formation des maîtres et le contrôle pédagogique. Il ne lui appartient toutefois pas de vérifier si les adaptations apportées aux programmes par chaque province sont justifiées par les réalités culturelles et linguistiques de chacune d'elles, dès lors que ces adaptations relèvent de la seule compétence des provinces.

En ce qui concerne le contrôle pédagogique, qui a pour objet de vérifier l'application des programmes par les enseignants et l'aptitude de ceux-ci, la Nouvelle-Calédonie est compétente pour conseiller les enseignants dans leurs choix pédagogiques, pour contrôler l'aptitude pédagogique des enseignants ainsi que pour veiller à l'application par ceux-ci de l'ensemble des programmes, y compris les adaptations apportées à ces derniers par les provinces.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 364750 – 24 novembre 2000

Dispositions applicables aux pupilles de l'État – Compétence de la Polynésie française en matière d'aide sociale – Compétence de l'État en matière de droit civil, notamment pour ce qui concerne l'état et la capacité des personnes.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, d'une demande d'avis présentée au Tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française ;

Vu la transmission en date du 23 mars 2000, enregistrée au Conseil d'État le 3 avril 2000 de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur les questions suivantes :

1. Les articles 60 et suivants du Code de la famille et de l'aide sociale relatifs au statut et à la qualité de pupille de l'État sont-ils applicables de plein droit en Polynésie française ou relèvent-ils de la compétence des institutions polynésiennes ?

2. Dans la première hypothèse, le haut-commissaire de la République exerce-t-il en Polynésie française la fonction de tuteur dévolue au représentant de l'État dans le département ?

3. Le président du gouvernement de Polynésie française est-il compétent pour prendre les décisions d'admission en qualité de pupille de l'État, qui sont en métropole de la compétence du président du conseil général ?

4. Le décret n° 85-937 du 23 août 1985 fixant les règles de fonctionnement du conseil de famille des pupilles de l'État est-il applicable de plein droit en Polynésie française ou la matière relève-t-elle de la compétence de la Polynésie française ?

5. Les agréments délivrés aux adoptants par la commission technique à l'adoption instituée en Polynésie française par le service local des affaires sociales seront-ils reconnus par les autorités compétentes en métropole ?

Vu le Code de la famille et de l'aide sociale ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, complétée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 ;

Vu la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer ;

Vu le décret n° 85-937 du 23 août 1985 relatif au conseil de famille des pupilles de l'État ;

Vu l'avis du Conseil d'État (section de l'intérieur) du 4 février 1997.

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Il résulte, d'une part, de la loi susvisée du 9 juillet 1970 que les dispositions législatives relatives à l'état et à la capacité des personnes, même postérieures à son entrée en vigueur, sont applicables de plein droit dans les territoires d'outre-mer. Il résulte, d'autre part, des articles 5 et 6, 7° de la loi organique susvisée du 12 avril 1996 que les autorités de l'État sont compétentes en matière de droit civil tandis que celles de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État, ce qui est le cas de l'aide sociale.

En conséquence :

1. Les articles 60 et suivants du Code de la famille et de l'aide sociale, issus des lois n° 84-422 du 6 juin 1984 et 96-604 du 5 juillet 1996, qui portent statut des pupilles de l'État et organisent les conditions de leur tutelle et de leur adoption sont applicables de plein droit en Polynésie française et relèvent de la compétence de l'État, à l'exception des articles 63-2, 63-3 et 65 qui ne concernent pas l'état et la capacité des personnes.



2. Les attributions conférées par les articles 60 et suivants du Code de la famille et de l'aide sociale au représentant de l'État dans le département et au président du conseil général sont exercées en Polynésie française respectivement par le haut-commissaire de la République et par le président du gouvernement, chargé par l'article 37 de la loi organique précitée de l'exécution des délibérations de l'assemblée territoriale.

3. Les règles d'organisation et de fonctionnement du conseil de famille des pupilles de l'État, fixées par le décret susvisé du 23 août 1985, qui n'a pas été étendu à la Polynésie française, n'y sont pas applicables, mais sont de la compétence de l'État, au même titre que les dispositions législatives dont elles fixent les modalités d'application.

4. Les agréments délivrés en Polynésie française par la « commission technique à l'adoption » instituée par le service local des affaires sociales seront reconnus en métropole s'ils ont été délivrés conformément aux dispositions de l'article 63 du Code de la famille et de l'aide sociale et, le cas échéant, de son décret d'application.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 365337 – 28 novembre 2000

Réglementation de l'approvisionnement de la Polynésie française en hydrocarbures- Compétence exclusive des autorités de l'État en ce qui concerne les hydrocarbures inclus dans les matières premières stratégiques mentionnées par l'article 6 de la loi organique du 12 avril 1996.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française d'une demande d'avis présentée au Tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française ;

