



HAL
open science

La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

Julien Mouchette

► **To cite this version:**

Julien Mouchette. La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes. Droit. Université de Strasbourg, 2016. Français. NNT : 2016STRAA017 . tel-04575758

HAL Id: tel-04575758

<https://theses.hal.science/tel-04575758>

Submitted on 15 May 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE 101

Institut de recherches Carré de Malberg

THÈSE Présentée par :

Julien MOUCHETTE

soutenue le : **8 décembre 2016**

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit public**

La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

THÈSE dirigée par :

M. WACHSMANN Patrick

Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Mme IDOT Laurence

Professeure, Université Panthéon - Assas

Mme LOMBARD Martine

Professeure, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. ECKERT Gabriel

Professeur, Université de Strasbourg

M. GUYOMAR Mattias

Conseiller d'État, professeur associé, Université Panthéon - Assas

L'université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À la mémoire de mon grand-père, Vincent

REMERCIEMENTS

Je voudrais tout d'abord adresser mes plus sincères remerciements au Professeur Patrick WACHSMANN pour la confiance qu'il m'a témoignée pendant ces années, pour sa disponibilité et ses conseils, ainsi que pour ses critiques toujours bienveillantes.

Mes remerciements s'adressent également aux Professeurs Aude BOUVERESSE, Robert HERTZOG, Jean-Philippe KOVAR, Francesco MARTUCCI et Étienne MULLER pour avoir accepté de relire certaines de ces pages. Leurs conseils m'ont permis de surmonter les doutes et obstacles inhérents à la phase d'achèvement de la thèse.

Bien qu'il soit commun de présenter la thèse comme un travail solitaire, j'ai pu, à l'université et ailleurs, tisser des liens d'amitié durables : Olivia, Antoine, Anne-Laure et Julien, Pierre, Yannick, Grégory, Louis, Sophie, Luc, Julie R. et Vincent ... j'en oublie sûrement, qu'ils me pardonnent. Que de temps gagné grâce à nos discussions et à la confrontation de nos idées. Une pensée fraternelle va également vers mon « vieil » ami Christophe.

J'aurais une pensée particulière pour ceux qui m'ont accompagné dans la dernière ligne droite : Émilien, Julie T., Léa, Mélanie, Valentin et Valentine. Cette thèse n'aurait pu voir le jour sans leur aide salutaire à la fin de la rédaction. Leur présence et leur soutien m'ont aidé au-delà de ce qu'ils peuvent imaginer.

Enfin, je ne saurais terminer ces remerciements sans exprimer à ma famille toute mon affection, et tout spécialement à mes parents qui m'ont toujours soutenu.

LISTE DES ABREVIATIONS

AAI	Autorité(s) administrative(s) indépendante(s)
ACNUSA	Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
ADLC	Autorité de la concurrence
APD	Archives de philosophie du droit
AEMF	Autorité européenne des marchés financiers
AERES	Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur
AFDI	Annuaire français de droit international
AFLD	Agence française de lutte contre le dopage
AFSSAPS	Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AMF	Autorité des marchés financiers
ANAES	Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé
ANDRH	Association nationale des directeurs de ressources humaines
ANSM	Agence nationale de sécurité du médicament
API	Autorité publique indépendante
ARAF	Autorité de régulation des activités ferroviaires
ARAFER	Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARJEL	Autorité de régulation des jeux en ligne
ART	Autorité de régulation des télécommunications
ASN	Autorité de sûreté nucléaire
BOCCRF	Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation, de la Répression des Fraudes
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CCA	Commission des clauses abusives
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CCSDN	Commission consultative du secret de la défense nationale
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGLPL	Contrôleur général des lieux de privation de liberté
CNCCFP	Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques
CNCIS	Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNCL	Commission nationale de la communication et des libertés
CNCTR	Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement
CNDP	Commission nationale du débat public
CNDS	Commission nationale de déontologie de la sécurité
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CNOM	Conseil national de l'ordre des médecins
COB	Commission des opérations de bourse
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CRE	Commission de régulation de l'énergie (anciennement commission de régulation de l'électricité)
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration

CSC	Commission de la sécurité des consommateurs
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
GIC	Groupement interministériel de contrôle
HAS	Haute autorité de santé
H3C	Haut Conseil du commissariat aux comptes
HACA	Haute autorité de la communication audiovisuelle
HADOPI	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
HALDE	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HATVP	Haute autorité pour la transparence de la vie publique
HCERES	Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur
J.C.P.	Jurisclasseur Périodique - La semaine juridique
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
LPA	Les Petites Affiches
MIVILUDES	Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires
PRADA	Personnes responsables de l'accès au sein des administrations
RBP	Recommandation de bonnes pratiques
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFFP	Revue française de finances publiques
RFSP	Revue française de science politique
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
TA	Tribunal administratif

AVERTISSEMENT

La thèse de doctorat soutenue devant l'Université de Strasbourg le 8 décembre 2016 a fait l'objet d'un remaniement en vue de sa publication.

Le 20 janvier 2017, soit environ un mois après la soutenance de cette thèse, le législateur a adopté un statut général des autorités administratives indépendantes (AAI) et des autorités publiques indépendantes (API), conférant ainsi un contenu juridique précis à ces deux expressions. En annexe de la loi, le législateur a énuméré limitativement les AAI et API concernées par l'application de ce « statut général ». Il a réservé le qualificatif d'AAI et d'API à 26 entités. Ce chiffre est inférieur à celui retenu dans cette thèse (42 entités).

La portée de cette évolution législative n'en demeure pas moins limitée. Si les entités non retenues échappent à l'application de ce « statut général », elles ne cessent pas pour autant d'exister ni même d'être « indépendantes ». Pour certaines, l'exclusion de la catégorie s'accompagne même d'un renforcement de leurs garanties d'indépendance (ex. : Médiateur du cinéma, CNCDH, etc.). Faut-il y voir l'émergence d'une catégorie nouvelle d'instances indépendantes à côté des AAI et API ?

Cette évolution législative ne remet en question ni l'objet ni le parti pris de cette thèse, à savoir analyser les conditions et la portée concrète de l'office d'influence des instances indépendantes dépourvues de caractère juridictionnel. À cet égard, nous assumons le choix de conserver la dénomination commune d' « autorité administrative indépendante » pour identifier l'ensemble des entités présentant des garanties d'indépendance importantes, quel que soit leur statut au regard de la loi du 20 janvier 2017.

Concernant les autorités mentionnées en annexe de ladite loi, il est apparu nécessaire de tenir compte des apports ponctuels de ce « statut général ». Le législateur ayant opté pour une démarche d'harmonisation autour du plus petit dénominateur commun, à savoir les garanties d'indépendance, d'impartialité et le contrôle parlementaire, les modifications n'ont porté que sur les développements relatifs à la catégorie des AAI dans l'introduction et sur le titre I de la première partie de la thèse relatif à leur indépendance.

SOMMAIRE

Introduction générale

PREMIERE PARTIE : LES CONDITIONS D'EXERCICE D'UNE MAGISTRATURE D'INFLUENCE PAR LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

Titre 1. L'indépendance, source incontournable de l'influence

Chapitre 1. L'indépendance d'esprit, condition d'un magistrère d'influence

Chapitre 2. L'indépendance d'action, condition d'une capacité d'influence

Titre 2. L'information, ressource privilégiée de l'influence

Chapitre 1. Les pouvoirs de recueillir l'information, condition d'une expertise influente

Chapitre 2. Le pouvoir de diffuser l'information, condition d'une action influente

DEUXIEME PARTIE : LES MANIFESTATIONS NORMATIVES DE LA MAGISTRATURE D'INFLUENCE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

Titre 1. Les instruments normatifs de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

Chapitre 1. Les instruments recommandationnels de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

Chapitre 2. Les instruments incitatifs de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

Titre 2. L'encadrement des manifestations normatives de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

Chapitre 1. La réglementation partielle des manifestations normatives de la magistrature d'influence

Chapitre 2. Les conditions du contrôle juridictionnel des actes de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

TROISIEME PARTIE : LES USAGES DE LA MAGISTRATURE D'INFLUENCE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

Titre 1 : La magistrature d'influence, une institution de promotion de l'effectivité des droits

Chapitre 1. Des institutions encourageant la concrétisation des droits

Chapitre 2. Des institutions participant à la conciliation des droits

Titre 2. La magistrature d'influence, un instrument précaire de la régulation souple

Chapitre 1. Les impasses fonctionnelles de la magistrature d'influence dans la réglementation administrative

Chapitre 2. L'impuissance de la magistrature d'influence dans le contrôle des comportements

INTRODUCTION GENERALE

« *Quand l'homme croit avoir perfectionné, il n'a fait que déplacer les choses* »¹.

Honoré de BALZAC

1. « Le pouvoir contemporain gère, avec une subtilité extrême, le désordre qu'il prend en charge. Tout pouvoir, nous le savons, gère le désordre. Or, cette gestion actuelle du désordre s'opère pas des systèmes de communication, par des normes, par des stratégies ouvertes, par des dominations masquées et déguisées. Les sociétés « post-modernes » transforment le désordre en ordre, au moyen de mécanismes dynamiques. Elles désamorcent adroitement le désordre ; elles gouvernent ainsi à moindre coût, en s'efforçant de convertir en souplesse le désordre »². Cette souplesse trouve sous certains aspects une incarnation institutionnelle dans le phénomène des autorités administratives indépendantes (AAI). Soustraites à tout rapport hiérarchique tout en étant administratives, elles peuvent concentrer en leur sein de nombreux pouvoirs, traditionnellement séparés. Depuis maintenant plusieurs décennies que les autorités se développent dans le paysage institutionnel français, elles demeurent, à bien des égards encore, pour l'observateur aguerri une « curiosité juridique »³. Ainsi, détentrices d'importants pouvoirs d'investigation, elles sont souvent dotées d'un pouvoir de sanction, auxquels s'ajoutent parfois des compétences réglementaires. Mais de façon générale, et plus particulièrement lorsqu'elles ne disposent d'aucune compétence décisionnelle, elles exercent une influence propre à leur conférer une fonction juridique et sociale importante⁴. Celle-ci est généralement décrite comme le résultat de diverses attributions de conseil, d'avis, de proposition ou de recommandation. Si cet office d'influence est mentionné, sous diverses expressions (pouvoir d'influence, magistère ou magistrature d'influence, etc.), dans plusieurs ouvrages ou articles, c'est moins pour dresser une typologie définitive des pouvoirs et des instruments communs à tous ces organismes que pour désigner, sans entrer plus avant dans les détails, la portée effective d'une action fondée sur la persuasion. L'apparition des AAI dans le paysage institutionnel au début des années quatre-vingt correspond à une période où se renouvellent les pratiques de pouvoir. C'est à cette période que l'on redécouvre l'utilité de

¹ H. de BALZAC, *La Peau de chagrin* (1831), Paris, Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, 1979, vol. X, p. 101.

² J. RUSS, *Les théories du pouvoir*, Paris, éd. Librairie Générale Française, coll. « livres de poche », 1994, p. 318.

³ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », *JC Administratif*, Fasc. 75, 20 juillet 2010, paragr. 1.

⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, p. 411.

notions telle que la magistrature d'influence pour saisir d'un mot l'ensemble des procédés normatifs qui ne ressortent pas de l'impératif ni du contrat et qui font néanmoins agir les individus. À ce jour, si la réalité de l'influence exercée par les autorités est peu contestable, la magistrature d'influence dans ses divers aspects juridiques demeure encore peu étudiée. Ainsi, si le phénomène des AAI « n'est plus cet inédit à la découverte duquel partaient les travaux doctrinaux des années 1980 »⁵, les nombreux travaux universitaires et autres productions doctrinales qui leurs sont consacrés n'ont manifestement pas épuisé, sur ce sujet, le champ d'étude.

2. Avant d'aller plus avant, l'étendue du sujet appelle quelques précisions liminaires nécessaires à la compréhension de l'objet de recherche (Section 1). Une fois celui-ci délimité, il conviendra d'exposer les enjeux juridiques et le potentiel scientifique qui justifient l'intérêt actuel du sujet (Section 2). Enfin, préalablement à l'énoncé de la problématique et du plan, nous présenterons les choix méthodologiques nous ayant permis de saisir cet objet dans sa singularité (Section 3).

Section 1. L'objet de l'étude

3. La première difficulté de cette étude vient du caractère éminemment pluridisciplinaire de son objet et de l'imprécision de son champ. Outre la définition de la catégorie juridique d'autorité administrative indépendante dont la délimitation demeure encore sujette à discussion malgré une certaine normalisation (§1), vouloir étudier la magistrature d'influence de ces autorités suppose de justifier la pertinence de la locution « magistrature d'influence » en la distinguant d'autres notions proches telles que le pouvoir d'influence ou le magistère d'influence (§2).

⁵ P. IDOUX, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », *Droit et société*, 25 juillet 2016, n° 93, p. 276.

§1 La catégorie des autorités administratives indépendantes

4. Depuis la première occurrence dans la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978⁶ de la formule « autorité administrative indépendante », celle-ci a connu un succès étonnant auprès du législateur et de la doctrine administrative. Le législateur, par son action, les érige ainsi en solution à la nécessaire adaptation des modes d'intervention de l'État. Pour autant, en saisir d'un trait le contenu et les contours demeure délicat, car « pas un élément du régime juridique des AAI qui échappe au constat de l'hétérogénéité »⁷. On parle d'ailleurs plus d'un « label »⁸ que d'une véritable qualification juridique comme l'est celle des établissements publics⁹ ou des groupements d'intérêt public¹⁰. La dénomination « AAI » s'apparente à un « pavillon recouvrant des réalités extrêmement variées, voire divergentes »¹¹. Néanmoins, malgré des « qualifications disparates », la catégorie s'avère désormais relativement bien ancrée dans les esprits¹². Le fait que chaque loi invente un modèle spécifique¹³ n'empêche pas leur identification sous les traits d'une dénomination commune¹⁴. L'absence d'une définition légale définitive contrarie l'application d'un régime juridique commun et explique que la liste varie d'une étude à l'autre.

5. Les nombreux éléments d'incertitude autour des AAI font osciller la catégorie entre éclatement et rationalisation. La multiplication des « labels » qui fait coexister les « autorités administratives indépendantes » avec les « autorités publiques indépendantes » (API) et les

⁶ Qualifiée par la loi d'« autorité administrative indépendante », cette commission est soustraite à tout pouvoir hiérarchique ou de tutelle (art. 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF*, 7 janvier 1978, p. 227 ; article 11, version consolidée au 29 septembre 2016).

⁷ J.-L. AUTIN, « La rationalisation du système des AAI », *Regards sur l'actualité*, avril 2007, n° 330, p. 31.

⁸ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », *art. cit.*, p. 4 et 5 ; J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA*, octobre 2010, n° 5, p. 896.

⁹ L'article 34 de la Constitution réserve au Parlement le soin de fixer « les règles concernant [...] la création de catégories d'établissements publics ». Autrement dit, s'il revient au législateur de créer les catégories, c'est au pouvoir réglementaire qu'il appartient de créer les établissements, et ce conformément aux catégories établies par le législateur.

¹⁰ Articles 98 et suivants de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF*, n° 0115, 18 mai 2011, p.8537, texte n° 1.

¹¹ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes », *art. cit.*, p. 896.

¹² Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, sur les autorités administratives indépendantes, 15 juin 2006, Sénat, p. 36.

¹³ J.-L. AUTIN, « La rationalisation du système des AAI », *art. cit.*, p. 31.

¹⁴ Tenant compte des nombreuses études et rapports publics publiés sur ce sujet ainsi que des non moins nombreux travaux universitaires, Pascale IDOUX observe que « la catégorie institutionnelle est désormais parfaitement identifiée et le phénomène [...] presque normalisé » (P. IDOUX, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », *art. cit.*, p. 277).

simples « autorités indépendantes » en constitue le principal facteur. Ensuite, la question d'une définition arrêtée du phénomène se pose avec une acuité nouvelle en raison du développement de règles transversales¹⁵. Plusieurs textes de loi récents renvoient désormais à la notion générique d'AAI. Il en va ainsi de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique¹⁶ ou encore, du décret, moins connu, du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif¹⁷.

6. Au regard de l'objet de notre étude, l'affirmation d'une catégorie spécifique représente le point d'entrée nécessaire. Il s'agit de montrer d'abord que la catégorie juridique des AAI s'apparente avant tout à une catégorie distinctive permettant de saisir l'ensemble des entités indépendantes de l'État qui ne sont pas des juridictions (A), pour ensuite saisir le processus d'institutionnalisation d'instances indépendantes, caractérisées par leur souplesse institutionnelle, qui constitue une réponse à un besoin de légitimation de l'action du pouvoir politique¹⁸ (B).

¹⁵ Il est d'ailleurs révélateur qu'aucune définition précise et définitive ne soit donnée des organismes susceptibles d'appartenir aux catégories visées dans la loi organique et la loi ordinaire sur le statut général des AAI et des API (loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 1 ; loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2). En effet, même si, lors des discussions, des définitions ont été proposées en référence aux rapports et études du Conseil d'État et des travaux universitaires, le texte ne détaille aucunement les caractéristiques précises permettant de désigner un organisme d'AAI ou d'API. Le législateur, maître désormais de la qualification, se contente d'établir une liste exhaustive des AAI et des API en annexes. Celle-ci sera sans doute amendée au fil des créations, suppressions ou fusions. Notons qu'une définition précise aurait permis aux juges de qualifier la nature d'un organisme indépendant, et ainsi déterminer le régime applicable, lorsque le texte constitutif de l'organisme reste muet. Pour résumer, une AAI est un organisme doté d'un statut particulier d'indépendance et surtout qualifié comme tel par le législateur. Voir sur ce point : Rapport n° 332 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et sur la proposition de loi organique relative aux autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, 27 janvier 2016, Sénat, p. 63 ; Rapport nos 3689 et 3693 (2015-2016) de J.-L. WARSMANN, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi organique, adoptée par le sénat, relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes (n° 3477), et la proposition de loi, adoptée par le Sénat, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (n° 3476), 26 avril 2016, Assemblée nationale, p. 140.

¹⁶ Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, version consolidée au 9 août 2016. Sur la question de l'identification des instances entrant dans la catégorie des AAI, voir le rapport d'activité de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique pour l'année 2015 (*Rapport d'activité 2015*, Paris, Haute autorité pour la transparence de la vie publique, 2016, p.44).

¹⁷ Les dispositions de ce décret ont été codifiées depuis dans le Code des relations entre le public et l'administration à l'article R. 133-1 et suivant. Ainsi peut-on lire que « les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux commissions administratives à caractère consultatif, quelle que soit leur dénomination, placées auprès des autorités de l'État et des établissements publics administratifs de l'État, à l'exception des autorités administratives indépendantes » (anciennement l'article 1^{er} du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, *JORF* n° 132 du 9 juin 2006, p.8706, texte n° 11).

¹⁸ Voir notamment sur ce point : Conseil d'État, *L'intérêt général*, EDCE, n° 50, Paris, La Documentation française, 1999, p. 332.

A. Une catégorie distinctive

7. La disparité des statuts, des fonctions et des pouvoirs des autorités administratives indépendantes a rendu difficile la détermination d'un dénominateur commun propre à justifier le maintien de 42 instances au sein d'une même catégorie. Dans les premiers temps, plusieurs critères étaient mis en avant afin d'opérer une délimitation rigoureuse de la catégorie autour d'un régime juridique commun et cohérent. Or ces critères n'ont pas résisté à la diversification croissante de la catégorie. Par exemple, l'absence de personnalité juridique comme caractéristique commune à l'ensemble des AAI¹⁹ a perdu toute portée avec la création en 2003 de l'Autorité des marchés financiers à laquelle le législateur a attribué la personnalité morale²⁰. À côté des autorités administratives indépendantes agissant au nom de l'État, sans être placées sous l'autorité du gouvernement, sont apparues les autorités publiques indépendantes (API), au nombre de sept²¹, pourvues de la personnalité morale. Les API se distinguent parmi les AAI en ce qu'elles peuvent se voir affecter des ressources propres et engager leur responsabilité dans l'hypothèse d'une faute dans leur fonctionnement, du moins en principe²². En pratique, la personnalité morale n'apporte ni n'enlève rien à la catégorie, mais illustre plutôt, sur le fond, le renforcement de la « méfiance à l'égard de l'État »²³. Par ailleurs, sur le plan institutionnel, les prérogatives réservées *a priori* aux API ont été conférées par le législateur à des autorités indépendantes dépourvues de la personnalité morale²⁴. Sur le plan jurisprudentiel, le juge ne

¹⁹ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution » dans G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 24 ; M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, France, L.G.D.J., 2003, pp. 15-16.

²⁰ Article 2 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, *JORF*, n° 177, 2 août 2003, p. 13220, texte n° 3.

²¹ En plus de l'Autorité des marchés financiers, on trouve l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), la Haute autorité de santé (HAS), le Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) et la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI).

²² L'attribution de la personnalité juridique ne garantit pas l'État contre une éventuelle mise en cause, à titre subsidiaire, dès lors que l'Autorité poursuivie serait reconnue insolvable. En effet, dans un avis du 8 décembre 2005, le Conseil d'État a précisé que si la responsabilité de l'Autorité était entière, l'État contribuerait néanmoins à l'indemnisation en cas de défaillance de l'Autorité poursuivie. Toutefois, celle-ci devra avoir souci de s'assurer, si elle le peut (CE, Avis n° 371558, 8 septembre 2005, CCAMIP ; *GACE*, 3 e éd., 2008, n° 47, pp. 569-578).

²³ M. DEGOFFE, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 31 mars 2008, n° 12, p.623.

²⁴ Comme le rappelle très justement M.-A. FRISON-ROCHE, le « législateur n'est pas nécessairement le professeur et son pouvoir normatif lui permet, s'il l'estime nécessaire, de s'échapper du schéma dogmatique précité de l'attribution d'une qualification catégorielle comme préalable au déclenchement d'un régime juridique. En effet, la souveraineté du législateur lui permet de donner à des Autorités administratives indépendantes des prérogatives juridiques « comme si » elles étaient des personnes juridiques (c'est-à-dire des sujets de droit dotés de droits et d'obligations), sans pour autant leur conférer cette personnalité » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes » dans Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, 15 juin 2006, Sénat, vol. II, annexes, paragr. 4.1.3). Par exemple, conformément à l'article L.464-8 du Code de

tire pas les conséquences de cette distinction, assimilant communément les API aux AAI²⁵. Cette diversification a donc peu d'impact sur la catégorie. D'ailleurs, la réforme constitutionnelle de 2008 regroupant quatre AAI²⁶ sous une seule autorité constitutionnelle indépendante – le Défenseur des droits – n'a pas non plus remis en question l'intérêt de la catégorie, puisque le Conseil constitutionnel a réaffirmé la pertinence de la qualification d'AAI pour la nouvelle entité²⁷.