Vu la transmission en date du 7 août 2000 enregistrée au Conseil d'État le 11 septembre 2000, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur la compétence des autorités de la Polynésie française pour ériger en service public l'approvisionnement de la Polynésie française en hydrocarbures et pour concéder le monopole des importations à un exploitant de leur choix ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée par la loi organique n° 96-624 du 15 juillet 1996 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes des dispositions de l'article 5 de la loi organique susvisée du 12 avril 1996 :

« Les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par les dispositions de l'article 6 de la présente loi ou aux communes par la législation applicable sur le territoire. »



Aux termes des dispositions de l'article 6 de la même loi organique :

« Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes :

5° matières premières stratégiques telles qu'elles sont définies pour l'ensemble du territoire de la République. »

Il résulte de ces dernières dispositions, éclairées par celles du 8° de l'article 3 de la loi n°84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française dont elles reprennent les termes et qui se sont elles mêmes substituées aux dispositions de l'article 62 de la loi n° 77-772 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française, que les hydrocarbures sont inclus dans les matières premières stratégiques qu'elles mentionnent et relèvent donc de la compétence exclusive des autorités de l'État ; il suit de là que la question de savoir selon quelles modalités les autorités de la Polynésie française peuvent exercer leurs compétences en ce domaine est sans objet.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 365447 – 28 novembre 2000

Répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française en ce qui concerne les difficultés liées au surendettement des particuliers – Compétence de l'État pour l'édition de règles relatives à la prévention et au règlement de ces difficultés – Compétence de la Polynésie française pour fixer les règles de procédure civile applicables à l'instance relative au traitement des situations de surendettement, en cas de saisine du juge de l'exécution et aux voies de recours contre les décisions de celui-ci.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur), saisi en application de l'article 114 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Papeete par le président du gouvernement de la Polynésie française et portant sur la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française ;

Vu la transmission en date du 12 septembre 2000, enregistrée au Conseil d'État le 26 septembre 2000, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Polynésie française portant sur la délibération de l'autorité compétente pour l'adoption d'un dispositif similaire à la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles modifiée par la loi du 8 février 1995 et par la loi du 29 juillet 1998 ;

Vu la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

Vu les articles L. 331-1 à L.333-8 du Code de la consommation relatifs au traitement des situations de surendettement ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 5 de la loi organique du 12 avril 1996 susvisée :
« ... les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par les dispositions de l'article 6 de la présente loi. »



L'article 6 de la même loi organique dispose que : » Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes... 4° - ... Crédit... 7° - ... droit civil à l'exclusion de la procédure civile... » ;

Il résulte de ces dispositions que l'application en Polynésie de règles relatives à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers relève de la compétence de l'État dès lors que le droit de la consommation relatif à cette matière, en réduisant les droits des créanciers pour redresser la situation du débiteur défaillant, pose des règles qui relèvent du droit civil applicable à l'inexécution des contrats et a, en outre, une incidence sur le crédit que souligne l'organisation, par l'article 333-4 du Code de la consommation, d'un fichier national des incidents de remboursement.

L'application en Polynésie française de dispositions sur le traitement des situations de surendettement doit toutefois réserver la compétence du Territoire pour fixer les règles de procédure civile applicables à l'instance, en cas de saisine du juge de l'exécution, et aux voies de recours contre les décisions de celui-ci.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 365291 – 5 décembre 2000

Compétence générale des provinces de Nouvelle-Calédonie en matière de tourisme, et donc pour édicter des normes en matière d'hôtellerie touristique, sous réserve des compétences de la Nouvelle-Calédonie relatives à la réglementation des professions commerciales et à la réglementation des prix.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et relative à la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes ;

Vu la transmission en date du 22 août 2000, enregistrée au Conseil d'État le 28 août 2000, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie relative à la détermination de l'autorité compétente pour édicter des normes en matière d'hôtellerie touristique ;

Vu la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

La loi organique du 19 mars 1999 susvisée dispose, au premier alinéa de son article 20 que : « Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie », au III de son article 21 que : « L'État exerce également jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie ... les compétences suivantes : 4° ... droit commercial » ; et à son article 22 que : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : ... 15° Réglementation des professions ... commerciales

... ; 19°... Concurrence et répression des fraudes ; ...20° Réglementation des prix ... » ;

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions et de leur comparaison avec les dispositions du statut précédent :

- d'une part, que la compétence reconnue à l'État en matière de droit commercial ne s'étend pas à la matière qui fait l'objet de la présente demande d'avis ;
- d'autre part, que les provinces qui ont une compétence générale en matière de tourisme demeurent compétentes pour édicter des normes en matière d'hôtellerie touristique sous réserve du respect des compétences attribuées à la Nouvelle-Calédonie, cette réserve ayant notamment pour conséquence que l'édiction de ces normes :

1°) ne peut soumettre l'exploitation des établissements hôteliers dont il s'agit à autorisation administrative ou à des conditions particulières tenant à la personne ou à la qualification professionnelle de l'exploitant ;

2°) ne peut comporter une réglementation des prix des diverses prestations offertes par ces établissements hôteliers, la notion de réglementation des prix incluant les dispositions relatives à la publicité de ceux-ci.