8. Le critère des compétences et pouvoirs des AAI a régulièrement été discuté et mis en avant pour proposer de circonscrire la catégorie aux seules instances détentrices d'un pouvoir de décision. Si le Conseil constitutionnel « a balisé le travail législatif »²⁸ en énonçant les conditions de compatibilité avec la Constitution tant du phénomène du cumul des pouvoirs au sein d'une institution que de celui de la dévolution de compétences réglementaires et répressives avec les règles constitutionnelles²⁹, c'est à propos de la présence au sein de la catégorie d'instances sans aucune compétence de décision que les discussions doctrinales ont achoppé. Sur ce point, deux conceptions s'opposent : ceux qui considèrent que la qualification d'AAI doit être réservée à des organismes indépendants disposant d'un pouvoir de décision et ceux, au contraire, qui considèrent que les organismes purement consultatifs doivent être assimilés à la catégorie des AAI dès lors qu'ils disposent d'un statut d'indépendance qui les met à distance des autorités politiques³⁰. Nombreux sont les auteurs qui critiquent le fait de classer parmi les AAI des organes considérés comme purement consultatifs³¹, et ce malgré la

commerce, l'Autorité de la concurrence dispose de la capacité de former un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris réformant l'une de ses décisions alors même qu'elle est dépourvue de la personnalité juridique.

²⁵ Dans sa décision du 30 novembre 2007, le Conseil d'État assimile sans difficulté l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) qui est aux termes de l'article L. 310-12 du Code des assurances une API à une AAI (CE, Sect., 30 novembre 2007, n° 293952, *Tinez et a.*, Rec. Lebon p. 459 ; *RFDA*, 2008, p.521, concl. L. OLLÉON ; *RJEP*, mars 2008, p.11, note M. COLLET ; *RDP*, 2008, p.651, obs. C. GUETTIER).

²⁶ Le Médiateur de la République ; le Défenseur des enfants ; la commission nationale de déontologie et de sécurité (CNDS) ; et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (la HALDE)

²⁷ Le Conseil constitutionnel estime que le Défenseur des droits « constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ». Il neutralise ainsi la portée de l'article 2 de la loi organique relative au Défenseur qui l'élève au statut nouveau d'« autorité constitutionnelle indépendante » (Cons. const., décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits, considérant 5 ; *AJDA*, 2011, p. 817, B. DELAUNAY ; *JCP G*, 2011, n° 17, p. 823, M. VERPEAUX ; *RFDA*, 2011, p. 611, A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU).

²⁸ P. IDOUX, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », art. cit., p. 277.

²⁹ Une grande partie des AAI cumulent des compétences juridiques habituellement dissociées telle que celle d'édicter des normes de portée générale ou de contribuer à leur élaboration, celle de prendre des décisions individuelles, ou encore de supervision et de contrôle.

³⁰ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », art. cit., paragraph. 4.

³¹ Des résistances s'expriment au sein de nombreux manuels, traités de droit ou articles. Par exemple, Didier TRUCHET, indifférent à la notion élargie d'autorité, estime « que cette qualification doit être réservée à celles qui sont investies du pouvoir de prendre des actes administratifs unilatéraux opposables aux administrés » (Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 4^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 109). Sans nier l'existence d'un pouvoir d'influence

reconnaissance d'une magistrature d'influence qui résulterait tant du prestige des membres, de la composition de l'organe, des garanties d'indépendance que des pouvoirs d'information. Pour ces auteurs, l'emploi du terme « autorité » implique que les organismes qualifiés d'AAI ne cantonnent pas leur action à un rôle purement consultatif³². À défaut de quoi, leur inclusion dans la catégorie conduirait à rendre celle-ci moins lisible. En tant qu'autorité administrative, ils doivent être investis, au minimum, de la compétence d'adopter des actes administratifs exécutoires. Les tenants de la position opposée fondent quant à eux leur approche sur une conception extra-juridique de l'autorité. L'unité de la catégorie repose dans ce cas sur le « diptyque autorité/indépendance »³³. Dans son étude de 2001 sur les autorités administratives indépendantes (AAI), le Conseil d'État a indiqué que le fait de disposer d'une compétence décisionnelle n'était pas une condition nécessaire pour décider de l'appartenance d'une institution à cette catégorie. En effet, « dans le cas où le pouvoir d'influence est patent »³⁴, c'est-à-dire lorsque les avis ou recommandations des AAI font l'objet d'un respect quasi-systématique, le Conseil admettait la pertinence du classement de ces organismes consultatifs dans la catégorie des AAI³⁵. Néanmoins, on peut douter de la pertinence de ce critère dès lors qu'il revient à évaluer le degré d'influence d'une institution et confronte l'analyste à des

– lui reconnaissant même une portée indiscutable dans l'intervention des AAI –, René CHAPUS considérait que « 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 » (René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, vol. II/I, p. 296).

³² L'emploi de la notion d'« autorité administrative » aurait dû conduire, selon eux, à l'exclusion de principe des organismes purement consultatifs, même dans l'hypothèse où ces derniers seraient dotés d'un statut particulier d'indépendance. Il s'agit d'une approche matérielle, plutôt qu'organique, de la notion d'autorité administrative. Or, si la loi ou les textes de loi font référence à de multiples reprises à cette notion, il n'est pourtant jamais proposé de définition de cette dernière. Le plus souvent, il s'agit d'énumérer une série d'institutions administratives que le législateur considère être des autorités administratives afin de délimiter le champ d'application d'une loi ou bien de circonscrire la compétence du juge administratif. Il en allait ainsi de l'ordonnance de 1945 relative au Conseil d'État, depuis abrogé, qui disposait à l'article 32 que le Conseil « statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives » (Ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'État, *JORF*, n° 0179, 1 août 1945, p. 4770).

³³ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991, p. 51. Les tenants de la seconde conception considèrent que le maintien d'organisme sans pouvoir de décision dans la catégorie des AAI se justifie par l'adoption d'« une conception élargie de la notion d'autorité administrative, non conforme à sa définition originelle » (M. SOUSSE, « Le rôle des organes administratifs dans la protection des libertés fondamentales », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, vol. I, n° 2001-2, p. 803).

³⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 290. Le débat sur ce point a évolué depuis l'établissement des premières AAI. En effet, le premier rapport du Conseil d'État sur les AAI, établi par Y. CANNAC et F. GAZIER en 1984, traite d'organismes dont la majorité, à l'époque de sa rédaction, ne disposent pas ou peu de prérogatives décisionnelles.

³⁵ Dans cette hypothèse, « la régulation, par l'autorité et la légitimité de ses auteurs, s'impose donc naturellement aux auditeurs, sans besoin d'impératif ou de sanction » (J.-C. JOBART, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 2004, p. 70).

questions incertaines du type : « la [Commission d'accès aux documents administratifs] si utile, est-elle une autorité ? – ou bien ne faut-il pas y voir qu'une importante commission purement consultative ? »³⁶. De plus, la référence à l'autorité pour qualifier formellement un organisme consultatif impose de dissiper la confusion qui peut exister entre la notion d'autorité telle qu'étudiée en philosophie ou en sociologie et celle d'autorité administrative qui a cours en droit³⁷. Il en ressort que faire l'unité de la catégorie autour de l'autorité morale reconnue ou non aux organismes en question ne peut que difficilement convaincre s'il n'est accompagné d'un trait distinctif objectif tel que l'indépendance statutaire et fonctionnelle, ainsi que nous le verrons plus loin.

9. Ensuite, pour certains auteurs, le désordre statutaire devait trouver une solution dans l'identification d'une fonction singulière propre à fonder l'unité de la catégorie, à permettre de faire le départ entre le commun et le singulier. Selon Jacques CHEVALLIER, la fonction des AAI « n'est pas de gestion, de contrôle ou d'expertise, mais de régulation : elle consiste à encadrer le développement d'un secteur de vie sociale, en s'efforçant d'assurer le respect de certains équilibres »³⁸. Pour autant, le critère constitué par cette « fonction originale »³⁹, à supposer que l'on soit convaincu par cette définition⁴⁰, n'apparaît pas réductible à la seule catégorie des

³⁶ G. DUPUIS, « Introduction » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 15 ; Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 304-305.

³⁷ Les discussions parlementaires à propos de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) illustre parfaitement les conséquences attachées à la polysémie du mot « autorité » dans les débats relatifs aux AAI. Ainsi, le rapporteur pour la Commission des lois souhaitait que la CCSDN ne soit pas expressément qualifiée d'« autorité administrative indépendante » car il estimait que la qualification d'autorité impliquait l'attribution d'une compétence juridique de se faire obéir. Par conséquent, ce terme est en principe inadéquat pour qualifier un organe purement consultatif. Il proposa ainsi de voter un amendement qualifiant la CCSDN de « commission administrative indépendante ». La Commission des lois se montra favorable à cet amendement, même si elle estimait, non sans contradiction, que la notion d'autorité en l'espèce devait se concevoir au sens d'autorité morale. Le Gouvernement, non favorable à l'amendement, signala que l'enjeu n'était pas politique mais strictement juridique. Selon son représentant, la notion d'autorité administrative indépendante s'est banalisée. Cette expression est employée dans un grand nombre de textes juridiques. Or, selon lui, « si la commission des lois souhaitait revenir sur cette expression, c'est-à-dire changer la catégorie juridique, elle devrait alors demander la modification de toute une série de textes, dont certains sont récents, dans lesquels figure cette expression ». Il ajoute enfin que « le Gouvernement ne pense pas que cette expression ait été employée à tort et que cette catégorie juridique soit trompeuse, parce qu'elle forme bien un ensemble. L'observation de la vie de notre pays montre d'ailleurs que ces autorités ont tendance à se soutenir et à s'entraider mutuellement. Cela fait partie aujourd'hui de l'équilibre de nos institutions. L'emploi des termes « autorité administrative indépendante », dans la mesure où les trois mots sont maintenus ensemble, n'est pas [...] générateur de confusion. [Comment pourrait-on dire] qu'il ne s'agit pas d'une autorité administrative indépendante alors que plusieurs autres organismes, qui ont des fonctions comparables et qui se limitent à une activité consultative, ont été qualifiés de cette façon par des lois antérieures » (Compte-rendu des débats, séance du 24 mars 1998, Sénat, Journal officiel des débats, p.8).

³⁸ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, Août 1986, n° 30, I 3254.

³⁹ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ Voir : A. SÉE, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2010, pp. 129 et s.

autorités administratives indépendantes⁴¹. La référence aux « autorités de régulation » sert, le plus souvent, à désigner toute institution publique – dotée ou non de la personnalité juridique – chargée d'établir et de préserver, dans un secteur d'activité donné (le plus souvent économique et financier), un certain équilibre entre les droits et libertés protégées gouvernant un secteur et d'autres objectifs d'intérêt général déterminés par le législateur⁴². Partant, toute autorité publique considérée comme associée à une telle mission dite de « régulation » peut se voir désignée par la locution « autorité de régulation ». Cela comprend aussi bien des autorités ministérielles que des autorités indépendantes chargées d'une mission de régulation sectorielle ou spécialisée⁴³. Dès lors, l'indépendance n'est pas une condition de la régulation⁴⁴. Contrairement à l'idée soutenue par Jacques CHEVALLIER⁴⁵, la fonction de régulation ne peut faire l'unité de la catégorie⁴⁶. Le critère fonctionnel n'apparaît pas plus adapté pour saisir une catégorie dont les éléments sont hétérogènes et les fonctions variées. Seul le critère institutionnel permet de faire l'unité.

10. *In fine*, la variété des formes et des statuts à laquelle répond celle des dénominations trouve un dénominateur commun dans une « irréductible singularité résidant dans l'indépendance dont elles sont réputées jouir »⁴⁷. Il convient donc de s'en tenir au critère le plus évident – le « premier socle de leur crédibilité »⁴⁸ – qui les distingue de façon univoque des administrations de l'État : l'indépendance statutaire et fonctionnelle. Le lien entre toutes ces entités se manifeste dans leur statut et leur organisation qui les soustraient à la hiérarchie administrative proprement dite, c'est-à-dire à la tutelle du Gouvernement « auquel il convient

⁴¹ Dans son étude sur les agences, le Conseil d'État rejette l'argument selon lequel la distinction entre les agences publiques et les AAI reposerait sur les fonctions remplies par celles-ci. Pourtant, selon Jacques CHEVALLIER, les agences auraient pour principale caractéristique de cumuler une fonction de gestion et une fonction de régulation, là où les AAI ne rempliraient qu'une fonction de régulation. À cet argument, le Conseil d'État oppose l'extrême diversité des agences ; et partant l'impossibilité qui en résulte de fonder le critère de distinction entre ces organismes sur les fonctions effectivement remplies. Plus vraisemblablement, la distinction, jugée « d'une plus grande simplicité », entre agences et AAI réside dans le fait que les unes sont indépendantes et les autres ne le sont pas. Le statut d'indépendance constitue l'unique critère qui permet de distinguer les AAI d'organismes remplissant une fonction à peu près équivalente (Conseil d'État, *Les agences publiques : nouvelle gestion ?*, Paris, La Documentation française, 2012, p. 48).

⁴² Cette définition est inspirée de celle proposée par Gabriel ECKERT dans G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », art. cit., p. 630.

⁴³ Pascale IDOUX, « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », *RDP*, 2014, n° 2, p. 290.

⁴⁴ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 530.

⁴⁵ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 900 ; J. CHEVALLIER, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? » dans *Études en l'honneur de Georges Dupuis : droit public*, Paris, LGDJ, 1997, p. 47-61.

⁴⁶ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 896 et 899.

⁴⁷ A. ROUYÈRE, « La constitutionnalisation des AAI : Quelle signification ? », *RFDA*, octobre 2010, p. 886.

⁴⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant le bilan des AAI », *op. cit.*, p. 10.

d'assimiler le Président de la République qui en assure la véritable direction, nonobstant les termes de l'article 20 de la Constitution »⁴⁹. C'est à partir de ce critère que la catégorie peut être construite, notamment en raisonnant par analogie. Toute institution dont le texte constitutif prévoit explicitement de telles garanties d'indépendance à l'égard du pouvoir politique, tant sur le plan de la structure que sur le plan du droit qui lui est applicable, suffit à justifier l'emploi du qualificatif d'autorité administrative indépendante. Les dispositions relatives à l'organisation ou la structure varient nécessairement d'une autorité à l'autre en ce qu'elles dépendent essentiellement des secteurs concernés par leur intervention. Les gages de cette indépendance ou les éléments de ce statut constituent donc les uniques éléments « unifiables »⁵⁰ du régime juridique des AAI. C'est d'ailleurs le sens des lois portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes⁵¹.

11. Derrière le sigle « AAI » s'est construit un régime commun, certes partiel, qui concerne des éléments relatifs aux garanties d'indépendance, qu'il s'agisse d'un organe consultatif ou d'une instance disposant de prérogatives décisionnelles. Par conséquent, dans cette étude, la notion d'« autorité administrative indépendante » retenue s'entend largement : elle inclut non seulement les autorités ainsi dénommées par le texte qui les institue ou qualifiée ainsi par le juge, mais également celles dénommées « autorité indépendante » ou « autorité publique indépendante » dans leurs textes institutifs. À ces qualifications formelles, il convient d'ajouter

⁴⁹ P. WACHSMANN, « Sur l'« indépendance » des autorités administratives d'État » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, vol. 1/2, p. 481.

⁵⁰ J.-L. AUTIN, « La rationalisation du système des AAI », art. cit., p. 31.

⁵¹ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2. La Commission d'enquête (2015-2016) sur les AAI avait fait sienne l'idée développée lors de son audition par le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc SAUVÉ, selon qui la « nécessaire variété n'exclut toutefois pas de reconnaître un socle de règles transversales, garantissant leur indépendance et leur impartialité » (Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la Commission d'enquête sur les autorités administratives indépendantes, 28 octobre 2015, Tome I, Sénat, p. 73). Loin d'uniformiser la catégorie, les dispositions de la loi renforcent les conditions de l'indépendance, notamment par la mise en place d'un contrôle adapté en conséquence, et à augmenter les exigences relatives à l'impartialité des membres. Cela va de la soumission systématique de la nomination des présidents d'AAI à la procédure d'audition et de vote préalable des commissions permanentes du Parlement prévue au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, ainsi qu'à l'établissement de règles communes de déontologie pour les membres et les agents en passant par le fait de réserver la compétence de création des instances au législateur. Sur ce dernier point, si l'on accorde un minimum de sens à la notion d'indépendance, il est évident qu'un organe créé par le pouvoir réglementaire ne peut être considéré appartenir à la catégorie des AAI, sans qu'il soit besoin de l'inscrire dans la Constitution ou dans une loi organique (Article 1^{er} de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, *JORF* n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 1). Par exemple, aux termes de l'article 1^{er} du décret 13 décembre 2012, le Conseil national du numérique (CCNum) « a pour mission de formuler de manière indépendante et de rendre publics des avis et des recommandations sur toute question relative à l'impact du numérique sur la société et sur l'économie » (Décret n° 2012-1400 du 13 décembre 2012 relatif au Conseil national du numérique, *JORF*, n° 0291, 14 décembre 2012, p. 19550, texte n° 38). En l'occurrence, au regard de la valeur de l'acte de création, cette référence à l'indépendance du Conseil ne peut valoir qu'à l'égard du secteur de l'Internet, non à l'égard du gouvernement. Le CCNum n'est donc pas un organisme consultatif indépendant comme l'est une AAI et ne peut donc être classé parmi celles-ci.

les autorités qui, eu égard à leur statut d'indépendance particulier, et de leurs attributions, relèvent de cette catégorie. Ce qui rejoint en partie les qualifications retenues par la doctrine administrative et certains rapports parlementaires⁵².

B. Une catégorie souple⁵³

12. La diversification des compositions – autorité collégiale ou institution unipersonnelle – et des pouvoirs – d'influence ou d'injonction – s'interprète sans difficulté comme la conséquence de la variété de leurs activités et des intérêts que les autorités ont pour mission de promouvoir ou de défendre. Loin d'être réductibles à un domaine d'intervention, les autorités administratives indépendantes apparaissent dans tous les champs de l'action publique sans aucune considération pour la distinction traditionnelle entre libertés publiques et régulation économique, dont la vocation est purement descriptive⁵⁴. Caractérisées par la souplesse de leur

⁵² Les AAI qui entrent dans le champ de notre étude au 1^{er} septembre 2016 sont : l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) ; l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA) ; l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ; l'Autorité de la concurrence ; l'Autorité de régulation de la distribution de la presse (ARDP) ; l'Autorité des marchés financiers (AMF) ; l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) ; Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ; l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) ; l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) ; le Bureau central de tarification (BCT) ; le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) ; le Comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN) ; la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ; la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) ; la Commission des infractions fiscales (CIF) ; la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CCFP) ; la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) ; la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ; la Commission nationale du débat public (CNDP) ; la Commission nationale d'aménagement commercial (CNA Commercial) ; la Commission nationale d'aménagement cinématographique (CNA cinématographique) ; la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ; Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) ; la Commission paritaire des publications et agences de presse (CPPAP) ; la Commission des participations et des transferts ; la Commission de régulation de l'énergie (CRE) ; la Commission des sondages ; le Conseil supérieur de l'agence France-Presse ; le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ; le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) ; la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC) ; le Défenseur des droits (DDD) ; la Haute autorité de santé (HAS) ; le Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES) ; le Haut Conseil des finances publiques (HCFP) ; le Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) ; la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) ; la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) ; le Médiateur du cinéma ; le Médiateur de l'énergie ; le Médiateur du livre. Dans le rapport de 2014, Patrice GÉLARD en dénombre 42. Il convient de ne pas tenir compte d'autorités dont le statut d'indépendance n'est que réglementaire ou dont les garanties d'indépendance ne sont pas clairement énoncées : il en va ainsi de la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du Président de la République considérée comme une autorité administrative indépendante par l'étude du Conseil d'État de 2001 et créée par l'article 13 du décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

⁵³ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 899.

⁵⁴ L'observation du développement des AAI dans des secteurs divers conduit à écarter les thèses qui tendent à diviser les AAI en deux grandes familles selon qu'elles participent au renforcement de la protection des libertés publiques ou qu'elles ont en charge de favoriser l'économie d'un secteur. Voir : S. DUBITON, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, Paris, LGDJ, 2016, vol.293, p. 12.

structure⁵⁵, les autorités représentent « une réponse ponctuelle à une difficulté se présentant à un moment donné »⁵⁶, et leur création relève donc le plus souvent des hasards de l'actualité. L'indétermination de la catégorie, en dehors de leur statut d'indépendance, semble être la principale raison du succès du modèle auprès du législateur. En effet, malgré une défiance ou une inquiétude fréquemment exprimée face à leur prolifération, les parlementaires n'ont pas pour autant ralenti le mouvement de création de pareilles entités. La catégorie constitue « une voie commode pour traduire certaines exigences nouvelles »⁵⁷, qu'elles soient nationales, européennes ou internationales. En l'occurrence, l'enjeu ne se situe pas tant au niveau du qualificatif d'AAI que de l'attribution d'un statut d'indépendance à des institutions au regard de l'objet de leur mission. Contrairement à ce que l'on peut lire parfois dans les rapports parlementaires⁵⁸, leur prolifération ne menace pas objectivement la cohérence de la catégorie ou la lisibilité du système institutionnel, mais uniquement celle de l'action publique. Ce n'est que ponctuellement, et sur des questions précises, que leur prolifération peut poser problème. On peut considérer d'ailleurs que c'est « pour conserver le crédit nécessaire à une magistrature qui est en partie d'ordre moral, [que] les autorités administratives indépendantes ne doivent pas proliférer »⁵⁹. Peu importe l'énoncé précédent, le recours fréquent à ce modèle d'institution doit d'abord nous questionner sur les raisons qui conduisent le législateur à conférer à un organisme un statut d'indépendance.

13. Sur ce point, les derniers rapports parlementaires sur les AAI ont tous préconisé de réduire la catégorie : soit par des regroupements d'autorités, des requalifications ; soit par des suppressions, ce qui implique, dans ce cas, de retirer le statut d'indépendance à l'autorité concernée⁶⁰. Or, cette dernière option est la plus délicate, car elle presse le législateur de s'interroger, au-delà de considérations strictement organisationnelles, sur ce qui justifie l'attribution d'un statut d'indépendance à un organisme. Dans le cas où le législateur ferait l'économie d'une telle réflexion ou la contournerait, les initiatives législatives seraient – il faut le reconnaître – dénuées de tout intérêt au regard de l'objectif de lisibilité de système

⁵⁵ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 900.