■ Section de l'intérieur – Avis n° 365491 – 5 décembre 2000

Statut des sapeurs-pompiers volontaires – Compétence de l'État en matière de sécurité civile – Compétence de la Nouvelle-Calédonie pour fixer les règles applicables en matière de droit du travail et celles régissant la fonction publique des communes ainsi que pour déterminer si des agents non titulaires relèvent du droit public ou du droit du travail.

Le Conseil d'État (Section de l'intérieur) saisi, en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, et portant sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes ;

Vu la transmission en date du 26 octobre 2000, enregistrée au Conseil d'État le même jour, de la demande d'avis du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, portant sur les questions suivantes :

1°) Quelle est l'autorité compétente pour adopter un texte relatif au statut des sapeurs pompiers volontaires, collaborateurs occasionnels des services d'incendie et de secours en Nouvelle-Calédonie ?

2°) Dans quelle mesure et à quelles conditions cette autorité peut-elle conférer aux sapeurs pompiers volontaires la qualité d'agent de droit public, au sens de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances ?



Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;
Vu la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;
Vu l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 modifiée, relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

1°) Les dispositions du 5° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée attribuent compétence à l'État en matière de sécurité civile. Cette compétence s'exerce sous réserve des dispositions de l'article L. 131-2 du Code des communes de la Nouvelle-Calédonie résultant de l'article 4 de la loi du 19 mars 1999 susvisée, suivant lesquelles la police municipale comprend notamment le soin de prévenir et de faire cesser, par la distribution de secours, les accidents et fléaux tels que les incendies et les inondations.

Toutefois, il appartient à la Nouvelle-Calédonie, selon les 2° et 14° de l'article 22 de la loi organique précitée, de fixer tant les règles applicables en matière de droit du travail que celles régissant la fonction publique des communes.

Il incombe ainsi à la Nouvelle-Calédonie de fixer les règles qui déterminent le statut applicable aux agents d'un service public, même s'ils n'y collaborent que de manière occasionnelle, dès lors qu'il s'agit d'un service communal. L'adoption d'un texte relatif au statut des sapeurs pompiers volontaires relève donc de sa compétence.

2°) Il résulte de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 13 novembre 1985 susvisée que les principes de droit du travail qu'elle énonce ne sont pas applicables aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public.

Si cette exception ne vise, selon une jurisprudence constante, que les agents ayant la qualité de fonctionnaires et si, par suite, les agents non titulaires, même exerçant leurs fonctions en Nouvelle-Calédonie pour le compte d'un service public à caractère administratif sont, en vertu de l'ordonnance précitée, régis par le droit du travail, il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la Nouvelle-Calédonie est désormais compétente pour déterminer si ces agents non titulaires relèvent du droit public ou du droit du travail, et pour fixer, dans un cas comme dans l'autre, les règles qui leur sont applicables.

Les règles définies par l'ordonnance du 13 novembre 1985 précitée ne demeurent en vigueur que tant que la Nouvelle-Calédonie n'a pas exercé les compétences qui lui reviennent désormais en ces matières. À ce titre il lui appartient, le cas échéant, de modifier les règles issues de l'ordonnance et de soumettre les sapeurs pompiers volontaires à un régime de droit public.



Réflexions

sur les autorités

administratives

indépendantes

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	
Genèse : hasard et nécessité	261
1.1. Les conditions historiques de création des autorités administratives indépendantes	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
1.2. Les besoins auxquels a cherché à répondre le concept d'autorité administrative indépendante	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
1.3. Le contexte doctrinal	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	
État des lieux	287
2.1. L'analyse du droit positif actuel	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
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	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
2.3. Les éléments d'appréciation	321



Troisième partie	
Recommandations	327
3.1. Tirer les leçons des difficultés rencontrées, à l'expérience, par les autorités existantes	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
3.2. N'utiliser qu'à bon escient la formule des autorités administratives indépendantes	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
3.3. Renforcer parallèlement la crédibilité des structures classiques de l'État	381
Conclusion	385



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) ¹. 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 ². 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^e 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 presse³ 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 décret⁴ 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 1978⁵, 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 »⁶.

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 1983⁷ 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 1984⁸.

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 1983⁹ 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 titulaires¹⁰.

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^{er} de la loi n° 86-107 du 30 septembre 1986).

Ce n'est que par un paradoxe apparent que le Conseil de la concurrence¹¹, 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^{er} 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) ¹², 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^{er} 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* ¹³ 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^{er} de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 qualifiera quelques années plus tard d'autorité administrative indépendante l'organe purement consultatif ¹⁴ qu'est la Commission consultative du secret de la défense nationale ¹⁵.