⁵⁶ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 270.

⁵⁷ J. CHEVALLIER, « Le statut des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 896.

⁵⁸ Rapport d'enquête n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la Commission d'enquête, sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, « un État dans l'État », canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler, 28 octobre 2015, Sénat, p. 9.

⁵⁹ B. STIRN cité par M. MOLINER-DUBOST, « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », *AJDA*, 2008, p. 84.

⁶⁰ Rapport d'enquête n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, op. cit., p. 9, p.

institutionnel qui sous-tend l'intervention législative. Cela reviendrait à modifier les dénominations tout en conservant le statut d'indépendance de chacune des institutions. Le législateur multiplierait ainsi les étiquettes au risque de complexifier le paysage institutionnel, sans endiguer la prolifération contre laquelle il prétend lutter⁶¹. Le rapport parlementaire fait au nom de la Commission d'enquête sur les AAI en 2015 préconisait, afin de réduire substantiellement la catégorie des AAI et des API, de retenir le critère des compétences et des pouvoirs. Ainsi, peut-on lire que les « autorités dépourvues d'un réel pouvoir normatif, de régulation ou de sanction et dont la spécificité en justifie le maintien, devraient pouvoir être requalifiées d'agence, d'observatoire ou de commission »⁶². Il n'est pas fait mention ici du statut d'indépendance. Les auteurs du rapport s'en tiennent à une distinction entre autorité administrative – éligible au statut – et autorité purement morale – *a priori* non éligible au statut⁶³. Notons que ce principe de délimitation est quelque peu équivoque, dès lors qu'il est fait mention de la notion de « pouvoir de régulation ». Une notion qui, selon les auteurs, est susceptible de revêtir des significations contradictoires : elle peut aussi bien faire référence à un pouvoir de décision comme faire référence exclusivement à des pouvoirs d'influence⁶⁴. La solution retenue par la loi du 20 janvier 2017 relatives au statut général des AAI et des API est

⁶¹ En effet, sortir les commissions consultatives indépendantes de la catégorie des AAI n'apportent rien en termes de rationalisation du phénomène ni ne lutte contre l'« illisibilité et [le] dysfonctionnement du système institutionnel » (Rapport d'enquête n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, *op. cit.*, p. 9). Ces commissions conservent un statut spécifique d'indépendance à l'égard de l'exécutif. C'est non sans paradoxe que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) n'appartient plus à la catégorie des AAI, conformément à la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, mais a vu, en réponse à cette sortie, son statut d'instance indépendante renforcé par une disposition de la même loi (article 24, III de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2).

⁶² Rapport d'enquête n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, *op. cit.*, p.68. Dans son rapport de 2001, le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion d'indiquer clairement sa préférence pour les formes traditionnelles de l'administration : établissement public pour les fonctions d'expertise ; administration gouvernementale classique pour l'exercice de fonctions nécessairement interministérielles ou pour l'exercice des missions régaliennes, y compris lorsqu'elles touchent aux libertés publiques. C'était le cas notamment pour la Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) créée par le décret du 28 novembre 2002 (Décret n° 2002-1392 du 28 novembre 2002 instituant une mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires, *JORF*, n° 278, 29 novembre 2002, p. 19646). Ainsi, des organismes tels que la Commission de sécurité des consommateurs (CSC), le Comité consultatif national d'éthique ou encore la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) ne font plus parti de la catégorie telle qu'arrêté en annexe de la loi du 20 janvier 2017 tout en demeurant indépendante du Gouvernement. Cette sortie a pour unique conséquence de les soustraire au régime juridique attachée à la catégorie des AAI et d'assouvir temporairement l'esprit d'ordre du législateur, sans pour autant rationaliser le paysage institutionnel.

⁶³ Pascale IDOUX souligne à juste titre le paradoxe que représente le choix de ce critère. En effet, le législateur refuse la prise en compte de l'autorité morale des AAI et des API au moment même « où la jurisprudence du Conseil d'État reconnaît cette autorité morale en ouvrant le prétoire à des recours en annulation d'actes » à visée recommandationnelle. Il est fait référence aux décisions *Sté Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016 (P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, p. 1116).

⁶⁴ Dans les travaux de Laurence Calandri, le procédé régulateur s'apparente à un l'exercice d'une magistrature d'influence (L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2009).

moins précise sur ce sujet ; le critère des compétences n'a pas résisté aux navettes parlementaires. Il n'a pas eu un impact déterminant sur la liste des 26 autorités maintenues dans la catégorie. Pas plus d'ailleurs que la question de l'indépendance de ces organismes. En effet, la solution retenue réside en définitive dans la disqualification de certains organismes sans leur retirer pour autant leur statut d'organisme indépendant⁶⁵.

14. L'insuffisance constatée de la discussion sur les raisons d'être d'un statut d'indépendance s'explique en partie car cette question soulève des difficultés importantes quant à la conciliation entre les objectifs politiques de légitimation de l'action publique et les conditions concrètes d'action du pouvoir politique. En effet, n'est-il question que « d'offrir à l'opinion une garantie d'impartialité renforcée des interventions de l'État »⁶⁶ ou, au contraire, de favoriser ce modèle institutionnel « à chaque fois qu'un contre-pouvoir est recherché à l'encontre d'un titulaire d'une souveraineté »⁶⁷ ? La première hypothèse accrédite l'idée selon laquelle la prolifération des AAI serait effectivement l'expression d'une défiance à l'égard de l'administration classique⁶⁸, se présentant à la fois comme le symptôme et le remède d'un État en crise⁶⁹. La seconde hypothèse repose sur l'idée que l'action de toutes les entités indépendantes est susceptible d'intéresser, à un titre ou à un autre, les libertés publiques⁷⁰. Ce qui, si l'on tient compte du fait que l'octroi d'un statut d'indépendance est une modalité de protection des libertés « vulnérables »⁷¹, présente l'avantage, sur le plan juridique, de la cohérence. Cette position peut constituer à terme un fondement solide à l'unité de la catégorie, ouvrant la voie à une réévaluation du bien-fondé de l'octroi d'un statut d'indépendance à un organisme au regard de la menace qui pèse sur une liberté publique, tant économique que

⁶⁵ P. IDOUX, art. cit., pp. 1116-1117.

⁶⁶ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 275.

⁶⁷ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *RIEJ*, 1993, n° 30, p. 146.

⁶⁸ Olivier BEAUD considère que les « AAI sont la preuve vivante que, à un moment donné, l'État français – les dirigeants politiques qui le représentent – n'a plus fait confiance à sa propre administration, c'est-à-dire aux ministères, en transférant la charge de “réguler” tel ou tel domaine des fonctionnaires à d'autres membres censés être plus impartiaux, et en suspectant “des chaînes d'intérêts interférants” (J.-B. Auby, *RFDA*, 2010.932) » (O. BEAUD, « L'État » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 240-241).

⁶⁹ M. COLLET, « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un État en crise ? », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, p. 5.

⁷⁰ J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JC Libertés*, Fasc. 300, 1 mai 2009 ; S. DUBITON, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., p. 11-14.

⁷¹ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse de doctorat de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1995, p. 81.

sociale⁷². D'ailleurs, dans son rapport sur les AAI publié en 2001, le Conseil d'État se montrait défavorable à la création d'AAI dans des situations où les libertés publiques n'étaient pas mises en question⁷³. Tout aussi pertinente que soit cette analyse, elle ne trouve pas de confirmation définitive dans les textes juridiques. Le législateur organique a, en interprétant pour la première fois le dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution dans la loi organique du 20 janvier 2017⁷⁴, réservé la compétence pour créer une AAI ou une API au législateur⁷⁵ ; toutefois, il n'a pas lié la question de leur création à celle de la protection des libertés publiques. Rien ne permet donc d'affirmer, en vertu de l'article 34 de la Constitution, que la création d'une AAI participe à la fixation de « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »⁷⁶. Notons qu'avant cette loi organique, la compétence du législateur concernant les AAI n'était exclusive que dans les hypothèses suivantes : lorsque la mission de l'autorité en question concerne une matière relevant du domaine de la loi tel que défini à l'article 34 ; et lorsqu'une exigence européenne ou internationale l'impose.

15. Ces développements invitent à approfondir l'entreprise de clarification sur ce qui motive le législateur à conférer un tel statut à des organismes, dont certains n'ont aucun pouvoir de

⁷² Dans ce cas précis, cette thèse aurait dû s'intituler « les nouvelles figures de la garantie des libertés publiques en droit français ». Notons que le statut d'indépendance de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, devenue le Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, est souvent remis en question sur ce point alors que précisément il se justifie au motif qu'il participe d'une garantie de respect des libertés académiques. L'indépendance des enseignants-chercheurs est un principe fondamental reconnu par une loi de la république depuis une décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 (Cons. const., décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, « libertés universitaires », considérant 20). En effet, cette consécration constitutionnelle de l'indépendance des enseignants chercheurs implique la mise en place d'une instance de contrôle spécifique qui ne soit pas hiérarchique mais indépendante et par les pairs (CNER, AERES, devenue HCERES).

⁷³ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 264-265 ; Conseil d'État, *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, EDCE, n° 51, La Documentation française, Paris, 2000.

⁷⁴ L'article 1^{er} de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 dispose que désormais « toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante est instituée par la loi » (*JORF*, n° 0018 du 21 janvier 2017, texte n° 1). Le second alinéa précise que « la loi fixe les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ». Voir, P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et des API », *AJDA*, 2017, p. 1115.

⁷⁵ Cette disposition est une conséquence des nombreuses propositions en ce sens dans les divers rapports relatifs à la catégorie : Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la Commission d'enquête sur les autorités administratives indépendantes, 28 octobre 2015, Sénat, p. 67 ; Rapport d'information n° 616 (2013-2014) de P. GÉLARD, au nom de la commission des lois, sur les autorités administratives indépendantes, 11 juin 2014, Sénat, pp. 15 et 55.

⁷⁶ Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 28 juillet 1984, considère « que la désignation d'une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d'autoriser l'exploitation du service radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique et relève de la compétence exclusive du législateur » (Cons. const., décision n° 84-173 DC, 28 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, consid. 4). Voir, M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 15.

décision ; et, de surcroît, de les assimiler à la catégorie des autorités administratives indépendantes par désignation ou pour ces dernières – avant la loi organique du 20 janvier 2017 – de s’en revendiquer explicitement⁷⁷. Précisons, avant d’aller plus loin, que la présente étude n’a ni pour objet ni pour ambition d’apporter de réponse définitive sur ce sujet. Il apparaît d’ailleurs que l’octroi d’un tel statut à des organismes dans des domaines aussi divers que la surveillance des marchés économiques et financiers, la prévention des risques (sanitaires, alimentaires, etc.), la transparence de la vie publique ou encore la protection des droits et libertés, appelle la mobilisation de savoirs propres à la science politique, plus particulièrement à la sociologie de l’action publique⁷⁸ et à celle des institutions⁷⁹. Plus familière aux juristes, la théorie de l’institution et de la fondation formulée par Maurice HAURIOU au début du XX^e siècle est parfois évoquée dans les travaux sur les AAI pour tâcher d’expliquer le processus d’institutionnalisation qui a conduit à octroyer un statut d’indépendance à plus d’une quarantaine d’organismes étatiques⁸⁰. À la croisée des catégories du droit et des théories de l’organisation, la théorie de l’institution juridique, telle que pensée par Maurice HAURIOU, assume la vocation de saisir les organisations et les normes au-delà des théories du droit classique, en tenant compte de la dimension sociale de l’État et du droit. Suivant cette théorie, l’étude d’un instrument ou d’une notion juridique n’acquière de sens qu’au regard d’une idée. Maurice HAURIOU définissait ainsi l’institution comme « une idée d’œuvre ou d’entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social », pour la réalisation de laquelle « un pouvoir s’organise, qui lui procure des organes »⁸¹. Autour de cette idée s’organise donc un

⁷⁷ Dans le présentation de l’institution sur son site internet (consulté le 15 janvier 2018), la CNCDH s’ « assimile » encore expressément à la catégorie des autorités administratives indépendantes ; et ce, alors même que la loi la concernant ne la désigne pas comme telle. Elle se borne à affirmer que la Commission « exerce sa mission en toute indépendance » (Article 1^{er} de la loi n° 2007-292 modifiée du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l’homme, version consolidée au 6 septembre 2016).

⁷⁸ Sur ces questions, s’est tenu à l’université Paris 1 Panthéon-Sorbonne un colloque intitulé « Politique de l’indépendance » les 12-13 janvier 2017. Il a été organisé par le Centre européen de sociologie et science politique (CESSP, UMR 8209) sous la direction scientifique de Bastien FRANÇOIS et Antoine VAUCHEZ. Cf. sur ce sujet : F. LEBARON, « Les fondements sociaux de la neutralité économique. Le conseil de la politique monétaire de la Banque de France », dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 116-117, mars 1997, *Histoire de l’État*, pp. 69-90 ; D. BENAMOUZIG et J. BESANÇON, « Chapitre 10 : Les agences de nouvelles administrations publiques ? », dans *Politiques publiques 1. La France dans la gouvernance européenne*, Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2008, pp. 283-307 ; A. VAUCHEZ, *Démocratiser l’Union*, Paris, Seuil, 2014, pp. 82 et s.

⁷⁹ V. TOURNAY, *Sociologie des institutions*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 2011, 128 p.

⁸⁰ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes: histoire d’une institution » dans G. TIMSIT et Claude-Albert COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 24-25 ; O. RENAUDIE « La genèse complexe du Défenseur des droits », *RFAP*, vol. 139, n° 3, 2011, pp. 397-408 ; S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d’une nouvelle personne publique », *RDJ*, janvier 2013, n° 1, p. 53 ; R. DRAGO, « Le conseil de la concurrence », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 27, 2 Juillet 1987, 14987.

⁸¹ M. HAURIOU, « La théorie de l’institution et de la fondation. Essai de vitalisme social » dans *Aux sources du droit : le pouvoir, l’ordre et la liberté (1933)*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 96.

ordre juridique complet constitué d'un droit statutaire qui régit la structure de l'institution – l'institution organe – et un droit disciplinaire qui vise à déterminer et sanctionner l'action de l'institution toujours dirigée vers son but. Cette théorie enrichit les réflexions sur la raison et la manière dont un organisme public devient une institution indépendante ; elle permet de saisir, par exemple, comment des organismes d'accompagnement de l'administration, sans nécessairement disposer de compétences décisionnelles propres, deviennent de véritables institutions porteuses d'un intérêt public distinct de celui de l'administration. En effet, dans l'hypothèse des organes consultatifs indépendants, il n'est plus question de légitimer la décision publique, de l'éclairer, mais de la critiquer ouvertement au nom d'un intérêt public spécifique⁸². Ces instances consultatives ont ainsi acquis une « extériorité » qui est parachevée avec l'attribution d'un statut d'organe indépendant. En accord avec la théorie de l'institution, cette extériorité se comprend comme le produit d'une attente spécifique du corps social autour d'un projet commun et qui appelle en conséquence une structure durable et un droit applicable spécifique⁸³. Prises dans un processus de réalisation, les institutions évoluent en trois temps : l'intériorisation ; l'incorporation ; et la personnification. Les deux premiers temps appartiennent au moment de la création de l'institution alors que le troisième s'apparente à l'achèvement de l'institutionnalisation de l'organe – l'institution en tant qu'organe donc. Ainsi, les commissions consultatives indépendantes, sous la dénomination d'AAI notamment, sont l'expression achevée de ce phénomène d'institutionnalisation. À ce stade, il convient de ne pas confondre la personnification de l'institution avec la personnalité juridique. En effet, dans la théorie de l'institution, la personnification est la dernière étape de l'institutionnalisation qui permet de distinguer l'institution-chose de l'institution-personne. Par conséquent, en ce qui concerne un organe consultatif, il faut un degré certain de détachement de l'administration active⁸⁴. Toutefois, si l'extériorité est un élément essentiel dans la définition de l'institution,

⁸² S'intéressant aux avis consultatifs, Hélène SIMONIAN-GINESTE ne s'est pas contentée de porter un « regard nouveau » sur l'acte en lui-même mais aussi, et surtout, sur l'organe consultatif proprement dit. Elle effectue ainsi une application concrète de la théorie de l'Institution telle que pensée par Maurice HAURIUO. Hélène SIMONIAN-GINESTE constate ainsi qu'« initialement conçues sur un mode intégré, les relations consultatives sont appelées à se transformer en relations d'autrui à autrui de manière progressive sous l'effet de l'institutionnalisation de l'organe consultatif » (H. SIMONIAN-GINESTE, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », art. cit., p. 1124). Dès lors, selon elle, il ne faut plus y voir deux organes mais deux institutions l'une face à l'autre, défendant des intérêts distincts (*Ibid.*, p. 1129).

⁸³ Pour rappel, il distingue deux types d'institutions : d'un côté les institutions qui se personnifient qui forment la catégorie des institutions-personnes ou des corps constitués (États, associations, syndicats, etc.) ; et de l'autre, celles qui ne se personnifient pas les institutions-choses, comme une règle du droit qui n'engendre pas un corps social, et qui n'est qu'un principe de limitation (M. HAURIUO, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social » dans *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1933), Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 96-97).

⁸⁴ À l'aune de cette théorie, on comprend mieux la critique formulée par Paul LEGATTE – Médiateur de 1986 à 1992 – contre l'assimilation de l'institution du Médiateur à la catégorie des AAI par le juge administratif. La

l'acquisition de la personnalité juridique n'en constitue pas une étape indispensable. Dans le cas contraire, seules les autorités publiques indépendantes (API) seraient des institutions personnifiées ; or l'étude des dispositions applicables à ces autorités montre au contraire qu'en pratique la personnalité juridique n'implique pas nécessairement une autonomie plus grande à l'égard des pouvoirs publics ni de rapport plus direct quant à l'idée qu'il convient de mettre en œuvre⁸⁵.

16. Ensuite, et surtout, la réalité de l'institution prend racine dans une subjectivité réelle : l'idée d'œuvre ou d'entreprise. La notion clé d'une institution personnifiée réside donc dans un pouvoir organisé – durable – et dans les manifestations renouvelées de communion des membres du groupe qui s'intériorisent dans le cadre de l'idée d'œuvre à réaliser⁸⁶. À cet égard, l'approche selon laquelle la régulation – ou la fonction de régulation sociale – serait l'idée d'œuvre qui s'incarnerait dans l'institution des AAI est contestable⁸⁷. Maurice HAURIOU mettait en garde sur le fait de ne pas « confondre l'idée de l'œuvre à réaliser qui mérite le nom “d'idée directrice de l'entreprise” avec la notion du but ni avec celle de la fonction »⁸⁸. Or cette idée directrice ne s'identifie qu'au cas par cas, c'est-à-dire institution par institution, et ce au regard de la mission qui justifie l'établissement de l'organisme en question. Elle réside le plus souvent dans la formulation d'une politique publique⁸⁹. Par exemple, en matière de protection des droits

qualificatif « administratif » masque, selon lui, la non appartenance de l'institution à l'administration centrale. Le législateur est intervenu pour gommer ce lien de rattachement symbolique. Il a ainsi qualifié l'institution d'« autorité indépendante » à l'article 1^{er} de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur tel que modifié par l'article 69 de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 portant diverses mesures d'ordre social et ce, même si cela n'emportait aucune conséquence sur le plan juridique.

⁸⁵ S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDP*, janvier 2013, n° 1, p. 53.

⁸⁶ Après avoir été l'objet de l'institution corporative, l'idée d'œuvre devient le sujet de la personne morale qui se dégage dans le corps constitué (M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », art. cit., p. 96).

⁸⁷ Selon Catherine TEITGEN-COLLY, en ce qui concerne les AAI, l'idée d'œuvre à réaliser tient « à la fonction de régulation sociale qui leur est impartie dans des secteurs donnés, fonction acceptée par le groupe social concerné. Cette fonction qui caractérise l'institution engendre une structure, “des organes institutionnels”, et justifie leurs pouvoirs » (C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution » dans G. TIMSIT et Claude-Albert COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 24-25). Or, la fonction de régulation est difficilement assimilable à une idée d'œuvre, tout au plus à une fonction générale qui dépasse d'ailleurs la seule catégorie des AAI. Elle ne peut être une idée d'œuvre au sens où Maurice Hauriou l'entend que si on appréhende cette notion à partir de sa substance politique ou économique : notamment le choix de moins de réglementation étatique dans les rapports économiques (V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, 2002, p. 243). Dans ce cas, cette idée ne concerne qu'un nombre précis d'autorités administratives indépendantes. D'ailleurs, l'expression « autorités de régulation » est généralement substituée à celle d'AAI pour identifier les instances qui remplissent cette fonction (Cf. R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 604 et s.)

⁸⁸ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *op. cit.*, p. 98.

⁸⁹ À propos de l'absence de pouvoir de décision de certains organismes, Charles-Albert MORAND met en avant la valeur symbolique de sa création en tant qu'institution visant à la prise en charge d'une politique publique. En effet, « la création d'une institution a une valeur en soi qui est indépendante de sa contribution à l'édiction future

et libertés, la protection des enfants (ex-Défenseur des enfants, Défenseur des droits), la démocratie participative (la Commission nationale du débat public), ou encore la moralisation de la vie publique (la Haute autorité de transparence de la vie publique) sont des illustrations de ce que peut être l'idée directrice à l'origine d'une institution. Celle-ci dépasse d'ailleurs l'état présent des institutions. Elle implique nécessairement des évolutions permettant de renforcer le processus. Dans cette perspective, ainsi que nous aurons l'occasion de l'étudier, la magistrature d'influence n'est pas non plus une institution⁹⁰, mais renvoie plutôt aux « moyens à employer »⁹¹ pour mettre en œuvre cette idée⁹².

17. L'évocation de l'analyse institutionnelle offre ainsi un cadre d'analyse pertinent des caractéristique de l'organe chargé de réaliser l'idée d'œuvre de l'institution. Elle permet de dépasser les réflexions sur les pouvoirs de ces organes. Elle souligne l'importance de l'attribution d'un statut d'indépendance et, plus loin, l'impact performatif de la revendication de ce « label » ou encore de ce « sigle »⁹³. Conférer un tel statut aux organismes consultatifs permet de remplir une des caractéristiques essentielles de l'institution telle que pensée par Maurice HAURIOU⁹⁴ à savoir que cette « idée d'œuvre à réaliser » doit durer juridiquement⁹⁵.

de normes générales ou individuelles. Cette valeur en soi s'explique par le fait que la création de l'institution, pourtant dépourvue de tout pouvoir de décision, a une valeur symbolique qui suffit à contenter l'opinion publique. Soit parce que l'institution est créée pour exercer d'autres fonctions que celles consistant à édicter des règles ou à prendre des décisions » Charles-Albert MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, France, LGDJ, 1998, p. 170.