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 ¹⁶, de recourir à la formule de l'autorité administrative indé-

12 - Institué par l'article 1^{er} 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^{er} 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 indépendante¹⁷ 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* »¹⁸ 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^{er} 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'utilisateur 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 partialité¹⁹.

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.



1973²⁰, 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^{er}, 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 international²¹, 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 cité²² ».

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'électricité²³ 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 nouvelles²⁴, 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)²⁵. 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^{er} 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 commercial²⁶ 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 départementales²⁷.

Si l'on retrace 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 ²⁸, 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^{er} 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 ²⁹.

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 ³⁰, 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^{er} al. 1^{er}). 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 ³¹. 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* » ³² : 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 ³³. 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 ³⁴.

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* » ³⁵.

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 ³⁶.

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 ³⁷ 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* »³⁸.

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^{er} 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 public³⁹. 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 spécifique⁴⁰. 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.⁴¹

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 opérateurs⁴². 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 public⁴³.

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^{er} 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 audiovisuelle⁴⁴ 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 sécurité⁴⁵, 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^{re} 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)⁴⁶ ou du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)⁴⁷.

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 commun⁴⁸, 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 constitutionnel⁴⁹ : 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 – transparaît 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 administrative⁵⁰, celui des sociologues⁵¹, 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^e 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* »⁵².

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^e siècle, dans notre langue, un sens assez proche de celui sous-entendu lorsqu'il est question d'autorité de régulation⁵³, 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* »⁵⁴. 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* »⁵⁵, 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* »⁵⁶... ; dans les deux cas, il s'agit de « *faire fonctionner correctement un système complexe* ». ⁵⁷

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* »⁵⁸. 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* »⁵⁹. 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-judicieux. 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'effectivité⁶⁰. 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* ». ⁶¹

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 ⁶², 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)*⁶³. 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 mondiale⁶⁴, 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 concurrence⁶⁵. 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* »⁶⁶.

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*⁶⁷ : « *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 disciplinaires⁶⁸, les jurys de concours⁶⁹. 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 principe⁷⁰, qui n'a pas été définitivement clos avec la décision du Conseil constitutionnel entérinant l'existence de la Haute autorité de la communication audiovisuelle⁷¹.

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* »⁷².

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 »⁷³. 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 »⁷⁴, 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 »⁷⁵.

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 ⁷⁶.

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* »⁷⁷, cependant que d'autres prenaient une position plus ouverte⁷⁸.

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'acception 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 décision⁷⁹ : « *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* »⁸⁰. 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 spécialisées⁸¹ (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 »⁸², des auteurs anciens comme Laferrière,⁸³ Aucoc⁸⁴ ou Hauriou⁸⁵ 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* »⁸⁶. 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^{re} édition, 1910, p. 453.

86 - Professeur Chapus, *Droit administratif général*, 13^e 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 abusives⁸⁷, CADA⁸⁸).

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 sécurité⁸⁹, 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* »⁹⁰.

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 ?* »⁹¹. Derrière l'interrogation perçue 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 fonctionnelle⁹². 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 mandat⁹³. 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'origine⁹⁴.

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 ⁹⁵.

Quant à l'indépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes, on lui préfère souvent, et avec raison, le terme d'autonomie ⁹⁶. 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 ⁹⁷. 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 ⁹⁸, encore convient-il de veiller à ce que le collège 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 1986⁹⁹, 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'État¹⁰⁰.

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 juridique¹⁰¹, 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'autorité¹⁰². 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 la 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* »¹⁰³. 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* »¹⁰⁴, 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 doctrine¹⁰⁵ 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*¹⁰⁶

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 gouvernementale¹⁰⁷.

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 administrative 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* ». ¹⁰⁸

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 ¹⁰⁹ : « *la loi peut, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative de pouvoirs de sanction* » ¹¹⁰. Le Conseil constitutionnel n'a ainsi pas suivi les sénateurs qui, en juillet 1989, lui ont déféré 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* » ¹¹¹ 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^e 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^e 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* »¹¹². 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 loi¹¹³.

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 jugé¹¹⁴ 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^e 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^e 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* »¹¹⁵. 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 justifier 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 personnel¹¹⁶.

Toutefois, le débat doctrinal sur l'utilité et la possibilité¹¹⁷ 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 ¹¹⁸. 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 ¹¹⁹.

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 ¹²⁰.

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 ¹²¹.

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 », *RDV* 1990 p. 233.

120 - CE, Assemblée, 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, p. 137 ; 5 novembre 1993, *COB*, Tp. 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.¹²²

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'acception 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 refusée.

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^{er} 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 ¹²³ ;

– le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), créé par l'article 1^{er} 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 ¹²⁴ 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 ¹²⁵ ;

– 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^{er} 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 ; ¹²⁶

– la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), créée et qualifiée par l'article 1^{er} 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^{ème} 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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* »¹²⁷. Cependant le Conseil d'État l'a qualifié « *d'organisme administratif* »¹²⁸. 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 : ¹²⁹

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'Étang*, 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'édiction 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 ¹³⁰, 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 ¹³¹. 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 ¹³². 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 multi-forme. 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* »¹³³.