⁹⁰ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle ... », art. cit.

⁹¹ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *op. cit.*, p. 105.

⁹² Elle n'est efficace en revanche que si l'organe qui la prend en charge est une institution au sens de la théorie de Maurice HAURIOU, c'est-à-dire extérieur à l'organisation administrative.

⁹³ O. BEAUD, « L'État », art. cit., p. 238. Par exemple, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) n'est pas expressément qualifiée dans son texte institutif d'AAI, mais elle est créée par une loi qui dispose qu'elle exerce sa mission « de manière indépendante ». Elle est, à ce titre, soustraite au régime commun des organes consultatifs. La CNCDH assure ainsi, auprès du Gouvernement, un rôle de conseil et de proposition dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire et de l'action humanitaire (Article 1^{er} de la loi n° 2007-292 modifiée du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme)

⁹⁴ L'attribution du statut d'indépendance par le législateur est un moment important dans le processus d'institutionnalisation vers la personnification de l'institution. Il participe de la « manifestation de communion » des membres du groupe et des organes du gouvernement, « dernier élément de l'institution corporative » (M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *op. cit.*, p. 105.). Cette manifestation peut se faire sur l'idée de l'œuvre à réaliser mais aussi sur les moyens à employer (*Ibid.*) Les mouvements de communion se manifestent au moment de la fondation des institutions particulières ; reproduisant un type connu, presque toujours la fondation est précédée de réunions dans lesquelles, d'une façon plus ou moins chaleureuse, elle est acclamée en principe (*Ibid.*). Toutefois, « d'une façon plus froide, la formation d'une majorité dans un vote demande toujours un état d'union des volontés » (*Ibid.*). Ce moment crée les conditions de rencontre entre un groupe d'intéressé et un objet. Il en va ainsi de l'attribution d'un statut d'indépendance à un organisme en charge de la régulation d'un secteur donné ou en charge d'une question attachée à la réalisation d'une politique publique.

⁹⁵ Les AAI correspondent donc chacune à un ordre juridique, à une « institution » au sens donné à ce concept par Maurice HAURIOU selon qui « l'institution est une organisation en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs qui a réalisé dans son

Seules quelques institutions génèrent autour d'elles un ordre doté d'une certaine stabilité. Par exemple, un organisme consultatif traditionnel, placé auprès du Premier ministre ou des ministres, n'a pas vocation à durer⁹⁶. S'il ne remplit pas la condition de durée, il ne remplit pas non plus celle de stabilité pour que l'idée d'œuvre s'institutionnalise effectivement. Cette capacité de durer constitue un critère incontournable de l'existence d'une institution. À cet égard, le statut d'AAI, rendant plus difficile leur disparition, permet l'inscription dans le temps d'un organe consultatif. En témoigne sur ce point la substitution de certaines missions interministérielles ou commissions administratives relatives aux libertés publiques par des AAI⁹⁷. De façon plus nette encore, la constitutionnalisation d'un organisme s'analyse comme une étape supplémentaire dans le processus d'institutionnalisation de l'organisme au regard de l'idée d'œuvre à réaliser⁹⁸.

18. Mal nommées, les autorités administratives indépendantes le sont assurément. La notion d'AAI ou d'API s'apparente à un régime juridique d'indépendance labellisé⁹⁹ que le législateur attribut à des organismes afin de les distinguer des autres institutions. Cet usage de la notion relève bien plus d'un choix politique – un dispositif inscrit dans une politique publique déterminée – que du souci de respecter une cohérence juridique au regard des termes qui

sein une situation juridique » (R. DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *JCP G Semaine Juridique - entreprise et affaires*, juillet 1987, n° 27, 14987, paragr. 7). Dans son commentaire de la décision *Retail*, Stéphane RIALS souligne le fait que la loi constitutive des AAI est « leur charte » (S. RIALS, commentaire sous CE, Ass., 10 juillet 1981, *Sieur Retail*, *Rev. adm.*, octobre 1981, n° 203, p. 496).

⁹⁶ Conformément à l'article 2 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, les commissions ne peuvent être créées pour une durée supérieure à cinq ans et doivent être expressément maintenues pour une durée ne pouvant excéder cinq ans. Voir sur ce sujet : M. LE CLAINCHE, H. RIHAL, L. ROUBAN, B. DELAUNAY, « Chronique de l'administration », *RFDA*, 1/2009 n° 129, p. 161 et s.

⁹⁷ Il en est allé ainsi, entre autres, de la Commission de contrôle des centres et locaux de rétention administrative et des zones d'attentes (CRAZA) – commission administrative créée par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 mis en place le 22 mars 2006 (*JORF*, n° 274, 27 novembre 2003, p. 20136, texte n° 1) – qui a disparu à compter de la mise en place du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), créé par la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007. La CRAZA avait pour mission de veiller au respect des droits des étrangers maintenus dans les centres et locaux de rétention administrative et les zones d'attente ainsi que de veiller au respect des normes relatives à l'hygiène, la salubrité, la sécurité, l'équipement et l'aménagement de ces lieux. Pour ce faire, elle formulait des recommandations au gouvernement en plus de ses observations au ministre de l'Intérieur. Voir, Rapport d'information n° 353 (2007-2008) de J.-J. HYEST, au nom de la commission des lois, sur le bilan du cycle d'auditions (2007-2008) des autorités en charge de la protection du droit et des libertés fondamentales qui relèvent du champ de compétence de ladite commission, 27 mai 2008, Sénat, 76 p.

⁹⁸ Sur ce point, lorsque l'on considère que le Défenseur des droits est loin d'être une véritable institution en 2011 – date d'entrée en fonction de son premier titulaire – car il n'est pas encore inscrit dans la durée (O. RENAUDIE, « La genèse complexe du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n° 139, n° 3, p. 408), on omet toutefois que l'appréciation de l'ancrage de l'institution dans le milieu social ne doit pas s'apprécier à partir de sa structure juridique mais de la permanence de l'idée, et ce quelque soit la forme de l'organisme. Comme le rappelle Hélène SIMONIAN-GINESTE, « la disparition d'un organe consultatif et son remplacement par un autre ne signifie pas forcément que le processus d'institutionnalisation reparte à zéro » (H. SIMONIAN-GINESTE, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », art. cit., p. 1139).

⁹⁹ J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 42.

composent l'expression¹⁰⁰. Suivant ce constat, il aurait été possible de ne pas les qualifier d'« autorités administratives » voire d'« autorités » sans que cela n'influe sur la pertinence de la catégorie, dont l'unité se fait d'abord autour du statut d'indépendance¹⁰¹. Dès lors, pour conclure, ce qui fait qu'un organisme consultatif traditionnel n'est pas une autorité administrative indépendante, ce n'est pas la nature de sa mission (purement consultative¹⁰²) ou la moindre force de conviction de ses avis par rapport à ceux d'un organisme consultatif indépendant qualifié d'AAI, mais bien qu'il ne dispose d'aucune garantie d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique.

§2 La magistrature d'influence

19. Comme le soulignait très tôt Paul SABOURIN, l'originalité de la catégorie des autorités administratives indépendantes réside dans une « forme nouvelle d'exercice du pouvoir »¹⁰³ – non contraignante – au regard de l'extension du rôle de l'État dans la régulation sociale d'une part ; et de leur inscription dans une société de communication¹⁰⁴ d'autre part – ainsi qu'en témoigne l'émergence de « pouvoirs d'information »¹⁰⁵. Dans les écrits juridiques contemporains, il existe un flottement certain concernant les termes susceptibles de qualifier les interventions non contraignantes des autorités en lien avec la spécificité de leur statut et de leurs pouvoirs. Plusieurs termes ou expressions sont utilisés pour saisir l'intervention des AAI hors des voies usuelles du droit : autorité morale ; sagesse ; magistère d'influence ; pouvoir d'influence ; ou encore magistrature d'influence¹⁰⁶. Dès lors, pourquoi se référer à la

¹⁰⁰ Pour Didier Truchet, l'unité de la catégorie relève « de l'ordre du politique » (Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 110).

¹⁰¹ Notons que la disparition du qualificatif « administrative » ne surmonterait pas la contradiction avec l'article 20 de la Constitution. C'est d'ailleurs ce qui explique que des instances acquérant la personnalité juridique continuent d'être rangées parmi la catégorie des « AAI » au regard de leur niveau comparable d'indépendance organique et fonctionnelle - deux aspects cumulatifs de l'indépendance des AAI.

¹⁰² Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 306.

¹⁰³ P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », *art. cit.*, p. 107.

¹⁰⁴ Voir sur ce sujet : E. NEVEU, *Une société de communication ?* 5^e éd., Paris, Montchrestien-Lextenso, 2011, 160 p. ; B. MIEGE, *La société conquise par la communication*, Presses Universitaires de Grenoble, Volume 1, Logiques sociales, 1996, Volume 2, *La communication entre l'industrie et l'espace public*, 1997 ; J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel* (1981), Tome I, Paris, Fayard, 2001, 448 p. ; *Ibid.*, Tome II, Paris, Fayard, 1997, 480 p. ; J. HABERMAS, *L'Espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1988, 324 p.

¹⁰⁵ P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle », *AJDA*, 20 mai 1983, p. 287.

¹⁰⁶ J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 1 septembre 2010, vol. 5, p. 875 ; C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution » dans G. TIMSIT et Claude-Albert COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 23 ; J. DOUVRELEUR et O. DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes » dans *Mélanges Jacques Robert « Libertés »*, Paris, Montchrestien, 1998,

magistrature d'influence plutôt qu'au magistère moral ou au pouvoir d'influence ? La terminologie retenue appelle quelques explications.

20. L'ensemble des expressions mentionnées n'appartient pas au vocabulaire du droit. Elles ne constituent pas à proprement parler des concepts juridiques. Il suffit d'ailleurs d'évoquer l'influence ou l'autorité morale d'une institution pour généralement acter la fin de l'analyse proprement juridique du phénomène¹⁰⁷. La notion d'influence occupe une place centrale dans la problématique que l'on se propose de développer alors même qu'elle est « loin de désigner une réalité spécifique »¹⁰⁸. En effet, si le terme « influence » apparaît très souvent à propos des AAI et généralement en lien avec des notions telles que « pouvoir » ou « autorité », il doit toutefois en être distingué pour formuler une définition de la « magistrature d'influence » et saisir l'intérêt de ce concept, susceptible de servir à l'appréhension d'un des modes d'intervention des AAI. Il convient d'avertir le lecteur que cette introduction n'a pas pour ambition de revenir sur l'ensemble des théories sur le pouvoir ou l'influence, mais uniquement d'en proposer un aperçu rigoureux susceptible de saisir des distinctions nécessaires pour clarifier l'approche de cette étude¹⁰⁹.

21. Ainsi, le concept de magistrature d'influence se situe au cœur des tensions entre plusieurs conceptions du pouvoir et de ses alternatives plus récentes. Dans un premier temps, il convient de distinguer la « magistrature d'influence » de la notion de « pouvoir d'influence » (A) ; avant d'en expliciter les liens avec celle d' « autorité morale » à travers notamment la référence commune à l'exercice d'un « magister moral », parfois nommé « magistère d'influence » (B).

p. 325 ; Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 305 ; P. IDOUX, « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP*, 2013, n° 713, étude 15, paragr. 21 et s.

¹⁰⁷ Il n'est pas rare, à cet égard, de mentionner que l'étude de la portée des avis et recommandations des autorités administratives indépendantes « relève davantage d'une investigation sociologique que de l'analyse juridique proprement dite » (J.-L. AUTIN, « La rationalisation du système des AAI », *art. cit.*, p. 35). Martin COLLET souligne que « comme beaucoup d'outils de *soft law*, dont le développement n'a échappé à personne, l'intérêt de ces mécanismes est difficilement mesurable à la seule aune des droits et obligations, susceptibles d'être sanctionnés par le juge, qu'ils viennent créer ». Il ajoute que « sans se muer en sociologue, le juriste ne devrait pas s'interdire d'aller à la rencontre des acteurs pour tenter, à travers quelques sondages et entretiens sans prétention à la scientificité, de fournir des éléments de réflexion sur la mise en œuvre de la norme » (M. COLLET, « Chronique des thèses. Louis Bahougne, Le financement du service public, thèse soutenue à l'Université de Poitiers le 30 juin 2014, sous la direction du professeur Benoît Delaunay (LDGJ 2015) », *RFDA*, août 2015, n° 4, p. 865).

¹⁰⁸ F. CHAZEL, « INFLUENCE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 20 septembre 2016 (universalis.fr/encyclopedie/influence/, consulté le 10 janvier 2014).

¹⁰⁹ Ces rappels doivent beaucoup aux travaux du sociologue François CHAZEL.

A. La magistrature d'influence plutôt que le pouvoir d'influence

22. « Le pouvoir d'émettre des avis est le plus modeste qui soit, mais c'est souvent par des attributions purement consultatives que s'exerce le "pouvoir d'influence" dont on crédite souvent les AAI »¹¹⁰. Utilisant dans cette citation le terme « pouvoir » à deux reprises, Michel GENTOT n'en précise toutefois pas le sens exact. Pourtant, il fait référence à deux conceptions distinctes. La première occurrence renvoie à la compétence consultative des AAI, c'est-à-dire à l'aptitude que possèdent les autorités en vertu d'une disposition législative ou réglementaire d'adopter un avis¹¹¹. Cette occurrence n'appelle aucun commentaire particulier en ce qu'elle est bien connue des juristes. La seconde fait référence à une conception du pouvoir qui a cours plus souvent en philosophie et en sociologie politique. Elle renvoie à l'étude de la capacité « de la part d'un acteur donné, de parvenir aux résultats visés et en particulier de mener des actions efficaces »¹¹² ou, pour le dire autrement, « d'amener une ou plusieurs personnes à agir individuellement ou collectivement, d'une manière désirée »¹¹³. L'emploi du terme « pouvoir » dans ce sens permet d'insister sur l'efficacité de l'activité consultative dont les résultats ne dépendent pas uniquement de l'attribution d'une compétence juridique d'émettre de tels actes, mais des qualités intrinsèques de l'organisme, ainsi que des ressources susceptibles d'être mobilisées par ce dernier pour favoriser la réception de ses avis ou, le cas échéant, pour rendre incontournable son opinion sans pour autant l'imposer.

23. Dans les travaux contemporains de sociologie sur le pouvoir, l'accent est généralement mis sur une conception dans laquelle le pouvoir n'est pas une chose que l'on possède, mais une relation. En d'autres termes, les études s'intéressent moins à identifier les attributs (possessions) ou compétences – un pouvoir *de*¹¹⁴ – qu'à effectuer une mesure effective de l'ampleur du

¹¹⁰ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, 2^e éd., Paris, France, Montchrestien, 1994, p. 68.

¹¹¹ Entrée « POUVOIR », pt.3 dans A.-J. ARNAUD et alii (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 465. On peut également citer la définition proposée dans le CORNU : « sens général [...] b/ prérogative juridique (pouvoir de droit, fondé en droit) » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 782).

¹¹² F. CHAZEL, « Pouvoir » dans R. BOUDON (dir.), *Traité de sociologie*, Paris, PUF, 1992, p. 195.

¹¹³ Entrée « POUVOIR », pt.1 dans A.-J. ARNAUD et alii (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 465. Dès lors, les locutions « pouvoir d'avis » ou encore « pouvoir de proposition » sont susceptibles de recouvrir deux significations différentes : la compétence attribuée aux organismes concernés d'émettre un tel acte d'une part ; et la capacité constatée d'influencer le comportement des individus soumis à leur intervention via l'avis ou la proposition d'autre part.

¹¹⁴ Pour rappel, Philippe BRAUD retient trois significations principales du terme pouvoir : une approche institutionnaliste qui conduit à identifier le pouvoir à l'État (on dénonce par exemple « la politique répressive du pouvoir »), au Gouvernement (on distingue le « pouvoir » et « l'opposition ») ou aux administrations (« les pouvoirs publics ») ; une approche substantialiste qui conduit à considérer le pouvoir comme une chose que l'on peut posséder (avoir du pouvoir) ou perdre (perdre le pouvoir) - le capital au sens économique du terme notamment, que l'on peut accroître ou dilapider ; et une approche relationnelle (ou interactionniste) dans laquelle le pouvoir

pouvoir exercé *sur* quelqu'un¹¹⁵. Cette conception trouve une formulation classique dans la formule du politiste Robert A. DAHL qui définit le pouvoir comme « la capacité d'une personne A d'obtenir qu'une personne B fasse quelque chose qu'elle n'aurait pas fait sans l'intervention de A »¹¹⁶. L'approche relationnelle ne nie pas le fait que l'exercice d'un pouvoir *sur* quelqu'un dépend le plus souvent d'attributs ou de ressources particulières – une relation de pouvoir implique nécessairement une distribution asymétrique des ressources¹¹⁷. Mais cette approche consiste à distinguer nettement les ressources ou les qualités des acteurs de l'exercice proprement dit du pouvoir. En d'autres termes, cette approche contourne l'écueil de l'approche substantialiste qui tend à réduire le pouvoir de l'acteur à ses instruments (compétences ; monopole du contrôle ou de l'information). Aux fins de mesurer l'intensité du pouvoir, l'approche relationnelle implique notamment de penser la *relativité*¹¹⁸ du pouvoir au regard de plusieurs dimensions, à savoir son extension, son domaine et son degré d'obéissance. Cette relativité s'illustre parfaitement dans la définition proposée par Max WEBER par l'emploi du terme « chance » lequel définit le pouvoir comme « toute chance de faire triompher, au sein d'une relation sociale, sa propre volonté, même contre des résistances, peu importe sur quoi repose cette chance »¹¹⁹. Il est donc logique de considérer, dans ce cas, que le pouvoir se constate. Faire référence au pouvoir d'influence d'une personne ou d'une institution invite donc à prendre la mesure réelle de cette influence. Dans les écrits juridiques, de façon plus modeste, lorsqu'il est fait référence au « pouvoir d'influence » à propos des compétences d'avis ou de recommandation, la plupart des auteurs, loin de se lancer dans une mesure précise de sa réalité ou de son effectivité, se contentent d'en relever l'importance et l'efficacité. Dans ce cas, l'influence fait l'objet d'un simple constat. Autrement dit, elle se déduit *a posteriori* par

n'est pas considéré comme une chose, mais comme une relation, c'est « un pouvoir sur quelqu'un » (P. BRAUD, *Sociologie politique*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2011, p.89-90).

¹¹⁵ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

¹¹⁶ R. A. DAHL, « The concept of power », *Behavioral Science*, II, 3, 1957, p. 202-203.

¹¹⁷ F. CHAZEL, « Le concept de pouvoir » dans *Du pouvoir à la contestation*, Paris, LGDJ, 2003, p. 28.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹¹⁹ M. WEBER, *Économie et société. 1/ Les catégories de la sociologie (1922)*, Paris, Pocket, 1995, vol. 2/1, p. 95. Cette conception relationnelle est aussi celle retenue par Michel FOUCAULT selon qui « le pouvoir n'est pas quelque chose qui s'acquiert, s'arrache ou se partage, quelque chose qu'on garde ou qu'on laisse échapper ; le pouvoir s'exerce à partir de points innombrables, et dans le jeu de relations inégalitaires et mobiles » (M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, tome III, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1994, p. 794). On peut également citer Michel CROZIER et Erhard FRIEDBERG dont l'analyse stratégique s'inscrit dans le prolongement de la définition de Max WEBER. Selon ces auteurs, le pouvoir est une relation d'échange, une négociation, un marchandage dont le résultat n'est pas fixé. Il dépend des circonstances et se construit dans la complexité de l'action : « c'est un rapport de force dont l'on peut retirer davantage que l'autre, mais où, également, l'un n'est jamais totalement démuné face à l'autre. Le pouvoir de A sur B correspond à la capacité de A d'obtenir que dans sa négociation avec B les termes de l'échange lui soient favorables » (M. CROZIER et E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système* (1977), Paris, Éd. du Seuil, 1992, p. 69).

l'observation de ses résultats, suivant l'idée selon laquelle « c'est la puissance de celui qui subit l'influence qui [en] détermine l'existence »¹²⁰.

24. Dans ce contexte, la locution « pouvoir d'influence », plutôt que celle de pouvoir sans qualificatif épithète, a vocation à désigner un type particulier de relation qui se caractérise principalement par l'exclusion de l'usage de la contrainte, qu'elle soit légale, physique ou psychique ; elle s'oppose ainsi au « pouvoir d'injonction »¹²¹, dont la norme juridique constitue l'expression « la plus fortement institutionnalisée »¹²². Pour autant, malgré l'exclusion de la contrainte, la relation entre les parties conserve un caractère déséquilibré qui conduit à l'envisager comme une relation de pouvoir¹²³. Les modalités de l'influence sont à cet égard variées : elles vont de la simple persuasion (séduction) à la manipulation (dissimulation d'un terme de la relation) ou en passant par la mise en avant du prestige (autorité)¹²⁴. L'influence exercée repose sur le recours à des récompenses en faveur de celui qui se soumet (persuasion ou incitation) ou sur une utilisation asymétrique de l'information (manipulation)¹²⁵. Par exemple, les *lobbies* ou certaines associations font un usage fréquent de la persuasion ou de la manipulation lorsqu'il s'agit de convaincre des parlementaires de voter ou de ne pas voter un texte.

25. Malgré une confusion fréquente, et parfois admise, entre l'influence et le pouvoir, il convient de dissocier ces deux notions, plus particulièrement de distinguer l'influence *stricto sensu* du « pouvoir d'influence »¹²⁶. En effet, il existe une différence entre l'interaction qui réduit le choix du destinataire à obéir ou désobéir ; et celle où le destinataire conserve le choix d'adhérer ou de ne pas adhérer à la proposition émise¹²⁷. Dans la seconde hypothèse, peut-on

¹²⁰ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle ... », art. cit., p. 143.

¹²¹ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1/2, p. 348.

¹²² P. BRAUD, *Sociologie politique*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 90.

¹²³ Sans qu'il soit besoin dans l'approche relationnelle de le distinguer à proprement parler du pouvoir d'injonction.

¹²⁴ P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 91 et s.

¹²⁵ Voir sur ce sujet : S. SAURUGGER, E. GROSSMAN, « Les groupes d'intérêt français. Transformation des rôles et des enjeux politiques », *RFSP*, 2/2006 (Vol. 56), p. 197-203.