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,¹³⁴ 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 sanctions¹³⁵ : 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 ¹³⁶. 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 ¹³⁷.

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 conseil¹³⁸. Le président peut aussi disposer de pouvoirs propres ou de pouvoirs dont il est expressément prévu que le collègue 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 collègue, 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'agréer 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 prévu¹³⁹. 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 pour 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^{er}, 3^o 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.¹⁴⁰

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,¹⁴¹ 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 expressément 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 ¹⁴² 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 réalistes¹⁴³. 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 administratif¹⁴⁴.

– 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 »¹⁴⁵.

– 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 2000¹⁴⁶ 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 ¹⁴⁷. 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 garantir 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 ¹⁴⁸.

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 ¹⁴⁹, 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 ministre¹⁵⁰. 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 reprises¹⁵¹, 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 administrative¹⁵².

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 1999¹⁵³, le Conseil d'État a, avant dire droit sur les conclusions de la société requérante, demandé, pour la première fois¹⁵⁴, 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^{er} 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'empiétement 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'édiction 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 1989¹⁵⁵ 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 1989¹⁵⁶, 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 ¹⁵⁷, 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 ¹⁵⁸. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette position dans sa décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 ¹⁵⁹ 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 ¹⁶⁰, 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 ¹⁶¹. 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 1987¹⁶², 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 ¹⁶³, 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* ¹⁶⁴, et 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris* ¹⁶⁵, 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^{er} 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 ¹⁶⁶.

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^{er} 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 ¹⁶⁷. 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 SIREN¹⁶⁸, 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* »¹⁶⁹ 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'État¹⁷⁰.

• 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 dépassaient 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^{er} 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* »¹⁷¹ 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 ¹⁷².

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 ¹⁷³.

• **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* ¹⁷⁴, 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 2000¹⁷⁵, 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 « *sollicite 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*¹⁷⁶, 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 ¹⁷⁷.

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^{er} 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^{er} 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 ¹⁷⁸.

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 ¹⁷⁹.

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 réseau 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 ¹⁸⁰.

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 pensée¹⁸¹ ; 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 concurrence¹⁸², si l'on veut que l'autorité administrative indépendante soit concrètement en mesure d'asseoir sa légitimité et d'exercer pleinement sa mission¹⁸³.

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 ¹⁸⁴.

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 ¹⁸⁵ 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^{er} août 2000 sur l'audiovisuel, une disposition ¹⁸⁶ 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* » ¹⁸⁷. 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 ¹⁸⁸, 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 ¹⁸⁹, 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 bureaucratiation. 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 comptent 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 ¹⁹⁰ 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 ¹⁹¹ 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* » ¹⁹², 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^{er} 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 cours¹⁹³ 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 programme¹⁹⁴ 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 solution 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 »¹⁹⁵.

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* »¹⁹⁶, 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 dénoncées¹⁹⁷, 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 Constitution¹⁹⁸. Le Conseil d’État a étendu cette exigence aux sanctions prononcées par la Commission de contrôle des assurances¹⁹⁹, 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 explicite, à l’attention de leur public, les règles qu’ils suivent.

La question nourrit l’actualité juridique depuis que les Cours suprêmes françaises ont admis²⁰⁰ 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^{er} 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 procès²⁰¹, 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-ci²⁰². 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 général²⁰³, 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 »²⁰⁴. 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 »²⁰⁵.

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'impartialité²⁰⁶.

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 CEDH²⁰⁷, 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 satisfaire²⁰⁸. 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 fond²⁰⁹.

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 §1 ²¹⁰, 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 ²¹¹ 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 ²¹².

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 ²¹³ 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 §1 ²¹⁴. 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^{re} Ch. civile, 23 mai 2000, *Gazette du Palais*, 1^{er} 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* ²¹⁵, 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 ²¹⁶ 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^{er} 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*²¹⁷, que le principe de personnalité des peines²¹⁸ 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 égard²¹⁹. La question demeure ouverte, bien que certains principes de la matière pénale ne s'appliquent pas aux autorités administratives indépendantes²²⁰. 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 ²²¹. Les textes reconnaissent le plus souvent à la juridiction compétente un pouvoir de pleine juridiction dans ce domaine ²²², ce qui permet d'assurer l'exacte adéquation de la peine au manquement constaté ²²³.

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 ²²⁴.

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 Gouvernement²²⁵. 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 indéniabie 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 indépendante²²⁶. 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 fonctionnement²²⁷.

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 point²²⁸, 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 publiques²²⁹ 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 « *spoil 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 assooir immédiatement et fermement son autorité et peser sur cet opérateur public. Elle le fait, en large partie nécessairement ²³⁰, 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.

Cependant 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 dérogoratoire 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 ²³¹ 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 ²³² : 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'impartialité²³³ ; le principe d'impartialité de l'action administrative constitue un principe général de notre droit²³⁴. 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 »²³⁵. 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 publiques²³⁶, on peut citer le développement des codes et guides de déontologie²³⁷. 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 publique²³⁸.

• 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 ²³⁹. 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 ²⁴⁰. 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 ²⁴¹. 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 ²⁴², 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 ²⁴³ mais se développent dans d'autres domaines de l'action administrative ²⁴⁴.

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 ²⁴⁵.

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 ²⁴⁶ et les Commissions départementales de conciliation ²⁴⁷.

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 ²⁴⁸.

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.



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 ? ¹

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 ². 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 ³ et à toutes les juridictions administratives de droit commun ⁴ ;
- celui de la procédure administrative : des sanctions proprement dites ⁵ aux mesures prises en considération de la personne ⁶ puis aux décisions défavorables dont la motivation est obligatoire ⁷.

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 ⁸ ; 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^e 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^{er} 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 procédures⁹ 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 élargi¹⁰ 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 spécifiques¹¹ 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 généralisée¹². 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 protecteur¹³.

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 défense¹⁴ ou encore « une des expressions les plus achevées des droits de la défense »¹⁵. Cette appréciation qui traduit fidèlement

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* »¹⁶. 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 récente codification a consolidées et dont il n'est pas interdit de penser 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* »¹⁷.

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* »¹⁸. 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^e 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 ¹⁹.

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* » ²⁰.

Or cette position constante et encore récemment explicitée par un conseiller d'État ²¹ vient d'être brusquement abandonnée ²². 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* » ²³. 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* » ²⁴.

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^e éd. 1999 P. 229

24 - R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien 14^e 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 fondamentale²⁵ ; soit par l'élaboration de lois plus ou moins détaillées régissant la procédure administrative²⁶. 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 procédure²⁷. 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 procédure²⁸ ouvrant alors sur la controverse afférente à la valeur de tels principes : supradécétale mais infra-législative²⁹ 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 statué³⁰ ; 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 fiscale³¹, 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 »³², 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 étrangers³³. En revanche, il paraît prématuré d'avancer que le principe du contradictoire a d'ores et déjà acquis valeur constitutionnelle³⁴, même si les voies et moyens d'une telle consécration sont parfaitement explicités³⁵.

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 Tromprier-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 réglementaire³⁶. 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 judiciaire³⁷ 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 Sarran³⁸, 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 répliquer³⁹. 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 répondre⁴⁰. 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* »⁴¹. 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 isolément⁴². 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* »⁴³ ; pour reprendre une formule jurisprudentielle, « *les droits reconnus par ce principe* »⁴⁴ 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* »⁴⁵.

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 public⁴⁶ 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. Delvolve, *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 projets⁴⁷, 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'infrastructure⁴⁸. 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 procédures⁴⁹. 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 »⁵⁰ 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 aménagement⁵¹. Assujetti 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 administratif⁵². Le destinataire de l'action publique a vocation à s'intégrer au dispositif qui la promet, 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 défense⁵³. 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 »)¹. 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 spécialisés². 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 ³. 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 ⁴. 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 ⁵. 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 ⁶. 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 ⁷.

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 », ⁸ 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 privé⁹.

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 publics¹⁰.

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 295¹¹. 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 AllER 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^e 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 récentes¹². 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*¹³. 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 locales¹⁴. 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 objectifs¹⁵.

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 »¹⁶. 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 quangos¹⁷.

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 »¹⁸. 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 publique¹⁹ 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 prises²⁰. Le Commissioner a une responsabilité non seulement pour les NDPBs, mais aussi pour d'autres quangos, 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 collégalement) 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-respect²¹. 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 réformes²².

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.²³

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 NDPBs²⁴. 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 ethniques²⁵. 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 société²⁶. 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 %²⁷. 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 ans²⁸.

L'*Office of the Commissioner for Public Appointments* (OCPA) a commandé un sondage public sur la nomination aux NDPBs²⁹. 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 principes³⁰. En plus, toute administration doit respecter les principes de la *natural justice* en ce qui concerne les décisions touchant aux intérêts des individus³¹.

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 procédure³².

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 arguments³³. 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 observations³⁴.

En général, les tribunaux se refusent d'intervenir dans les décisions ayant pour objet d'allouer des ressources ou d'arrêter une stratégie³⁵. Dans ces cas l'administration n'est pas obligée de motiver ses décisions³⁶. Mais, si la décision semble déraisonnable, le tribunal peut l'annuler faute d'explication suffisante³⁷. 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 cas³⁸. 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^e 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 observations³⁹. Il va de même lorsque la décision porte atteinte à la valeur de l'intérêt en cause⁴⁰.

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 cause⁴¹. 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'intéressé⁴².

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 »⁴³. 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 revoir⁴⁴.