¹²⁶ Au regard de cette définition interactionniste du pouvoir, la distinction entre le pouvoir à proprement parler et la simple influence n'est pas toujours évidente. En effet, lorsqu'il est dit que A agit sous l'influence de B, il est généralement sous-entendu que si cette influence ne s'était pas exercée alors le sujet A - individu ou collectivité - se serait conduit autrement. Cette formulation de la relation d'influence est si proche de la définition de la relation de pouvoir que ces notions apparaissent interchangeable. D'ailleurs, lorsque Robert A. DAHL écrit que « A influence B dans la mesure où il lui fait faire ce que B ne ferait pas autrement » (R. A. DAHL, *L'Analyse politique contemporaine*, Paris, Laffont, 1973, p.53), il définit l'influence avec les mêmes termes qui lui ont servi préalablement à caractériser le pouvoir (R. A. DAHL, « The concept of power », *Behavioral Science*, II, 3, 1957, p. 202-203). Pour autant, la distinction analytique entre le pouvoir et l'influence demeure fondée.

¹²⁷ « Le pouvoir apparaît [...] comme la capacité d'imposer, dans une direction donnée, sa volonté à quelqu'un dont symétriquement, la capacité d'initiative se trouve circonscrite. C'est sur ce critère que semblent pouvoir être

parler de pouvoir ? Une relation d'influence n'est pas nécessairement une relation de pouvoir en ce qu'elle n'implique pas nécessairement un déséquilibre dans la relation. Ainsi, le pouvoir ne peut être confondu avec ce que l'on nomme parfois la persuasion rationnelle (argumentation) qui est une relation sociale dans laquelle une « personne (ou un groupe) modifie le comportement d'une autre personne (ou d'un autre groupe) par un simple processus de communication »¹²⁸. Il est certain que la difficulté à déterminer les frontières entre influence et pouvoir¹²⁹ amène parfois à ne pas les distinguer, mais « il serait pourtant erroné de tirer la conclusion paresseuse que la complexité du phénomène autorise les caractérisations molles et incertaines »¹³⁰. En définitive, une relation d'influence n'implique pas nécessairement l'asymétrie des ressources¹³¹ ou la restriction du champ des possibles pour l'un des participants à la relation. À cet égard, les autorités administratives indépendantes, dans leur mission consultative notamment, argumentent parfois plus qu'elles ne persuadent ou exercent un pouvoir d'influence.

26. Une approche renouvelée du pouvoir politique privilégiant une analyse graduée de l'influence à l'injonction s'avère dès lors nécessaire en ce qu'il n'est qu'un « cas particulier du phénomène de pouvoir en général »¹³². Le pouvoir politique trouve traditionnellement une ressource essentielle dans la compétence juridique d'ordonner, de permettre ou d'habiliter¹³³. Dans la mesure où le droit est le « médium privilégié par lequel le pouvoir manifeste sa présence et fait sentir sa puissance »¹³⁴, il consiste essentiellement à renforcer la chance, au sens

distingués, d'une part, le pouvoir *stricto sensu* créateur d'obligation et, d'autre part, le pouvoir d'influence. Alors que le premier implique la négation ou, du moins, l'indifférence au consentement, le second n'a de réalité que dans la mesure où la personne assujettie à l'influence exerce d'elle-même sa volonté dans le sens requis » (P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 337).

¹²⁸ R. A. DAHL, *Moderne Political Analysis*, Englewood Cliffs, N-J Prentice Hall, 1963. Par ailleurs, « nous revendiquons rarement le fait d'avoir été « influencés » et encore moins celui d'avoir été influençables sauf pour excuser une conduite rationnelle. Or, pour acquérir des connaissances, pour forger notre opinion, pour prendre des décisions, nous sommes en permanence amenés à nous appuyer sur les messages d'autrui. L'influence est une relation normale des relations humaines. Elle rend compte de ce que les individus se conforment souvent aux idées partagées par le plus grand nombre » (G. MUGNY, « Convertir : comment changer les opinions », *Sciences Humaines*, n° 74, 1997, p. 22).

¹²⁹ F. CHAZEL, « Le concept de pouvoir », art. cit., p. 34.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 35.

¹³¹ F. CHAZEL, « Pouvoir », art. cit., p. 202.

¹³² P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 335.

¹³³ On peut également renverser l'approche et considérer avec Guy ROCHER que le « droit sans pouvoir n'est plus du droit ; il n'est qu'une parole ou qu'un écrit ». Le pouvoir devient ainsi « un élément inhérent à la notion même du droit, il est l'élément mythique qui transforme le discours courant en discours juridique » (Guy ROCHER, « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés*, 1986, vol. 18, n° 1, p. 24).

¹³⁴ D. LOCHAK, « Le droit, discours du pouvoir » dans H. MAISL, G. CONAC et J. VAUDIAUX (dir.), *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429.

wébérien du terme, de faire triompher sa volonté¹³⁵. Qu'il s'agisse d'une disposition législative ou réglementaire, les règles de droit reposent sur le recours possible à la contrainte ou produit des conséquences qui s'imposent. Cependant les relations de pouvoir, ainsi qu'on l'a vu, ne se réduisent pas à une pure domination impliquant nécessairement une coercition physique ou légale. À côté des procédés coercitifs existent des moyens d'incitation, de persuasion et d'influence non dépourvus de liaison avec le pouvoir politique. Au regard des évolutions des modes d'exercice du pouvoir politique, l'influence s'est imposée comme une forme spécifique, et désormais à part entière, de son exercice. Dans le cas de l'État « post-moderne »¹³⁶, les formes d'exercice du pouvoir ont été renouvelées en privilégiant dans certains cas la persuasion au commandement¹³⁷, afin de répondre à un besoin de régulation sociale au-delà des champs traditionnels occupés par le droit ou par la nécessité d'un désengagement de l'État dans certains domaines.

27. Une fois ces précisions faites, il convient d'admettre que dans le cadre d'une étude juridique sur l'institutionnalisation de l'influence, l'approche par la notion de « pouvoir » se révèle inadaptée en ce qu'il n'est pas question d'en mesurer l'intensité, mais bien d'en identifier les caractéristiques et conditions juridiques afin, dans un second temps, d'en examiner la réception par l'ordre juridique. Plus précisément, cette étude a pour objet de saisir par les moyens du droit l'institutionnalisation d'un mode spécifique d'exercice du pouvoir. En ce sens, la notion de magistrature d'influence appartient à ces mots « inusités que l'on redécouvre avec surprise »¹³⁸ en ce qu'ils permettent de saisir des phénomènes institutionnels complexes non réductibles à une manifestation en particulier du pouvoir ou de l'influence.

28. Pris dans son acception d'origine, le terme de magistrature désigne l'activité de toute personne publique détentrice « soit d'un pouvoir juridictionnel soit [du] pouvoir de prendre ou de requérir l'application des lois ou de l'ordre public »¹³⁹. On emploie, dans ce sens, la locution de « magistrature suprême » pour désigner l'office du Président de la République ou celle de

¹³⁵ G. ROCHER, « Droit, pouvoir et domination », art. cit., p. 24.

¹³⁶ Sur cette notion et les transformations de la régulation par l'État, voir : J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, France, LGDJ-Lextenso éd., 2008, p. 118 et s.

¹³⁷ Dans le champ de la régulation sociale, « c'est l'analyse fonctionnelle et surtout "systémique" qui fait ressortir l'idée que le rôle du pouvoir serait moins de dicter des ordres aux acteurs sociaux que d'établir entre eux un "code de déontologie" dont il veillerait à l'application » (P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 107).

¹³⁸ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle ... », art. cit., p. 145.

¹³⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, PUF, 2011, p.628.

« magistrature municipale » pour celui du maire¹⁴⁰. L'adjonction du terme influence change la nature de l'office. Celui-ci s'opère sans faire usage du pouvoir formel de commander, mais en cherchant l'adhésion, le consentement du sujet. Le concept de magistrature d'influence, en tant qu'il désigne *lato sensu* un office public dont le principe d'action consiste à exercer du pouvoir de manière non coercitive, recouvre donc l'ensemble des manifestations d'influence d'un organe public ; lorsque ce dernier recourt à des procédés de persuasion, d'incitation ou mobilise des moyens de pression. Ce concept met ainsi l'accent non seulement sur l'efficacité de l'action (le pouvoir effectivement exercé) que sur la manière dont le résultat est acquis, c'est-à-dire l'ensemble des mécanismes propres aux manifestations de l'influence.

B. La magistrature d'influence plutôt que le magistère moral

29. Parmi les écrits relatifs à l'influence des autorités administratives indépendantes, on retrouve des expressions aussi variées que celles de « magistère d'influence »¹⁴¹, de « magistère

¹⁴⁰ Cette conception renvoie en partie à la définition en droit public romain du magistrat à savoir « celui qui administre, dans la ville de Rome, les affaires de l'État, soit en vertu de la constitution primitive, en tant qu'elle est encore en vigueur, soit conformément aux institutions de la République, en vertu de l'élection directe des citoyens ou de la cooptation d'un magistrat électif » (T. MOMMSEN, *Le droit public romain* (1892), 3^e éd., trad. P.-F. GERARD, Paris, Ed. DE BOCCARD, 1984, p. 10-11). Même si, dans un sens plus courant, la magistrature désigne surtout le corps des magistrats de l'ordre judiciaire et par extension leur fonction, il serait en principe plus rigoureux de désigner le rôle du juge dans sa fonction de juger par un terme plus précis, même si très peu utilisé en droit français : la « judicature », du latin *judicatura* qui signifie « juger ». La judicature s'entend de l'activité « de toute personne ayant [pour fonction] l'administration de la Justice » (Une « charge, fonction, dignité de juge, de toute personne ayant l'administration de la Justice » : entrée « JUDICATURE » dans *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine (atilf.fr/tlfi, consulté le 4 août 2013)). L'emploi courant de ce terme se retrouve principalement dans les pays anglophones. Les *Judicature Acts*, par exemple, sont des lois relatives à l'organisation judiciaire adoptées par le Parlement britannique. L'emploi du terme « magistrature » plutôt que celui de « judicature » permet d'insister sur une signification souvent négligée de la notion de magistrature. Celle-ci désigne un office public dont la portée dépasse la seule résolution des litiges. La prise en considération de cette prétention de commander au delà de celle de juger est essentielle pour apprécier la dimension politique que recouvre le terme de magistrature. C'est ce que François OST met en lumière lorsqu'il revient sur les transformations de la fonction de juger et distingue le juge-arbitre (judicature) du juge-entraîneur (magistrature) qui, par une conception élargie de son office, participe à la réalisation de politiques déterminées. Ainsi, il précise que « c'est précisément le passage de la judicature à la magistrature qui s'opère lorsque, dans une société post-industrielle, le juge-entraîneur tend à se substituer au juge arbitre. Du juge entraîneur on attend désormais, aux termes du modèle normatif-technocratique, qu'il participe à la réalisation de politiques déterminées et assure, pour ce faire, le meilleur règlement des intérêts concernés » (F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : trois modèles de justice » dans P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacement*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, n° 30, 1983, p. 46-47).

¹⁴¹ K. GRABARCZYK, « La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, un magistère d'influence ? », *RTDH*, 2010, n° 81, p. 67-96 ; T. ROMBAUTS, « De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, vol. 2/1, p. 407-422.

moral »¹⁴² quand la grande majorité des auteurs fait référence à l'« autorité morale »¹⁴³ des organismes en question. Loin de se substituer les uns aux autres, ces notions appellent des précisions pour saisir le phénomène de l'influence tant dans le champ du droit qu'en science politique. Le terme de magistrature renvoie à une charge politique là où le magistère correspond plutôt à une fonction de nature morale¹⁴⁴. À cet égard, l'utilisation du terme magistère renvoie à la notion d'autorité, notion à la définition incertaine, constamment « tiraillée entre l'approximation conceptuelle et l'instrumentalisation idéologique »¹⁴⁵. Pour certains, elle est synonyme de commandement¹⁴⁶, pour d'autres d'influence¹⁴⁷. Les incertitudes sémantiques autour de la notion d'autorité devraient nous amener à reléguer cette locution au second plan¹⁴⁸.

30. De façon générale, la référence à l'autorité peut conduire à lui assigner deux significations à la fois proches et distinctes : le fondement d'une action – la légitimité – que celle-ci soit un commandement ou une influence et, en second lieu, les modalités d'une action directrice fondée sur la confiance – l'influence personnelle. Au titre de la première signification, Pierre ROSANVALLON considère à propos des AAI qu'au regard de leur légitimité fondée sur l'impartialité, il convient de penser ces nouvelles instances en référence à la notion ancienne

¹⁴² Vincent DAUMAS, dans ses conclusions sur l'arrêt *Numericable* du 21 mars 2016, évoque l'exercice d'un « magistère de persuasion » (« Les prises de position », *RFDA*, 2016 p. 496). L'expression « magistère d'influence » se trouve dans des productions variées : Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 50 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 10 ; G. MAITRE, « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, p. 23 ; T. ROMBAUTS, « De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes », art. cit.

¹⁴³ Par exemple, pour Chantal CARPENTIER « le Médiateur peut être présenté comme une magistrature d'influence institutionnalisée et qu'il assume une mission de régulation sans disposer de moyens autres que ceux qu'il tire de sa seule autorité morale, du moins ce qu'il en reste en dépit de la jurisprudence Retail » (C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle ... », art. cit., p. 150 ; J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 875). Dans ses conclusions sur l'affaire *Tissot*, Luc DEREPAIS estimait « la qualification d'acte discriminatoire que la HALDE peut retenir dans ses recommandations n'a, quant à elle, d'autre portée que celle qui découle de l'autorité morale de l'institution » (L. DEREPAIS, conclusions sur CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, Rec. Lebon p. 335).

¹⁴⁴ On parle par exemple du magistère de l'Église. Celui-ci désigne l'autorité en matière de morale et de foi de l'ensemble des évêques et plus spécialement celle du pape sur les fidèles catholiques.

¹⁴⁵ E. LETONTURIER, « AUTORITÉ », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (universalis.fr/encyclopedie/autorite/, consulté le 15 août 2015).

¹⁴⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1993, vol. 1/2, p. 102.

¹⁴⁷ Voir sur ce point : S. M. LUKES, *Power. A radical view (1974)*, London, The Macmillan Press Ltd, 1976, 64 p.

¹⁴⁸ Dans ce sens, Norberto BOBBIO dénonce le caractère ambivalent de la notion d'autorité qui « sert, soit à caractériser le pouvoir d'exercer la contrainte [...] et alors elle n'y ajoute rien ; soit à souligner une simple supériorité de fait qui provient du mérite, de la fonction exercée, de l'excellence du talent, etc., et elle ne permet alors aucunement de distinguer entre conseil et commandement ; généralement, on demande aussi au conseiller qu'il soit supérieur en prestige au conseillé, même si, dans cette acception, il semble plus approprié de parler d'influence que d'autorité : on peut alors encore distinguer entre le commandement autoritaire et le conseil influent » (N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. GUERET et C. AGOSTINI, Louvain, Bruylant, 1998, p. 146-147).

d'autorité – l'*auctoritas*¹⁴⁹. Dans ce cas, la référence à l'*auctoritas* consiste essentiellement à insister sur les fondements de leur légitimité, leur raison d'être. Ne pas faire référence à une telle notion interdirait, selon lui, la conceptualisation unitaire du phénomène des AAI¹⁵⁰, celle-ci reposerait donc sur une approche de l'autorité, une conception politique telle qu'issue du droit public romain. Cette référence écrasante à l'*auctoritas* en tant que « facteur premier, sinon décisif, dans les communautés humaines » du pouvoir politique¹⁵¹, aussi intéressante soit-elle malgré son caractère anachronique, dépasse de toute part le phénomène des AAI ; ce qui tient notamment à la configuration des pouvoirs sous l'antiquité romaine¹⁵² et à la place qu'occupent les autorités administratives indépendantes dans la régulation sociale. Cette rhétorique de l'autorité vise ici d'abord à les distinguer au regard de leur légitimité fondée sur leur indépendance¹⁵³ et revient à faire référence à une conception performative de la « sagesse dans

¹⁴⁹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éd. du Seuil, 2008, p. 160.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 162.

¹⁵¹ H. ARENDT, « Qu'est-ce que l'autorité? » dans *La crise de la culture* (1972), trad. par M.-C. BROSSOLET et H. PONS, Paris, Gallimard, 1989, p. 138.

¹⁵² Lorsque Pierre ROSANVALLON évoque la notion ancienne d'autorité, c'est à la notion issue du droit public romain qu'il fait référence. Une notion qui, par son origine et sa portée, n'apparaît pas pertinente ici. Suivant son étymologie, c'est à Rome que l'on situe l'origine de cette notion. Pour résumer, la *potestas* serait le pouvoir institutionnel caractérisé par le commandement, tandis que l'*auctoritas* serait une expression de l'influence résultant du prestige de l'institution, un pouvoir de nature morale. Toutefois, selon Jean GAUDEMET, cette opposition relève du contresens car « la *potestas* implique l'*auctoritas* » (J. GAUDEMET, *Les gouvernants à Rome. Essais de droit public romain*, 195e éd., Naples, Jovene Editore, 1985, p. 85). En effet, l'*auctoritas* désigne la prérogative constitutionnelle détenue par le Sénat au temps de la Rome Antique. Vers 350, à l'époque de la loi des XII Tables, le peuple romain et les magistrats disposaient respectivement du pouvoir de faire et d'appliquer la loi (*potestas* et *imperium*) ; mais ces pouvoirs étaient imparfaits sans l'intervention des sénateurs dont le rôle, proche de la figure de l'*auctor* dans le droit privé, était de ratifier ces actes en délivrant l'*auctoritas patrum* (sur ce sujet : V. MANNINO, *L'« auctoritas patrum »*, Milan, A. Giuffrè, 1979, 143 p.). Dans ce cas, l'*auctoritas* désigne le complément nécessaire à la *potestas* (le pouvoir formel) et à l'*imperium* (partie de la *potestas* confiée aux magistrats supérieurs) permettant à son détenteur d'exercer son pouvoir de manière légitime. Elle est une « puissance qui accorde la légitimité » (A. MAGDELAIN, *Jus imperium auctoritas : études de droit romain*, Rome, École française de Rome, 1990, p. 686). À la suite du déclin du Sénat, l'*auctoritas* devient un accord sénatorial préalable avant de ne devenir qu'un avis. Toutefois, rares sont les lois votées malgré cet avis (M. DUCOS, *Les Romains et la loi*, Paris, Les Belles Lettres, 1984, p. 103). Si en théorie, les *senatus-consultes* sont de simples avis donnés aux magistrats, la coutume constitutionnelle fait que ces actes sont souvent suivis à la lettre par les magistrats, étant considéré comme obligatoire de le recueillir avant de soumettre une décision au vote. L'*auctoritas* prend toute sa mesure – comme fondement premier du pouvoir politique – lorsque le Sénat cède progressivement devant la personification du pouvoir à travers la figure de l'empereur - l'*auctoritas principis*. Giorgio AGAMBEN, philosophe italien, suggère de faire le rapprochement entre l'*auctoritas principis* du droit romain et le pouvoir charismatique tel que pensé par Max WEBER ou encore la théorie de la décision proposée par Carl SCHMITT (G. AGAMBEN, « Auctoritas et potestas », art. cit., p. 141). Cette lecture rejoint la définition sécularisée de Maurice HAURIU, selon qui, l'autorité s'entend d'une « énergie spirituelle due à une certaine qualité ou valeur de la volonté et de l'intelligence, qui permet à une élite politique d'assumer l'entreprise du gouvernement en se faisant obéir des autres hommes au nom de l'ordre » (cité par C. EISENMANN dans « Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou » dans *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 42).

¹⁵³ Située « à côté » des structures traditionnelles, cette « sagesse » d'un genre nouveau ne peut être fondée démocratiquement. Sandrine BAUME considère même que « cette indépendance, nécessairement associée à un déficit démocratique, constitue la condition de l'impartialité et de la neutralité et ultimement de la légitimité de

un contexte de modernité »¹⁵⁴ – la figure du pouvoir neutre. Dans le cadre de notre étude, hormis une référence aux racines latines de l'autorité (*auctoritas* qui vient de *augere*, faire croître), nous excluons cette lecture du phénomène en tant qu'elle implique de s'interroger surtout sur la raison d'être politique des AAI – ce qui n'est pas l'objet précisément de cette étude¹⁵⁵ – pour nous intéresser plus spécifiquement à la notion d'« autorité légitime »¹⁵⁶ c'est-à-dire à la « capacité d'influence qui se fonde sur des qualités personnelles ou sociales du sujet, et le plus souvent, sur son statut dans la société »¹⁵⁷.

31. Le rapprochement des notions d'autorité et d'influence, à travers notamment des formules comme « magistère d'influence », réside d'abord dans l'idée que l'exercice du pouvoir exclut l'usage de la contrainte. Évoquer l'autorité comme une figure particulière du pouvoir d'influence consiste à cibler le pouvoir dont l'émetteur est la source. Quelle que soit sa nature, l'autorité émane d'une personne. Cet aspect est conforme à l'étymologie latine du terme qui est un dérivé de *auctor* – celui qui est la cause première d'une chose. Or l'auteur d'une chose est celui qui est à l'origine de ladite chose. L'autorité personnelle, « en son sens profond »¹⁵⁸, s'inscrit parmi les procédés d'influence : elle désigne la capacité d'obtenir un comportement ou une action d'autrui en se fondant sur son prestige ou le capital d'estime morale dont on jouit¹⁵⁹. Elle se distingue donc de la contrainte au sens strict. Mais, en tant qu'elle consiste à « obtenir, par grâce ou compétence, par rayonnement ou ascendant, le consentement d'un sujet »¹⁶⁰, l'autorité s'oppose également aux autres manifestations de l'influence ou du pouvoir que représentent la persuasion et la manipulation¹⁶¹. Elle correspond,

ces autorités » (S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, novembre 2012, n° 143, La séparation des pouvoirs, p. 26).

¹⁵⁴ S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 120.

¹⁵⁵ Cf. S. DUBITON, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit.

¹⁵⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 91 ; P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, p. 111 et s.

¹⁵⁷ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 92.

¹⁵⁸ J. RUSS, *Les théories du pouvoir*, Paris, Librairie générale française, 1994, p. 39.

¹⁵⁹ André LALANDE propose deux définitions de l'autorité. Les deux définitions sont basées sur l'origine étymologique du terme à savoir comme la « supériorité ou ascendant personnels en vertu desquels on se fait croire, obéir, respecter, on impose au jugement, à la volonté, au sentiment d'autrui » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 102).