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 investisseurs⁴⁵. 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^e 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 ⁴⁶. Mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Osman v UK* ⁴⁷, 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 ⁴⁸. 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 Rodríguez¹
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* ².

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 ³ 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 la 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 ; Garcia 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 ⁴. 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 ⁵. 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 ⁶, 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 ⁷ et de la *Comisión Nacional de Energía* (Commission nationale de l'Énergie) créée en 1998 ⁸. 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'administrations⁹.

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*)¹⁰. 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)¹¹. 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), sur la *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (www.cnmv.es), sur la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (www.cmt.es), et sur la *Comisión Nacional de Energía* (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 anglosaxonne 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)*¹². 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 privés¹³, 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 marché¹⁴. 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) et de la *Agencia de Protección de datos* (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 intérieur¹⁵. 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 faibles 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 annuel¹⁶. 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 ¹⁷. 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 ¹, 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 perspectives². 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^e 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.³

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 projet⁴.

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'Agence⁵. 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 ⁶.

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^{er} juillet 1998.

2 – La création de l'AFSSA par la loi du 1^{er} juillet 1998

Lorsque le législateur délibère sur ce qui deviendra la loi du 1^{er} 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 ⁷, 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 ⁸.

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 1996⁹ puis dans un rapport du Sénat, qui préconise la création d'une Agence alimentaire¹⁰. 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 publique¹¹ 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, Balland, 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.¹²

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 ¹³.

Le fonctionnement de l'Agence est régi par six principes fondamentaux pour assurer l'indépendance de l'expertise qu'elle fournit.

1^{er} 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^e 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^{er} 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 maintenus¹⁴. 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^e 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^e 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 ¹⁵.

5^e 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^e 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^{er} 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 indépendantes¹⁶. 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'Agence¹⁷.

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^e 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 concurrence¹. 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 Ibéria 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 DAFPE/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 »² 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 multilatéral³ 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'OMC⁴, 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.



Table des matières

Sommaire	5
Éditorial	
<i>Renaud Denoix de Saint Marc</i>	7
Index des principales abréviations	11
I. Rapport d'activité	15
■ Activité juridictionnelle	15
● Section du contentieux	17
Activité de la Section	17
Jurisprudence	20
Actes	20
Agriculture	21
Aide sociale	21
Audiovisuel	22
Capitaux, banque	23
Collectivités territoriales	24
Communautés européennes	25
Comptabilité publique	26
Contributions et taxes	27
Cultes	30
Domaine public	30
Droits civils et individuels	31
Droit constitutionnel	31
Droit économique	32
Droit international	34
Élections	36
Enseignement	37
Étrangers	38
Fonction publique	39
Marchés et contrats	40

Police	41
Procédure	43
Professions	47
Responsabilité	47
Santé publique	49
Sécurité sociale	50
Service public	51
Transport	52
Urbanisme	53
Statistiques	54
● Bureau d'aide juridictionnelle	59
● Commission spéciale de cassation des pensions	61
Activité consultative	63
● Assemblée générale	65
● Section de l'intérieur	67
Évolution statistique	67
Principaux projets examinés	67
Principes constitutionnels et libertés publiques	68
Dispositions constitutionnelles	68
Principe du droit pénal : nécessité des peines	70
Principes du droit civil	70
Droits des étrangers	70
Problèmes de compétence	71
Compétences respectives de l'État et des collectivités d'outre-mer ..	71
Compétences respectives de la Nouvelle-Calédonie et des provinces ..	73
Compétence du législateur organique	74
Compétence du législateur ordinaire	74
Compétence du pouvoir réglementaire	75
Compétence consultative	75
Droit des établissements d'utilité publique et des congrégations ..	76
Droit des fondations	76
Droit des congrégations	77
Opportunité administrative	77
Statistiques	78
● Section des finances	81
Dispositions d'ordre fiscal	81
Libre administration des collectivités territoriales	81
Égalité devant l'impôt	82
Procédures communautaires	82
Validations législatives	83



Dispositions d'ordre économique et financier	83
Projet de loi sur les nouvelles régulations économiques	83
Projet de décret relatif à la procédure de sanctions prononcées par la COB	84
Projet de loi sur l'épargne salariale	84
Projet d'ordonnance relative au Code monétaire et financier	84
Projets de décret relatif à la partie réglementaire du Code des juridictions financières	85
Marchés publics	85
Transposition des directives communautaires	86
Conventions internationales	86
L'article 53 de la Constitution	86
Déclarations et réserves	87
Conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale	88
Application des conventions à l'outre-mer	88
Rédaction des conventions internationales	89
Défense	89
Fonction publique	90
Résorption de l'emploi précaire	90
L'aménagement et la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État	90
Notion de règles statutaires	91
Pouvoir de nomination	91
Droits de certains fonctionnaires sur leurs inventions	92
Statistiques	94
● Section des travaux publics	97
Organisation administrative et fonctionnement des services publics	98
Hiérarchie des normes	98
Création d'organismes et services administratifs	99
Consultations préalables	100
Protection de l'environnement, forêt, aménagement du territoire ..	101
Protection de l'environnement et du cadre de vie	101
Aménagement du territoire	103
Forêt	103
Habitat et construction	103
Déclarations d'utilité publique	105
Énergie et mines	105
Codification	107
Statistiques	108
● Section sociale	111
I. Principaux textes examinés	112
Loi de financement de la sécurité sociale	112
Les codes	113



Travail, emploi, chômage	117
Projet de loi sur l'interruption volontaire de grossesse	119
Les questions de nationalité	120
II – Principaux problèmes juridiques communs	121
Problèmes de méthodologie du travail législatif	121
Les consultations obligatoires	121
Compétence juridictionnelle : fonds d'indemnisation des risques	123
Langue française	124
Statistiques	124
● Récapitulatif des statistiques pour 2000	127
● Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	129
■ Activité de la Section du rapport et des études	133
● Les études et leurs suites	135
Les études remises au Premier ministreet publiées en 2000	135
La norme internationale en droit français	136
Les associations reconnues d'utilité publique	137
Suites données aux études antérieures	137
Perspectives pour l'année 2001	140
Règles d'entrée en vigueur et modes de publicité des textes normatifs	140
Influence internationale du système juridique français	140
● Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2000	141
Évolution statistique	141
L'exécution des décisions de justice devant la Section du rapport et des études du Conseil d'État	142
Les saisines de la Section au titre de l'exécution	142
Les résultats obtenus	142
L'exercice des compétences d'exécution par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel	144
Les difficultés d'exécution constatées en 2000	145
Les causes de l'inexécution	145
Les principaux domaines de difficultés	147
Évictions illégales	147
Annulation de délibérations de jury de concours	148
Annulation de textes réglementaires	148
Statut des étrangers	148
Condamnation au versement d'une somme d'argent	149
Remembrement rural	149
Versement des frais irrépétibles	150
Tarification sanitaire et sociale	150



Conclusion	150
Statistiques	152
● L'action internationale du Conseil d'État	155
Europe	155
Amériques	156
Afrique	157
Proche-Orient	157
Asie et Pacifique	158
● Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	159
● Formations	161
Bilan des formations 2000	161
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif	161
Formation continue des magistrats des juridictions administratives ..	161
Formation des agents de greffe des juridictions administratives	162
Formation aux divers logiciels informatiques	162
Formation des membres des comités d'hygiène et de sécurité	162
Formations spécifiques des membres et agents du Conseil d'Etat ...	163
■ Activité de la mission d'inspection des juridictions administratives	165
■ Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	171
L'activité des tribunaux administratifs en 2000	173
L'activité des cours administratives d'appel en 2000	177
■ Activité des juridictions spécialisées	179
● Activité des juridictions administratives spécialisées ...	181
● La Commission des recours des réfugiés	183
Activité de la commission	183
Éléments de jurisprudence	184
Conditions d'éligibilité au statut de réfugié des personnes appartenant aux communautés nationales minoritaires du Kosovo	185
Principales questions soulevées par l'examen des demandes formées par les ressortissants de la République démocratique du Congo	186
Somalie : existence d'un pouvoir de fait à Mogadiscio	188
Principe de l'unité de famille et cessation de la qualité de réfugié ..	189



■ Avis du Conseil d'État en 2000	191
Communautés européennes	194
Culture – Communication	198
Élections	201
Enseignement	209
Finances publiques	210
Fonction publique territoriale	222
Justice	227
Marchés et contrats administratifs	230
Outre-mer	233

II. Réflexions sur les autorités administratives indépendantes

■ Considérations générales du Conseil d'État sur les autorités administratives indépendantes	253
● Introduction	257
● Première partie	
Genèse : hasard et nécessité	261
1.1. Les conditions historiques de création des autorités administratives indépendantes	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
1.2. Les besoins auxquels a cherché à répondre le concept d'autorité administrative indépendante	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
1.3. Le contexte doctrinal	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	
État des lieux	287
2.1. L'analyse du droit positif actuel	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
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	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
2.3. Les éléments d'appréciation	321
● Troisième partie	
Recommandations	327
3.1. Tirer les leçons des difficultés rencontrées, à l'expérience, par les autorités existantes	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	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
3.2. N'utiliser qu'à bon escient la formule des autorités administratives indépendantes	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
3.3. Renforcer parallèlement la crédibilité des structures classiques de l'État	381
● Conclusion	385



■ Contributions	387
Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative	389
<i>Jean-Louis Autin</i>	
L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes	401
<i>John Bell</i>	
L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes	411
<i>Andrés Betancor Rodriguez</i>	
L'expertise scientifique indépendante dans un établissement public : l'exemple de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments	427
<i>Martin Hirsch</i>	
L'environnement économique international et les autorités de concurrence	441
<i>Frédéric Jenny</i>	