¹⁶⁰ J. RUSS, *Les théories du pouvoir*, op. cit.

¹⁶¹ Pour rappel, Philippe BRAUD définit la persuasion comme une « démarche, ouverte et intentionnelle, de A pour conduire B à l'action (ou l'inaction) qu'il n'aurait pas sans lui adoptée ». Dès lors, persuader « peut prendre la forme d'un travail sur les représentations que l'influencé se fait de ses intérêts. Une information supplémentaire lui est donnée, pertinente ou erronée, honnête ou mensongère. Au terme de ce processus qui mobilise des arguments rationnels ou/et affectifs, B voit ses intérêts et ses aspirations différemment ; il agit en conséquence » (P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 91).

à côté de ces figures traditionnelles du pouvoir d'influence¹⁶², à la figure idéalisée de l'influence – le « pouvoir pur »¹⁶³ – ; et comme le signale Philippe BRAUD, celle qui, sans doute, « soulève le plus de problèmes »¹⁶⁴. En ce sens, l'autorité morale fait écho à la notion de « magistère » en provenance du latin *magister* – formule désignant à la fois celui qui commande et celui qui enseigne¹⁶⁵ – ; elle est exercée, dans le cas des AAI, par les membres de l'institution pris collectivement ou individuellement : elle « produit les effets de la force tout en étant le contraire même de la force »¹⁶⁶. Ce qui consiste à exercer une domination légitime ou charismatique¹⁶⁷. Pris dans cette acception, l'autorité n'est pas établie ou immuable, elle est « un concept dynamique dont la fonction est de décrire le processus effectif de la politique par lequel des personnalités sont constamment en train de gagner ou de perdre en “stature” et en “poids” »¹⁶⁸. En ce sens, elle peut se définir comme la confiance que l'on fait à quelqu'un, qu'il soit dans une position hiérarchique ou non, et dont on suit l'ordre ou le conseil¹⁶⁹. « Il a de l'autorité » veut dire que sa séduction, sa compétence ou, plus largement, sa légitimité engendre une action conforme à son désir sans contrainte et avec confiance. Ce constat rejoint l'idée selon laquelle « il n'y a d'autorité que reconnue par celles et ceux sur lesquels elle s'exerce »¹⁷⁰. En ce qui concerne les AAI, leur autorité émane, par exemple, de leur composition, de la qualité présumée de leur expertise ainsi que de « la solidité de [leur] ancrage social et du soutien qu'elles trouvent dans l'opinion »¹⁷¹. Ainsi, la personnalisation des institutions indépendantes, les compétences avérées des membres des collèges, les garanties d'indépendance à l'égard des autres pouvoirs

¹⁶² P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 616.

¹⁶³ B. de JOUVENEL, « Livre IV. L'autorité : “Potestas” et “Potentia” » dans *De la politique pure (1963)*, traduit de l'anglais par Gabrielle ROLIN, trad. G. BERGER J.-C. CASANOVA, Paris, Calmann-Lévy, 1963, p. 179 cité par P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1/2, p. 354.

¹⁶⁴ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 355.

¹⁶⁵ Entrée « MAGISTER » dans *Le grand Gaffiot : dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 2000, p.938.

¹⁶⁶ E. PRAIRAT, « Autorité et respect en éducation », *Le Portique* [en ligne], 2003/11, 15 décembre 2005 (leportique.revues.org/562, consulté le 17 septembre 2016).

¹⁶⁷ Ainsi peut-on lire que « le Médiateur n'a pas d'autre autorité que morale. On attend de lui qu'il parvienne à convaincre, qu'il négocie, qu'il s'entremette à la demande des administrés, à celle des parlementaires agissant de leur propre initiative et à celle des commissions parlementaires (depuis 1976), pour que soient parfois trouvées des solutions d'équité qui sont en principes étrangères au droit administratif français. Le Médiateur exerce une magistrature morale à titre principal ; il n'a pas d'autres moyens que ceux de l'influence purement morale (hormis un droit d'injonction non utilisé) » (C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle ... », art. cit., p. 157).

¹⁶⁸ B. de JOUVENEL, « Livre IV. L'autorité : “Potestas” et “Potentia” », art. cit., p. 147.

¹⁶⁹ M. CROZIER et E. FRIEDBERG, *op. cit.*, p.69

¹⁷⁰ J. LAGROYE, *Appartenir à une institution : catholiques en France aujourd'hui*, Paris, Economica, 2009, p. 73.

¹⁷¹ J. CHEVALLIER, « COB, CNCL et cie : la “philosophie” des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, n° 146, décembre 1998, p. 15.

sont autant d'éléments susceptibles d'accroître la force extrinsèque de leurs arguments : leur « autorité ».

32. Au vu de ces développements, réduire l'étude de l'influence des AAI à l'identification de leur magistère d'influence serait donc incomplet. Le plus souvent d'ailleurs, leur office demeure en deçà. En effet, leur activité ne repose pas uniquement sur le principe de légitimation de l'institution – leur indépendance – ou sur l'impartialité supposée de ses membres, mais également sur l'existence d'un ensemble de stratégies d'influence tendant à persuader les personnes à adopter un comportement déterminé ou une position précise. D'ailleurs, dans un contexte de régulation plus souple et participative, les autorités persuadent plus qu'elles n'exercent un véritable ascendant légitime – une autorité – sur les personnes concernées par leur activité de régulation. La notion d'« autorité morale » ou encore celle de « magistère moral » apparaissent trop spécifiques pour appréhender tous les aspects et manifestations de l'influence exercée par les AAI.

33. Contrairement à la notion d'influence, de magistère ou de pouvoir, la notion de magistrature d'influence – en tant qu'elle désigne un office public dont le principe d'action consiste à exercer du pouvoir de manière non coercitive – permet tout à la fois de saisir un statut et des ressources (indépendance, moyens et compétences d'action) qu'une méthode et une pratique¹⁷². Là où, en tant qu'autorité personnelle, le magistère rejette *a priori* toute formalisation des procédures, la magistrature d'influence, en tant qu'office délégué à un organisme poursuivant un intérêt public spécifique, le permet.

¹⁷² C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *art. cit.*, p. 38.

Section 2. L'intérêt de l'étude

34. Les nombreux travaux consacrés aux autorités administratives indépendantes¹⁷³ ou au renouvellement des pratiques normatives¹⁷⁴ invitent à dégager plus avant l'intérêt de mener une étude sur cette notion. Il s'agit principalement d'identifier une clé de compréhension de la catégorie des autorités administratives indépendantes et de saisir les contours juridiques de leur influence. Ainsi, cette étude se propose d'interroger la question des fonctions remplies par les AAI à l'aune de leur magistrature d'influence et de se demander dans quelle mesure la magistrature d'influence atteste un renouvellement des pratiques d'exercice du pouvoir politique (§1). Ensuite, il s'agira d'évaluer les réajustements du droit induits par l'exercice d'un tel office (§2). Enfin, au regard de son objet, cette étude s'inscrit dans le prolongement des questionnements relatifs à l'épistémologie juridique (§3).

§1 Une approche fonctionnelle des autorités administratives indépendantes renouvelée

35. L'approche fonctionnelle permet de mettre l'accent sur le rôle ou la finalité d'une notion, d'une catégorie ou d'une institution dans un système avant d'en saisir la spécificité. Une citation résume parfaitement les incertitudes qui entourent le rôle et les fonctions des autorités administratives indépendantes au regard de leurs modalités d'intervention :

« c'est le changement (tendanciel) de la conception même des fonctions administratives et de leur mode d'exercice qui est la principale raison d'être

¹⁷³ De nombreux travaux universitaires traitent directement des autorités administratives indépendantes : S. DUBITON, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit. ; V. AMALRIC, *L'autonomie financière des autorités administratives indépendantes: contribution à la notion d'autonomie financière en droit public*, Thèse de doctorat de droit public, Université Toulouse 1 Capitole, France, 2014 ; M. HERVIEU, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Paris, Dalloz, 2012, 786 p. ; H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Thèse de doctorat de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2008, 903 p ; C. AOUN, *L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)*, Thèse doctorat de droit public, Université de Cergy-Pontoise, Cergy-Pontoise, 2006, 430 p. ; M. COLLET, « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un État en crise ? », art. cit. ; F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse de doctorat de droit pénal, Université de Nancy II, Nancy, 1995, 428 p. ; J.-H. BLANCHET, *Contribution à la théorie générale des autorités administratives indépendantes : la commission des opérations de bourse*, Thèse de doctorat de droit public, Université Paris Descartes, France, 1997, 414 p. ; P. ICARD, *Les Autorités administratives indépendantes*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Dijon, Dijon, 1991, 672+133 p.

¹⁷⁴ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012, 678 p. ; S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit: à propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012, 535 p. ; B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, 613 p.

des autorités administratives indépendantes. En avançant cette interprétation, il faut souligner, entre autres, que “les signes de changement que l’on saisit dans le droit positif” se reflètent amplement dans la diffusion, notamment chez les juristes, d’un nouveau langage. Des termes et locutions tels que “régulation”, “fonctions quasi-législatives”, “fonctions quasi-judiciaires”, “fonctions de médiation”, “magistrature d’influence”, “moralisation”, sont désormais habituels. Le langage, toujours à l’affût de nouveauté, n’exprime pas seulement la force de suggestion idéologique d’institutions d’autres systèmes, mais aussi une nouvelle réalité que ne peut pas être cernée – ou du moins pas complètement – par les instruments conceptuels traditionnels »¹⁷⁵.

36. Parmi ces nombreuses locutions, la référence à la notion de régulation pour saisir l’action commune à toutes les autorités administratives indépendantes a été sans doute la plus partagée dans les premiers temps. En effet, dès l’essor de la catégorie au début des années quatre-vingt, de nombreux travaux ont usé de ce terme pour accentuer l’originalité de l’intervention indépendante et impartiale de ces entités, et par là même consacrer une acception du terme relativement éloignée de sa signification anglo-saxonne¹⁷⁶, dont la racine provient de l’anglais *to regulate* qui signifie « régler »¹⁷⁷. Cet emploi a trouvé une consécration par la qualification du Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA) d’« instance de régulation de l’audiovisuel » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁷⁸. Toutefois, empruntée à la théorie des systèmes et à la science économique¹⁷⁹, cette notion peine à acquérir une signification singulière en droit. Faut-il y voir une fonction spécifique ou une mission générale ? Pris dans une acception large, le terme « régulation » désigne les mécanismes tendant au fonctionnement régulier d’un système et à son maintien en équilibre¹⁸⁰. Il n’est pas permis, à partir de cette définition, de fonder des distinctions spécifiques ou d’identifier une fonction juridique propre aux autorités administratives indépendantes ou, à tout le moins, nouvelle dans le champ du droit administratif. La « régulation » fait office de fonction « chapeau » recouvrant plusieurs missions et modes d’action plus ou moins originaux, sans permettre d’en saisir les spécificités. La vocation du droit n’est-elle pas de maintenir l’ordre et la conciliation des

¹⁷⁵ N. LONGOBARDI, « Les “autorités administratives indépendantes” : une première approche (suite et fin) », *LPA*, 31 août 1999, n° 173, p.10.

¹⁷⁶ Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁷ Substantif qui vient du verbe anglais « *to regulate* » qui signifie « *to control an activity or process by rules or a system* » (entrée « *REGULATE* » dans *Cambridge Dictionary*, Cambridge University Press, 2016 (dictionary.cambridge.org/fr/, consulté le 17 septembre 2016)).

¹⁷⁸ Par exemple, à propos du Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA), le Conseil constitutionnel parle d’« instance de régulation de l’audiovisuel » (Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, consid. 2 et 6).

¹⁷⁹ Voir sur ce point : J.-C. JOBART, « Essai de définition du concept de régulation : de l’histoire des sciences aux usages du droit », *art. cit.*

¹⁸⁰ Cf. LE ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (7 vol.), dit « Le Grand Robert », Soc. du Nouveau Littré, éd. Paris, 1974.

intérêts, de s'adapter afin de maintenir un équilibre ? Pour le dire autrement, le terme « régulation » est susceptible de recouvrir tous les mécanismes ou institutions poursuivant un tel objectif, qu'il s'agisse de l'administration classique, des agences ou des instances indépendantes. Dans ce cas, l'exercice d'une magistrature d'influence participe autant d'une « fonction de régulation »¹⁸¹ que l'exercice d'un pouvoir réglementaire ou de sanction.

37. La simplification de l'action de l'ensemble des AAI à la fonction de régulation apparaît désormais datée¹⁸². C'est à partir des premières études sur les AAI qu'une conception spécifique de la régulation, distincte de la réglementation, s'est développée, opposant ainsi deux modes d'intervention de l'administration. Sortant du langage commun, de la simple notion pour devenir un véritable concept, la régulation désignait la fonction qui consiste à agir par la persuasion plutôt que par les commandements¹⁸³. Gérard TIMSIT, principal promoteur de cette conception de la régulation, soutenait qu'à côté du discours de la réglementation serait apparu celui de la régulation, constituant ainsi les « deux corps du droit »¹⁸⁴. Dans ce sens, Laurence CALANDRI a théorisé la fonction juridique de régulation comme la modalité d'intervention, distincte de la fonction traditionnelle de réglementation, fondée sur l'influence¹⁸⁵ et qui se caractériserait par son caractère informel, sa portée « invitative » et effective dans sa réception¹⁸⁶. Cette approche nous semble trop restrictive. En effet, dans ce cas, les organismes indépendants qualifiés d'autorités administratives indépendantes disposeraient parmi leurs moyens d'un seul acte permettant la concrétisation de la fonction de régulation : la recommandation spontanée (l'acte invitatif). Ce qui revient nécessairement à dresser une typologie des instruments de la régulation incomplète. Cette approche théorique aboutit à exclure les actes consultatifs traditionnels des instruments de la régulation. Or, dans le cadre d'une étude sur la magistrature d'influence, le conseil, qu'il soit sollicité ou spontané, ne diffère pas dans sa portée, ni nécessairement dans sa fonction. Sans doute, comme le rappelle Marie-Anne FRISON-ROCHE, la nature ambiguë de la notion de fonction rend la conceptualisation d'une fonction juridique de régulation incertaine et impropre à saisir tant l'action des AAI d'une

¹⁸¹ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle ... », art. cit., p. 143.

¹⁸² A. SÉE, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université de Strasbourg, 2010, p.129 et s. ; L. BOY, « Régulation et sécurité juridique » dans L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 335.

¹⁸³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd., 2004, p. 146.

¹⁸⁴ G. TIMSIT, « L'Administration tranfigurée : un nouveau modèle d'administration ? », *RISA*, 1993, p.693 reproduit dans *Archipel de la norme*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1997, p. 43 ; G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n° 78, Paris, 1996, p. 377.

¹⁸⁵ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009, 733 p.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 213 et s.

part, que les expressions de la magistrature d'influence d'autre part¹⁸⁷. D'autres auteurs ont adopté une conception plus extensive de la régulation, qui se caractériserait par un droit concret, souple, élaboré avec son destinataire¹⁸⁸. Ainsi, en droit administratif, entendue comme le mode d'intervention privilégié des autorités administratives indépendantes, la régulation serait, selon Martin COLLET, « l'ensemble des techniques visant à faire participer les destinataires de normes unilatérales, molles ou dures, à leur élaboration, ainsi que l'ensemble des normes unilatérales molles, c'est-à-dire formellement non impératives et/ou sanctionnées, mais ayant vocation à être suivies »¹⁸⁹. La régulation se caractérise dans ce cas par la mobilisation d'instruments non contraignants et d'un droit réflexif, c'est-à-dire un droit empirique caractérisé par le dialogue¹⁹⁰. Ces tentatives de singularisation de la notion en droit répondent à une recomposition incontestable du rôle de l'État dans les pays à forte tradition libérale¹⁹¹.

38. L'absence de consensus, aussi bien sur les critères que concernant le domaine, invite à ne pas mobiliser la notion de régulation dans un sens trop spécifique, et ce dans la perspective d'une étude en droit public de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes. Dès lors, les références à ce terme dans le cadre de notre étude de droit public se limiteront à deux acceptions : l'une générale – action de régler, de rendre régulier un mouvement ou un débit – ; et l'autre circonscrite de façon contextuelle¹⁹² au secteur économique (tenant compte de l'usage dominant du terme), c'est-à-dire à une mission administrative spécifique qui « n'a de sens véritable en droit administratif que comme une activité d'intérêt général et de puissance publique à objet économique »¹⁹³.

39. En effet, si l'on peut considérer qu'une approche fonctionnelle est pertinente pour comprendre le rôle des AAI au-delà de leurs compétences décisionnelles, il convient de ne pas

¹⁸⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « III-1.5: Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français de Laurence Calandri », *thejournalofregulation.com*, 2 février 2011, mise à jour le 11 février 2011 (thejournalofregulation.com/media/attachments/2011/2/11/III-1-5_v-anglaise.pdf, consulté le 14 février 2012).

¹⁸⁸ G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *op.cit.*, p.375.

¹⁸⁹ M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », dans *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, Paris, 2007, p.247.

¹⁹⁰ L. BOY, art. cit., p. 344.

¹⁹¹ C. BESSY, T. DELPEUCH et J. PELISSE, « Situer le droit par rapport à l'action économique. Les apports croisés de l'économie institutionnaliste et de la sociologie du droit » dans *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, 2011, p. 25.

¹⁹² Il convient en effet de tenir compte du fait qu'en droit et en économie, la matière est dominée par une conception politique de la régulation. Ce terme apparaît au début des années 80 dans l'Angleterre thatchérienne à l'occasion des privatisations, avant de se propager pour apparaître dans les textes communautaires relatifs au domaine des industries de réseaux, et ce afin d'accompagner l'ouverture à la concurrence. Par conséquent, les préoccupations économiques prédominent et le droit s'adapte – moins de réglementation plus de recommandation (C. BESSY, T. DELPEUCH et J. PELISSE, *Idid.*).

¹⁹³ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 369.

réduire celle-ci à une fonction originale dont les critères de délimitation ne font l'objet d'aucun consensus. L'appréhension du phénomène de l'influence par la notion de régulation présente le risque d'occulter plusieurs aspects de l'action des autorités administratives indépendantes qui cumulent des pouvoirs et remplissent des fonctions variées. Au contraire, « l'examen attentif des domaines et des modalités d'intervention des AAI, en général, permet d'établir que les fonctions effectivement exercées sont, sous couvert et sous la dénomination de régulation, des fonctions de pure administration »¹⁹⁴. Une étude complète des usages de procédés non contraignants invite à les mettre en relation avec des fonctions précisément identifiées (réglementation, rétablissement des comportements, prévention des violations des droits, résolution des conflits ou conseil). Cela doit permettre d'observer dans quelle mesure les AAI sont une « réponse à l'inadaptation des modes d'intervention publique »¹⁹⁵. Ainsi, certaines autorités participent au maintien de l'ordre public en combinant tous les modes d'intervention des autorités de police (réglementation, autorisations, sanctions), là où d'autres participent à la normalisation des conduites par la diffusion d'une doctrine spécifique non contraignante sous la forme notamment de recommandations de bonnes pratiques. Plutôt que d'en faire une fonction spécifique en la réduisant à l'observation des seuls outils d'influence ou d'une caractérisation aléatoire ou artificielle, il convient de mettre ces modes d'influence en perspective avec les fonctions/missions effectivement remplies par les AAI. Dans le cas contraire, on court le risque de ne pas saisir les enjeux, les apports et les limites de la « nécessaire souplesse »¹⁹⁶ de l'action des autorités administratives indépendantes. Ce choix n'est pas motivé par un rejet de toute conceptualisation de la régulation en droit, mais par le souci d'appréhender tous les mécanismes par lesquels l'administration n'agit pas par la contrainte, mais use du renseignement, de la recommandation voire de l'incitation. La magistrature d'influence ne s'apparente pas à la concrétisation d'une fonction singulière, mais bien à une manière renouvelée, proactive et non coercitive de remplir des fonctions classiques : il en va ainsi de la réglementation, du contrôle ou de l'expertise.

40. Par exemple, en usant de recommandations pour définir et faire respecter une éthique dans certaines matières (santé, finance ou sécurité), les AAI participent d'une fonction équivalente à celle des actes de réglementation, c'est-à-dire fixe un cadre et des règles adaptés

¹⁹⁴ S. TRAORÉ, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *Droit Administratif*, août 2004, n° 8, étude 16, paragr. 11.

¹⁹⁵ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 41.

¹⁹⁶ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 20.

à une activité déterminée¹⁹⁷. Par l'établissement de magistratures d'influence, le législateur fait le choix de conférer à l'État une place originale, jugée plus adaptée, dans la normalisation des comportements¹⁹⁸ ; en ce que l'exercice d'un tel office permet « un croisement inédit du droit et de la morale »¹⁹⁹. Loin de pointer le recul du droit comme mode de régulation des sociétés, cette intervention non coercitive participe d'un renouvellement du rapport entre droit et morale en tant que modes complémentaires de régulation dans une société démocratique. Elle constitue donc un enjeu fondamental de la réflexion sur la « crise du droit »²⁰⁰, et plus largement sur les modes de direction des conduites. De façon générale, cela pose la question de l'inter-normativité entre le droit, la morale et l'éthique, c'est-à-dire interroge la manière dont les normes juridiques et éthiques interagissent entre elles ou celle dont les différentes normativités juridiques reflètent ces niveaux d'action et d'interaction.

41. Ensuite, d'autres fonctions – plus originales celles-là – apparaissent au second plan ou sont parfois minorées dans les théories sur la régulation. Il en va ainsi par exemple des pouvoirs de recueillir et de diffuser l'information qui permettent aux autorités, entre autres, d'assurer une fonction de prévention des violations des droits et libertés. Dans le cadre de leur mission de contrôle, de veille ou d'étude, les AAI préviennent et dénoncent des violations : elles exercent une sorte de fonction de dénonciation, de mise en garde. On attend des autorités qu'elles dénoncent les dysfonctionnements qu'elles constatent ainsi que les comportements dangereux dont elles ont connaissance. Certains même les comparent à des lanceurs d'alerte²⁰¹. On peut citer également les attributions consultatives des autorités administratives indépendantes qui acquièrent une dimension remarquable au prisme de leur magistrature d'influence : au lieu d'une fonction consultative classique, on observe l'exercice d'une véritable fonction de proposition, c'est-à-dire une activité proactive de conseil qui se distingue par la mise en place

¹⁹⁷ Par exemple, en matière économique, la Commission de la concurrence cherchait « à travers les avis qu'elle donne plus à dépister les problèmes, prévenir les risques concurrentiels, conseiller les entreprises, qu'à sanctionner, la Commission a exercé une mission très générale de moralisation des comportements des agents économiques et d'amélioration de l'économie concurrentielle » (C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », art. cit., p. 33).

¹⁹⁸ Voir : D. LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation » dans CURAPP (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1984, p. 51-77.

¹⁹⁹ D. TERRÉ, « Droit, morale et sociologie », *L'Année sociologique*, février 2004, n° 54, p. 498.

²⁰⁰ A. LACROIX, L. LALONDE et G. A. LEGAULT, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, mars 2002, n° 33, p. 8.

²⁰¹ J.-F. KERLÉO, « Les autorités publiques sont-elles des lanceurs d'alerte comme les autres ? Les spécificités françaises du régime de l'alerte éthique », *REVDH* [en ligne], n° 10, 2016, 24 juin 2016 (revdh.revues.org/2218, consulté le 15 septembre 2016).

d'un suivi. À ce titre, les autorités agissent le plus souvent sur « le registre incantatoire »²⁰², par un appel régulier à l'opinion par l'intermédiaire d'instruments aussi divers que le rapport annuel destiné aux plus hautes autorités de l'État, et rendu public, que les avis rendus sur les projets de lois ou de décrets concernant le secteur régulé et les consultations auprès des autorités juridictionnelles.

42. Enfin, l'extension du rôle de l'État s'accompagne d'une adaptation des fonctions traditionnelles de l'administration, tant au regard de la structure que des méthodes afin de correspondre aux attentes du corps social. L'originalité des autorités administratives indépendantes réside dans le fait de mener une « action souple et impartiale, lieu d'intersection entre la parole persuasive, la norme juridique et la contrainte »²⁰³. Or cette action est susceptible de remplir plusieurs fonctions dont les finalités sont relativement classiques et dont la spécificité est souvent remise en question par le juge. Cette souplesse revendiquée s'apparente à ce que Jean-Louis AUTIN appelle, de façon impropre à notre sens, la « fonction d'effectivité »²⁰⁴, c'est-à-dire l'adaptation des moyens et la recherche de l'instrument idoine susceptible de donner des résultats concrets²⁰⁵. Or, cette approche dépend de chaque secteur déterminé et s'apprécie au regard des missions conférées et des compétences dévolues. Ainsi, nombre d'AAI s'attaquent aux problèmes *a priori* et *a posteriori*, mélangeant les formes d'intervention pour aller de la simple incitation à la sanction, de la recommandation au règlement, en passant par le recueil et la diffusion de l'information.

§2 Les incertitudes juridiques autour de la magistrature d'influence

43. La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes passe notamment par la diffusion d'informations, l'édition de recommandations ou encore

²⁰² J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JC Libertés*, Fasc. 300, 1 mai 2009, § 8.

²⁰³ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁴ J.-L. AUTIN, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, n° 5, p. 1219.

²⁰⁵ Michel FOUCAULT, dans une communication inédite à propos de l'émergence du phénomène des AAI évoquait à propos du projet de « Délégué aux libertés », tel que présenté dans le programme du Parti socialiste de l'époque (Comité pour une charte des libertés animé par Robert BADINTER, *Liberté, Libertés*, Paris, Gallimard, 1976, p. 229), une institution chargée de proposer un « optimum des libertés ». Il faut un optimum qui se fonde sur l'exigence d'effectivité des libertés tout en favorisant l'adhésion des destinataires. Dès lors, les frontières de la régulation sociale ne se trouvent plus dans celle entre le licite ou l'illicite, mais dans la « détermination d'un optimum fonctionnel pour le corps social ». Or cette recherche de l'effectivité n'est pas limitée aux seules AAI, c'est le rôle même des instruments juridiques de s'adapter aux besoins (M. FOUCAULT, « La redéfinition du judiciaire, intervention au séminaire du Syndicat de la Magistrature, 1977 », *Vacarme*, automne 2004, n° 29, p. 56).

l'émission de communiqués qui s'invitent, de manière alternative au droit contraignant, dans les modes de production du droit et dans la régulation des sociétés. Si l'usage de ces instruments prévaut dans le cadre d'une mission d'expertise, il s'observe désormais dans celui d'une mission de réglementation ou de contrôle en substitution aux actes juridiques contraignants. Ces usages suscitent des interrogations quant à la portée qu'il convient de reconnaître à ces instruments. En effet, la vocation directive d'une magistrature d'influence – souvent privilégiée par les autorités administratives indépendantes – invite tant le législateur et le juge que les universitaires à reconsidérer les frontières de leurs offices respectifs pour saisir cette expression singulière du pouvoir. Or si l'on s'en tient à une expression de l'influence en opposition à l'injonction, caractérisée par son caractère contraignant, celle-ci n'affecte pas de façon irrémédiable la liberté de choix des destinataires. En d'autres termes, l'acte d'une magistrature d'influence ne devrait être soumis à aucun contrôle, car il ne dispose d'aucune autorité juridique et, à ce titre, est insusceptible d'être une décision susceptible de faire grief.

44. Toutefois, cette conception de la magistrature d'influence comme manifestation informelle d'un pouvoir non contraignant s'avère dépassée à plus d'un titre. Loin d'être une expression informelle du pouvoir par une autorité politique, à l'instar de la magistrature d'influence du Président de la République²⁰⁶, elle est devenue, à côté des moyens juridiques, une méthode désormais consacrée – institutionnalisée – d'expression d'une opinion ainsi qu'une méthode susceptible de remplir des fonctions juridiques caractéristiques. Si les AAI ne disposent pas toutes d'un pouvoir de décision, elles disposent au minimum d'une compétence d'édicter des avis, des recommandations, des communiqués ou mettre en œuvre des actions pédagogiques ou promotionnelles en vue d'inciter les individus à changer leur comportement. Même si ce mode d'intervention « s'exprime sans violence, oriente sans trancher, incite sans forcer »²⁰⁷, il recèle néanmoins un potentiel normatif, en ce qu'il a pour objet, de « servir d'étalon pour les conduites effectives »²⁰⁸. Or du point de vue de l'efficacité de la régulation, « peu importe [...] 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 »²⁰⁹. Sans se fonder sur aucune statistique précise, il est fréquemment indiqué que leurs communiqués, positions ou avis ont un « poids

²⁰⁶ P. AVRIL, *Le régime politique de la Ve République*, Paris, LGDJ, 1964, p. 235 et s.

²⁰⁷ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit (1962, 2e éd.)*, trad. C. EISENMANN, Paris, Bruylant LGDJ, 1999, p. 23.

²⁰⁹ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 290.

suffisant »²¹⁰ et leurs recommandations « s'imposent avec force et font donc autorité »²¹¹. De façon plus déterminante sans doute, les autorités, qui émettent ces actes, mettent en œuvre des pratiques de persuasion (maîtrise de la publicité de leurs actes par exemple) qui ont vocation à en renforcer la portée effective. Tel que présenté, le pouvoir exercé par les AAI dans le cadre d'une magistrature d'influence n'aurait rien à envier à une véritable compétence de décision²¹². Or cette effectivité est loin de ne reposer que sur l'entente ou la croyance dans la légitimité des autorités émettrices, mais bien dans la fonction remplie par l'acte (réglementation ou contrôle) et dans les moyens de persuasion susceptibles d'en assurer l'obéissance (le risque de la mise en cause de la réputation du destinataire par exemple).

45. Face à ce constat, il n'est pas difficile d'imaginer le désarroi des administrés vis-à-vis d'actes informels ou semi-formels qui ressortissent par principe de l'ordre de l'influence et non du commandement. Or ce désarroi s'exprime naturellement par l'introduction d'un recours dirigé contre ce type d'actes. Contrairement à celle des actes administratifs unilatéraux décisifs, l'évaluation de la portée des actes dont la visée n'est *a priori* que recommandationnelle peut s'avérer délicate, en raison d'abord du caractère dynamique de la relation de pouvoir lorsque son cadre n'est pas clairement préétabli. Ensuite, la notion de pouvoir, qu'il s'agisse d'une simple influence ou déjà d'une injonction, est par définition en contradiction même avec l'idée de liberté²¹³. Autrement dit, le choix d'adhérer ou pas à la recommandation n'est jamais totalement soustrait à toute forme de pression. En effet, selon la configuration de la relation, le recours à l'influence ou la persuasion peut avoir « la même force mobilisatrice » qu'une décision exécutoire et aboutir « au même résultat »²¹⁴. L'ambiguïté de cette relation est particulièrement nette dans le cas des recommandations de la Haute autorité de santé (HAS) qui, si elles n'obligent pas les médecins à les respecter, peuvent néanmoins servir à identifier la faute déontologique ou médicale en tant qu'elles font apparaître l'état de la science à un moment donné, et ce conformément aux dispositions du Code de santé publique.

²¹⁰ Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 13.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Ainsi que le relève André de LAUBADERE, « la tendance existe d'autre part – et ce n'est pas sans lien avec ce qui vient d'être dit – à étendre la dénomination d'AAI, parfois même dans les textes, à des organismes qui n'ont pourtant que des compétences d'avis, mais qui exercent celles-ci avec une particulière autorité [...] La commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'occupation, instituée par décret du 10 septembre 1999, qui n'est pas une juridiction, est une instance consultative chargée de faire des recommandations d'indemnisation au premier ministre ; mais, d'une part, celui-ci s'est engagé par avance à suivre toutes les propositions de la commission, et, d'autre part, cette dernière pourrait avoir certaines compétences de décision » (A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 16^e éd., par Y. GAUDEMET, Paris, Ed. LGDJ, 2001, p. 79-80).

²¹³ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 337.

²¹⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 290.

Dans ce cas, la recommandation de la Haute autorité s'avère avoir une influence déterminante. De façon plus nette encore, les mécanismes d'influence peuvent prendre appui sur un dispositif juridique tendant à accroître explicitement la pression qui pèse sur le destinataire du conseil ou de la recommandation sans pour autant que soit posée à son égard une obligation quant au comportement à adopter. De plus en plus, le législateur inclut les recommandations dans des dispositifs incitatifs qui contiennent des obligations d'en tenir compte ou subordonnent le respect de la recommandation au bénéfice d'un avantage. Ces mécanismes confortent le mouvement d'intégration des instruments d'influence dans le champ du droit.

46. Le plus souvent, la compétence d'édicter des recommandations ou des avis est prévue à côté d'attributions décisionnelles dont l'encadrement résulte des dispositions législatives et jurisprudentielles. Loin de réglementer l'édiction d'actes en particulier, dont l'expression s'avère difficilement contrôlable – et facilement contournable – le législateur élabore une réglementation progressive des décisions entourant l'exercice d'une magistrature d'influence. L'institutionnalisation de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes « place sous un jour nouveau les exigences de légalité »²¹⁵ et constitue un défi pour le juge dans la redéfinition de son contrôle de l'activité de l'administration. Il est désormais acquis que les procédés d'influence ne sont plus étrangers au droit, non pas tant parce qu'ils produiraient des effets juridiques (naissance d'un lien de droit), mais plutôt parce que leur exercice appelle un encadrement spécifique au regard de leur vocation directive. Pour autant, la question du contrôle de ces actes, en tant qu'il se substitue aux expressions du droit, fait émerger des questionnements liés à l'adaptation des catégories classiques du droit. Elle se traduit notamment par le passage d'un recours indemnitaire à l'encontre d'actes aux effets non juridiques à celui du recours pour excès de pouvoir (REP) contre des actes susceptibles de produire des « effets notables » ou une « influence significative »²¹⁶. Cette ouverture du REP, loin de n'apparaître que comme une garantie ponctuelle contre des abus liés à l'exercice d'un

²¹⁵ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, op. cit., p. 184.

²¹⁶ Ces expressions sont extraites des deux décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016 : CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, Rec. Lebon, p.71, concl. S. VON COESTER, p. 81 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, Rec. Lebon, p.88, concl. V. DAUMAS, p. 93 ; *RFDA*, 2016, p. 506, concl. V. DAUMAS ; *AJDA*, 2016, p.572 ; *AJDA*, 2016, p. 717, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *Droit administratif*, avril 2016, p. 32, S. VON COESTER et V. DAUMAS ; *Revue de droit fiscal*, n° 17, 2016, p. 19, O. FOUQUET ; *JCP G*, n° 22, 30 Mai 2016, 623, p.1075, T. PERROUD ; *Droit administratif*, n° 5, Mai 2016, comm. 34, A. SÉE ; *Procédures*, n° 5, Mai 2016, comm.186, N. CHIFFLOT ; *CCC*, n° 5, mai 2016, comm. 125, D. BOSCO ; *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2016, comm. 144, note P. PAILLER ; *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2016, comm. 108, N. MATHEY.

pouvoir d'influence, traduit le besoin de régler l'exercice de la magistrature d'influence ainsi que celui de réintégrer dans le champ du droit les actes adoptés dans le cadre d'un tel office.

§3 L'épistémologie juridique à l'épreuve de la magistrature d'influence

47. Par leur action, les autorités administratives indépendantes se situent au cœur des questionnements de l'épistémologie juridique contemporaine. Sans surprise, le pouvoir d'influence n'a pas de statut épistémologique déterminé en droit. En effet, hormis l'hypothèse de la compétence ou de la permission, le terme « pouvoir », entendu comme la capacité d'influer sur les comportements, n'est pas à proprement parler un objet de la science juridique. Toutefois, le renouvellement des techniques de gouvernement, préférant la persuasion à la contrainte, la recommandation à la réglementation, interpelle directement le chercheur en droit. Mettant à l'épreuve les conceptions traditionnelles du droit, il incite les juristes à redéfinir ou réinventer l'objet de leur discipline. De façon générale, l'épistémologie juridique s'attache moins à la réalité concrète du droit qu'à l'étude de ses modes de connaissance²¹⁷. Il convient de rappeler que « la science du droit n'a pas un objet qui lui serait intégralement donné de l'extérieur. Elle contribue à la construction de ce qu'elle étudie »²¹⁸, de sorte que « [c]eux qui se donnent pour tâche de connaître et de faire connaître le droit ont une influence directe et considérable sur son contenu même »²¹⁹. Le constat de la réduction des mécanismes contraignants dans la régulation sociale²²⁰, ou encore du « phénomène de reflux des prescriptions dans la production juridique »²²¹, force les juristes à réajuster les concepts susceptibles d'appréhender une transformation des processus juridiques de direction des conduites et à tenir compte d'une perception multidimensionnelle du pouvoir politique. Une évaluation de la pertinence des concepts ou un réajustement s'avère en effet nécessaire pour tenir compte de l'évolution de phénomènes politiques qui trouvent des prolongements juridiques. Ainsi, c'est par le renouvellement de la réflexion autour de notions et de concepts tels que celui d'effets juridiques, de régulation, de source, de normativité ainsi que celui

²¹⁷ Voir, A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit » dans *La recherche juridique vu par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2015, pp. 79-130.

²¹⁸ Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 88.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 83.

²²⁰ T. DELPEUCH, L. DUMOULIN et L. de GALEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014, 314 p.

²²¹ J.-M. AUBY, « Prescription juridique et production juridique » dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 159.

d'autorité que les modes d'influence vont acquérir progressivement un statut dans le champ du droit.

48. En premier lieu, ce sont des concepts existants qui se trouvent impactés par l'émergence de ces nouveaux procédés d'influence. En effet, il s'agit de les adapter au risque de susciter un décalage inconfortable entre fait et droit. D'abord, au regard des AAI, c'est le concept d'autorité administrative qui est directement concerné et jugé inadapté. L'appellation d'autorité conférée à des organes dépourvus du pouvoir de commander incite à adopter une « conception plus nuancée »²²² de la notion d'autorité en droit, au risque « d'obscurcir la théorie juridique »²²³ sur ce point. En droit, la notion d'autorité, ainsi qu'on a pu l'évoquer, renvoie presque exclusivement au pouvoir de commander. Toutefois, il apparaît que la définition sociologique de l'autorité – sans référence au pouvoir de contrainte donc – est de plus en plus mobilisée à l'appui de démonstrations relatives à l'éclairage de concepts juridiques traditionnels. Il en va ainsi également de la notion d'injonction²²⁴ ou de celle de décision administrative²²⁵.

49. En second lieu, la prise en compte de ce phénomène, au regard de sa vocation directive, suscite l'élaboration de concepts nouveaux à mêmes d'en saisir les manifestations et d'assurer une réintégration dans le champ du droit non seulement des effets, mais également de ses caractéristiques structurelles. Par exemple, la notion de régulation, dans sa conception juridique²²⁶, en constitue une tentative. Certains travaux abordent indirectement les manifestations de l'influence par une étude minutieuse de ses instruments *via* le concept de « petites » sources du droit, tout en admettant qu'ils ne sont que l'« expression d'un simple pouvoir moral »²²⁷. Enfin, l'abandon de l'impératif comme critère déterminant de la juridicité a conduit à un déplacement de la frontière entre les différents types de normativité et la normativité juridique. Les promoteurs du concept de « droit souple », dont il conviendra d'interroger l'opportunité, se proposent ainsi d'étudier les instruments formalisés du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes²²⁸. Mais c'est surtout par la notion de normativité que la notion de pouvoir va trouver un prolongement dans le champ du droit, même

²²² M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 50.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2009, p. 224 et s.

²²⁵ B. DEFOORT, *La décision administrative*, Paris, LGDJ, 2015, p. 201 et s.

²²⁶ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*

²²⁷ S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit*, *op. cit.*, p. 92.

²²⁸ Voir sur ce point : J. RICHARD et L. CYTERMANN, *Le droit souple*, Étude annuelle du Conseil d'État, vol. 64, Paris, La Documentation française, 2013, 297 p.

si cela conduit à introduire une certaine confusion dans les termes²²⁹. Certains n'hésitent pas à parler de « normativité atténuée »²³⁰ ou encore de « normativité faible »²³¹ pour qualifier le processus d'atténuation de la contrainte dans la régulation des conduites par l'État. Dans le renouvellement des approches normatives du droit, le concept de « force normative » promu par Catherine THIBIERGE²³² fait office de référence. Cette approche, sous l'angle de la vocation instrumentale des normes, vise à proposer une typologie exhaustive des normes juridiques, soucieuse d'intégrer les manifestations normatives attachées à l'influence et la persuasion. Or derrière la référence à la force, ce sont précisément des usages spécifiques que l'auteur met en lumière plutôt qu'un renouvellement d'un contenu normatif. En effet, n'évoque-t-elle pas la « force d'influence, de persuasion, force d'orientation, plus que le droit dur » comme le « besoin de la participation, de la compréhension et de l'adhésion de ceux auxquels [l'autorité normative] s'adresse »²³³. Cette entreprise conceptuelle a pour finalité de tenir compte du fait que la « force jaillit de toutes parts en lien avec la norme, source d'effets de droit, mais aussi d'effets sociaux. Nul acteur n'en est maître ni ne la fixe. Elle évolue sans cesse et se conjugue aux forces sociales qui la renforcent ou l'épuisent. Au cœur du droit, la force normative traverse et anime ses formes »²³⁴. Face à ces tentatives de redéfinition de la norme juridique, Paul AMSELEK met néanmoins en garde contre l'utilisation du terme normativité²³⁵. Selon lui, il n'y

²²⁹ Comme le rappelle François BRUNET, « le droit positif témoigne de ce qu'une proposition n'est pas nécessairement dépourvue de toute normativité potentielle. En effet, l'expression significative de "pouvoir de proposition" est parfois utilisée, ce qui laisse entendre qu'une proposition n'est pas neutre » (F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012, p. 243).

²³⁰ J.-M. SAUVÉ, « Où va l'État ? », 80 ans de la Revue Esprit Table-ronde sur les transformations de l'État, effacement ou montée en puissance ? Mairie du 3^{ème} arrondissement, Samedi 8 décembre 2012, consultable sur conseil-etat.fr ; C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, n° 4, p. 599-629 ; P. JESTAZ, « Une révolution inaperçue. À propos de l'acte juridique », *RTD Civ.*, 2014, n° 1, p. 67-71.

²³¹ C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, 2008, n° 51, p. 341-371.

²³² Voir : C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, 891 p.

²³³ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », art. cit., p. 599.

²³⁴ C. THIBIERGE, « Synthèse : la force normative » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, p. 811.

²³⁵ Paul AMSELEK considère que le terme « normativité » « peut laisser croire, par analogie avec des termes tels que par exemple "luminosité", à une graduation du normatif : comme si le normatif était une propriété intensive, se donnant à des degrés différents, une sorte de "force" d'intensité variable, à l'instar de l'intensité lumineuse des objets. Cette illusion suscitée ou encouragée par une terminologie mal assurée doit être dissipée : le normatif n'est pas susceptible de plus et de moins ; un contenu de pensée est norme – a reçu la vocation instrumentale à servir d'indicateur du possible – ou n'est pas norme. Peu importe que ce contenu de pensée soit plus ou moins apte à remplir la fonction qui lui a été assignée, qu'il soit plus ou moins propre à rendre les services auxquels on l'a destiné, en bref que la norme ainsi constituée soit plus ou moins bien praticable, dotée d'une plus ou moins grande valeur pragmatique » (P. AMSELEK répondant à un mini-sondage « Selon vous que signifie le terme « normativité » ? », dans C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 1163).

a pas différents types de normes, mais seulement des modes distincts d'énonciation de la norme, et ce indépendamment de leur contenu. En effet, « l'essence même du normatif n'est pas en cause dans [la] distinction » entre commandement d'une part et recommandation d'autre part. Par conséquent, il conteste l'idée d'une gradation normative au sens où il y aurait du plus ou moins normatif. Une norme n'est pas en soi recommandationnelle ou impérative, elle le devient ; « ce sont les spécifications relatives au mode d'utilisation de la norme qui diffèrent en l'occurrence »²³⁶. Ces tentatives de conceptualisation du phénomène recommandationnel à partir du concept de normativité participent en quelque sorte d'une action de réhabilitation de ce qu'il était convenu de nommer de façon péjorative « l'infra-droit »²³⁷.

50. Le parti-pris de cette étude, par l'emploi d'un concept sans référence à un aspect précis de la science juridique – la magistrature d'influence –, est précisément de saisir dans sa profondeur ce mode original d'exercice du pouvoir. Or, cette démarche ne peut tenir dans une redéfinition de la normativité seule ou une étude limitée aux actes qui n'en sont que l'expression dernière. L'insécurité ou l'instabilité ressentie par les sujets du pouvoir ne vient pas nécessairement d'une conception de la norme inadaptée ou d'une nécessaire évolution des concepts, mais plus vraisemblablement d'une insuffisante prise en compte dans l'instance juridique des interactions des acteurs. Cette approche invite à s'attarder à la configuration de la relation entre celui qui commande, recommande et celui qui obéit ou adhère, en d'autres termes au contexte d'énonciation de la norme. Pour ce faire, la notion d'influence et l'étude de l'« action diffuse »²³⁸ des AAI offrent l'occasion de montrer précisément les différents aspects juridiques et extra-juridiques d'une démarche fondée sur l'influence.

Section 3. La méthode de recherche

51. L'étude de l'influence et son institutionnalisation à travers le phénomène des autorités administratives indépendantes se prête à des analyses relevant de registres scientifiques différents. S'il n'est pas envisageable de les traiter tous au risque de réaliser une étude peu

²³⁶ P. AMSELEK, *op. cit.*, 1164.

²³⁷ Cf. F. HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », *McGill Law Journal*, 2001, vol. 47, p. 161-194 ; J.-M. AUBY, « Le royaume de l'«infra-acte administratif» », *Droit Administratif*, mars 2015, n° 3, p. 1-2.

²³⁸ J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *art. cit.*.

rigoureuse, leur exclusion n'en appelle pas moins quelques remarques en ce que ces démarches, et les instruments méthodologiques qu'elles mobilisent, sont néanmoins susceptibles d'apporter un éclairage pertinent du phénomène (§1). Toutefois, pour mener à bien cette étude, il a été fait le choix d'une méthode analytique et déductive conforme aux ambitions d'une recherche juridique, c'est-à-dire comprenant la décomposition de l'objet en ses éléments constitutifs, ses éléments essentiels, afin d'en saisir les rapports et les contradictions (§2).

§1 Les démarches non retenues

52. Au regard de l'objet, il n'est pas possible d'ignorer l'approche de science politique (A). Ensuite, le contexte d'émergence des AAI, et leur inscription dans des structures de droit européen notamment, invite à s'intéresser à la pertinence d'une approche comparative (B).

A. L'approche de science politique

53. L'exclusion d'une approche de science politique est partiellement rhétorique, car l'auteur de cette étude ne possède en toute occurrence pas les compétences requises pour effectuer un tel travail. Néanmoins, il convient de mentionner les apports des sciences sociales à l'étude de l'influence des autorités administratives indépendantes dans la mesure où elles s'intéressent aux institutions et aux groupes inscrits dans la vie sociale et dont les actions sont les manifestations de l'exercice d'un pouvoir²³⁹. En effet, si l'on s'intéresse au pouvoir effectivement exercé par les autorités au-delà de leurs compétences décisionnelles, il est évident qu'une analyse empirique de la réception de leurs recommandations s'impose pour en mesurer le degré d'obéissance d'une part et la portée tant sociale que politique d'autre part. À ce titre, plusieurs travaux de sociologie politique ont été consacrés à des autorités administratives indépendantes²⁴⁰. En sociologie, la magistrature d'influence est un pouvoir reconnu à une

²³⁹ O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'État*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I. Faculté de droit et des sciences économiques, France, 2000, p. 7.

²⁴⁰ S. GILLET, *Le Médiateur de la République : inventions et formalisations*, Thèse de doctorat Science politique, Université Paris I, France, 1994, 392 p. ; A. REVILLARD et al., *La fabrique d'une légalité administrative: sociologie du médiateur de la République*, Paris, France, Mission de recherche droit et justice, 2011, 383 p. ; P. LASCOUMES, « La C.O.B. : entre magistrature économique et gestion du droit des affaires », *Déviance et société*, 1985, vol. 9, n° 1, p. 1-30. Voir surtout le chapitre 4 de la thèse de Vincent-Arnaud CHAPPE intitulé « Grandir les cas individuels, prouver son autonomie, perdre son indépendance : les actions de politisation de la Halde contraintes par sa position institutionnelle » (V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès. Sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse de doctorat de sociologie, École normale supérieure de Cachan, Paris, 2013, 737 p) ; V.-A. CHAPPE, *La construction publique du problème des discriminations à travers la genèse de la HALDE : la création d'un consensus a minima*, Mémoire de Master Recherche, Institut d'études politiques de Paris, 2008, 196 p ; D. BORILLO et V.-A. CHAPPE, « La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *RFAP*, 2011, vol. 139, n° 3, p. 369-380.

personne ou à une institution après en avoir observé les effets sur le comportement des personnes sur lesquelles elle s'exerce (le public destinataire d'un dispositif d'action publique, par exemple). Ainsi l'étude du pouvoir d'une institution, sous-entendu le pouvoir exercé par une institution qui ne met pas en œuvre une compétence spécifique de décision, nécessiterait *a priori* d'avoir recours aux outils de la sociologie, qu'il s'agisse de la sociologie des organisations pour étudier le fonctionnement interne d'une institution (le Médiateur de la République, la HALDE, le CSA) ou de la sociologie de l'action publique²⁴¹ pour saisir l'influence d'une institution dans la détermination d'une politique publique, en matière de lutte contre les discriminations par exemple.

54. D'abord, les pratiques d'influence des autorités administratives indépendantes mobilisent le plus souvent des ressources extra-juridiques (information, expertise, etc.), ou utilisent des ressources juridiques (obligation de signalement au procureur), afin d'exercer un pouvoir proprement politique²⁴² qui ne se laisse pas toujours saisir par les outils méthodologiques du juriste. En effet, « c'est dans la création de routines, de modes d'action, de conduites typiques, de "scenarii" pratiques de résolution des problèmes – sur lesquels s'établit un accord de fait des agents – que l'institution acquiert consistance et durée »²⁴³. Par exemple, dans leur activité de proposition de réformes, certaines autorités, loin de s'enfermer dans un rôle de conseiller, adoptent des discours et des moyens d'actions similaires à ceux des groupes de pression. L'exemple de la participation du Défenseur des droits au processus de réforme par l'organisation de colloques ou par l'emploi d'une ancienne conseillère ministérielle en charge des relations avec le Parlement²⁴⁴ démontre bien que l'action de cette AAI ne se laisse pas saisir uniquement à l'aune des compétences juridiques qui lui sont explicitement dévolues. L'étude de l'institutionnalisation d'une magistrature d'influence n'est donc pas réductible à l'étude des cadres établis par le droit, comme une œuvre immuable, mais, au contraire, est un phénomène qui « se fait et se rejoue continuellement, aussi bien dans des conjonctures critiques, où l'affrontement sur sa forme remet en question les définitions stabilisées et révèle la fragilité de

²⁴¹ J.-M. EYMERI-DOUZANS et G. BOUCKAERT, *La France et ses administrations : un état des savoirs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 701 p ; V. DUBOIS, « L'action publique » dans A. COHEN, B. LACROIX et P. RIUTORT (dir.), *Nouveau manuel de science politique*, 1^{re} éd., Paris, La Découverte, 2009, p. 311-322.

²⁴² F. CHAZEL, « Spécificité du pouvoir politique » dans *Du pouvoir à la contestation*, Paris, LGDJ, 2003, p. 67-73.

²⁴³ J. MEIMON, « Sur le fil. La naissance d'une institution » dans J. LAGROYE et M. OFFERLÉ (dir.), *Sociologie de l'institution*, Paris, Belin, 2010, p. 117.

²⁴⁴ Martine TIMSIT qui a été conseillère aux réformes du Médiateur de la République et directrice du département des études et des réformes du Défenseur des droits, a acquis une solide expérience des usages politiques et des réformes lors de son poste de conseillère technique, chargée des relations avec le Parlement, au sein du cabinet de la Ministre de la jeunesse et des sports entre 1997 et 2001.

sa fonctionnalité présumée, que dans les conjonctures de stabilisation, où semble momentanément conjuré le risque d'une redéfinition radicale... »²⁴⁵. L'étude de l'influence exercée par un organisme étatique indépendant, pour être complète, devrait donc s'attacher à en révéler les déterminants sociaux et politiques. C'est notamment ce qui ressort de la thèse de Vincent-Arnaud CHAPPE à propos de la HALDE dans laquelle ce dernier tend à expliquer le positionnement d'influence de l'institution dans les politiques relatives à l'égalité précisément au regard de la « faiblesse [des] ressources formelles attribuées de façon externe par le pouvoir politique »²⁴⁶.

55. Ensuite, l'analyse sociologique nécessiterait de sélectionner un corpus d'AAI réduit afin d'étudier les dynamiques du pouvoir d'influence. Il s'agirait de faire un « terrain », c'est-à-dire d'étudier les trajectoires des différents acteurs qui habitent l'institution, ainsi que leurs pratiques professionnelles, à partir notamment d'entretiens approfondis, d'observations de permanences, d'études du travail au sein des différents secteurs d'instruction du siège. Or le nombre important d'autorités (42 en tout) rend cette démarche irréalisable à l'échelle d'une thèse. Néanmoins, en début de thèse, nous avons réalisé des entretiens auprès de membres des services de certaines autorités administratives indépendantes, ainsi qu'un stage d'observation²⁴⁷. De même, tout au long de la rédaction, nous avons interrogé ponctuellement des membres des autorités administratives indépendantes afin de vérifier la réalité de certaines pratiques. Pour autant, ces différents procédés ne peuvent s'assimiler à la démarche d'un chercheur en sociologie politique. Dans notre cas, l'utilisation des données recueillies se limite à une portée purement informative. Il ne s'agit pas d'adopter une posture réflexive vis-à-vis de l'information recueillie, c'est-à-dire

²⁴⁵ B. LACROIX et J. LAGROYE, « Introduction » dans *Le Président de la République : usages et genèses d'une institution*, Paris, France, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1992, p. 11.

²⁴⁶ V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès. Sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse de doctorat science sociale sociologie, École normale supérieure de Cachan, Paris, 2013, p. 229.

²⁴⁷ Nous avons effectué des entretiens auprès de plusieurs membres d'AAI entre 2010 et 2011 : Martine TIMSIT, conseillère aux réformes du Médiateur de la République et directrice du département des études et des réformes du Défenseur des droits ; Sophie LATRAVERSE, directrice adjointe du service juridique de la HALDE puis directrice du secrétariat général du Défenseur des droits ; Patrice GELARD, sénateur, rapporteur des rapports de 2006 et 2014 sur les AAI ; Bernard DREYFUS, délégué général à la médiation avec les services publics du Défenseur des droits ; Nicole QUESTIAUX, présidente de la section honoraire au Conseil d'État, personnalité qualifiée de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) ; Michel FORST, secrétaire général de la CNCDH ; Vincent DELBOS, magistrat et contrôleur pour le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL). Lorsque les entretiens n'étaient pas possibles, nous avons établi et conservé des contacts réguliers par mail ou par téléphone avec les services d'autres autorités : l'Autorité de la concurrence ; l'Autorité des marchés financiers ou la Commission des sondages. Nous avons également effectué un stage d'observation d'une durée de 6 mois tous les lundis aux côtés de Marguerite NASS, déléguée du Défenseur des droits au Centre pénitentiaire de Metz-Queuleu et à la Maison de justice et du droit de Woippy.

d'en éprouver la validité au regard des propriétés sociales des acteurs interviewés et observés, ainsi qu'en fonction du contexte des interactions²⁴⁸.

56. Autant qu'elle soit pertinente, l'approche de science politique n'est pas adaptée pour saisir l'objet de cette thèse – la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes – ; en effet, celle-ci consiste à identifier les différents aspects juridiques attachés aux conditions d'exercice de cet office d'influence ainsi qu'à ses fonctions en droit. Il n'est donc pas question de mettre en lumière les stratégies des acteurs, mais bien d'analyser et d'étudier l'impact sur les catégories classiques du droit d'un phénomène directif qui se caractérise par l'absence de coercition *lato sensu*. Toutefois, il nous apparaît important de souligner qu'à l'avenir, les juristes ne pourront plus se cantonner à une analyse exclusivement normative des phénomènes directifs, mais devront introduire des outils méthodologiques empiriques afin d'enrichir leur réflexion.

57. Néanmoins, si nous ne mobilisons pas les outils propres à la recherche en sociologie politique, il sera fait, à de nombreuses reprises, référence à ces travaux lorsqu'ils permettent d'éclairer des notions juridiques, des usages de la norme ou une pratique plus générale de l'influence exercée par les autorités en question. En effet, la nature de notre sujet nécessite une approche ouverte qui ne sépare pas de façon artificielle droit et science politique. Si cette étude ne fait pas le choix d'une démarche sociologique, en ce qu'elle étudie les conditions, les manifestations positives et la réception juridique de la magistrature d'influence, elle se veut néanmoins utile pour le sociologue du fait politique qui s'intéresse aux AAI et aux renouvellements des instruments de l'action publique²⁴⁹. En effet, l'étude du droit pour les sociologues conserve une part d'importance en ce qu'il « épingle et stabilise des faits, en contribuant à leur objectivation »²⁵⁰. Dans cette optique, comme le rappelle Alain SUPIOT, l'analyse juridique « doit être conduite dans cette perspective épistémologique, d'une contribution partielle à l'intelligibilité de phénomènes dont aucune science ne peut prétendre détenir toutes les clés, mais à laquelle toutes ont quelque chose à apporter. Ainsi conduite, elle permet d'éclairer, au-delà de la normativité du droit, celle qui se trouve à l'œuvre dans les

²⁴⁸ Ce manque de réflexivité est d'ailleurs reproché à la majorité des politistes spécialistes de l'étude des politiques publiques, voir sur ce sujet : P. BONGRAND et P. LABORIER, « L'entretien dans l'analyse des politiques publiques : un impensé méthodologique ? », *Revue française de science politique*, 2005/1 (Vol. 55), p. 73-111.

²⁴⁹ Voir sur ce sujet : P. LASCOURMES et P. LE GALÈS (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2005, 370 p.

²⁵⁰ S. GILLET, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 224.

catégories de pensée qui en sont issues et irriguent, souvent à leur insu, toutes les sciences »²⁵¹. Ce rappel nous invite donc à ne pas établir de frontières artificielles entre droit public et science politique²⁵².

B. L'approche comparative

58. L'approche comparative, plus familière au juriste, n'apparaît pas, de prime abord, adaptée au sujet que l'on se propose d'étudier en ce qu'il consiste à appréhender un phénomène complexe pris dans une architecture juridique diversifiée, voire éclatée. Néanmoins, cette approche demeure pertinente en raison d'une part de l'existence de nombreux modèles étrangers – revendiqués, assumés ou seulement évoqués – à l'origine de l'établissement des AAI, ainsi que d'un contexte européen désormais incontournable au regard des contours de leur indépendance²⁵³. De plus, les autorités étendent leur influence sur la scène internationale et européenne par la constitution ou la participation à des réseaux européens ou internationaux – informels ou constitués – leur permettant d'échanger ou de participer à l'élaboration de standards à ce niveau²⁵⁴.

59. En premier lieu, il convient de mentionner l'exclusion de la comparaison avec d'autres institutions issues de l'ordre juridique interne. Cette proposition risque d'étonner voire de choquer les comparatistes pour qui une approche de droit comparé commande par définition une sortie du territoire²⁵⁵. Sans remettre en question le présupposé selon lequel cette discipline suppose « une pluralité d'ordres juridiques entre lesquels on établit des comparaisons »²⁵⁶, évoquer celle-ci en droit interne se justifie en ce que la production non contraignante et les pratiques d'influence des autorités administratives indépendantes peuvent être mises en parallèle avec celles d'autres entités étatiques indépendantes qui exercent dans des conditions comparables ce qu'il est convenu d'appeler une magistrature d'influence²⁵⁷. Par exemple, la Cour des comptes est plus connue désormais pour ses activités non juridictionnelles –

²⁵¹ A. SUPIOT, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012 (books.openedition.org/cdf/2249, consulté le 18 novembre 2013).

²⁵² J. CHEVALLIER, « Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité » dans *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, pp. 251-261.

²⁵³ P. IDOUX, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », art. cit., p. 278.

²⁵⁴ Sur ce sujet : L. IDOT, « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 2008, n° 3, pp. 787-821.

²⁵⁵ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 4^e éd., Paris, PUF, 2011, p. 20.

²⁵⁶ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, juin 2001, vol. 53, n° 2, p. 277.

²⁵⁷ La justification d'une comparaison en interne réside précisément dans la possibilité d'étudier plusieurs institutions dotées d'un pouvoir équivalent mais dont la mise en œuvre repose sur des déterminants propres et des contraintes juridiques spécifiques à chacune d'entre elles.

renouvelées et renforcées par la réforme constitutionnelle de 2008 – qui l’amène à dénoncer, proposer et recommander²⁵⁸. On peut mentionner également le Conseil d’État qui, à travers la progression de sa mission d’étude et la diversification des axes de travail de la Section du rapport et des études, est considéré comme mettant en œuvre une véritable « diplomatie d’influence »²⁵⁹. Toutefois, d’un point de vue juridique, cette approche présente plusieurs écueils. Elle s’apparenterait plus vraisemblablement à étudier « la magistrature d’influence en droit public français » ou, autre perspective tout aussi vaste et périlleuse, à proposer une conception de l’« autorité indépendante » en droit public tellement large qu’elle en diluerait l’objet. Néanmoins, les caractéristiques de la magistrature d’influence mises en lumière dans cette étude pourront, *mutatis mutandis*, servir à appréhender les pratiques d’influence développées par les autres entités publiques indépendantes.

60. En second lieu, l’approche comparative s’imposerait en raison surtout du constat que le phénomène des autorités administratives indépendantes n’est pas propre à la France et que nombreuses sont les autorités qui résultent de l’imitation d’un modèle étranger, plus ou moins assumée²⁶⁰, tant anglo-saxon – *Executive agencies* et *Independent agencies* états-uniennes ou les *Quangos* britanniques²⁶¹ – que nordique – l’*Ombudsman* suédois²⁶². Toutefois, la diversité des modèles rend difficile une démarche comparée à l’échelle de la catégorie des AAI²⁶³. Ainsi, si l’on cite régulièrement les agences indépendantes américaines pour introduire une

²⁵⁸ P. HAYEZ, « La Cour des comptes : du contrôle à l’évaluation », *RFAP*, 2015/3 (n° 155), p. 707-711 ; M.-P. PRAT et C. JANVIER, « La Cour des comptes, auxiliaire de la démocratie », *Pouvoir*, n° 134, 2010, pp. 97-107 ; F. GRABIAS, « La Cour des comptes, entre assistance et conseil », Contribution au VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, la circulation du droit constitutionnel, AFDC, Nancy, du 16 au 18 juin 2011, publiée dans les Actes du Congrès (droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grabiasT6.pdf, consulté le 20 janvier 2014). Certains auteurs ont même envisagé la Cour des comptes comme une autorité administrative indépendante considérant que cette qualification, contrairement à celle de juridiction par la loi, serait plus fidèle au caractère administratif de ses fonctions (N. OCHOA, « La Cour des comptes, autorité administrative indépendante. Pour une lecture administrativiste du droit de la comptabilité publique », *RFDA*, 2015, p. 831 ; S. FLIZOT, *Les relations entre les institutions supérieures de contrôle financier et les pouvoirs publics dans les pays de l’Union européenne*, Paris, LGDJ, 2003 p. 294).

²⁵⁹ O. SCHRAMECK, « Nouveau triptyque de la Section du rapport et des études, Diversification, communication et coopération », *AJDA*, 2012, p. 1216 cité par P. GONOD, « Le redéploiement de la participation à l’élaboration des normes », *RFDA*, 2015, p. 249.

²⁶⁰ Cf. J. RIVÉRO, « Les phénomènes d’imitation des modèles étrangers en droit administratif » dans *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Paris, Bruylant, 1972, vol. 3/3, p. 619 et s. ; F. MELLERAY, « L’imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 21 juin 2004, n° 23, p. 1224-1230.

²⁶¹ Les « quasi autonomous non-governmental organisations » ou « organisation quasi-non gouvernementale ». Voir sur ce point : J.-Paul VALETTE, « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 2005, n° 1, p. 183.

²⁶² A. LEGRAND, *L’ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l’administration*, Paris, LGDJ, 1970, 549 p.

²⁶³ De plus, comme le souligne Pascale IDOUX, « chaque modèle porte la marque du système institutionnel national dans lequel il s’insère » (P. IDOUX, « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », art. cit., p. 276).

présentation du développement des autorités françaises, il convient de relativiser cette comparaison en ce qu'elle conduit à méconnaître la diversité de leurs facteurs de développement et à focaliser notre attention sur un modèle exemplaire, éprouvé et ancien. En effet, les agences fédérales américaines, expression d'une défiance à l'égard de l'autorité du président des États-Unis, apparaissent dans le contexte d'un pays « largement sous-administré »²⁶⁴. De plus, l'émergence d'autorités de régulation en Europe sous l'impulsion de l'Union européenne n'est pas un mouvement uniforme. En effet, si le droit de l'Union européenne exige une stricte dissociation entre les fonctions d'opérateur et de régulateur, il implique que la régulation des réseaux ne soit confiée à une autorité indépendante qu'à partir du moment où l'État demeure lui-même opérateur, ce qui varie évidemment d'un pays à l'autre²⁶⁵. Enfin, en ce qui concerne la garantie des droits et libertés, la figure de l'*Ombudsman* apparaît en décalage avec les modèles précédemment évoqués. En effet, l'ancien Médiateur de la République – désormais intégré dans le Défenseur des droits – était une déclinaison contrariée de l'institution *Ombudsman* qui a vu le jour en Suède un peu moins de deux siècles plus tôt (1809), et qui, dans ce cas, s'avère être un organe participant au contrôle parlementaire du gouvernement (organe parlementaire *ad hoc*)²⁶⁶. De la même manière, le Défenseur des droits a été présenté comme l'importation du modèle espagnol du *Defensor del pueblo*²⁶⁷, organe parlementaire²⁶⁸. Au-delà de ces rappels, une telle approche nécessiterait de se concentrer sur les pratiques d'une institution en particulier, plutôt que de tenter une synthèse au regard de contextes foncièrement différents²⁶⁹ ; l'approche comparative retrouvant sa pertinence à une échelle plus modeste. À ce titre, de nombreuses microcomparaisons²⁷⁰ ont d'ailleurs été

²⁶⁴ O. BEAUD, « L'État », dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Tome I, coll. « Traités », Paris, Dalloz, 2011, p. 240.

²⁶⁵ S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 2007, p. 79

²⁶⁶ Voir : A. LEGRAND, « Médiateur ou ombudsman ? Commentaire de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur », *AJDA*, 1973, p. 229-236.

²⁶⁷ A. GIL-ROBLÈS, « Défenseur du peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *RFAP*, 1 décembre 2011, n° 139, n° 3, p. 177.

²⁶⁸ Cf. A. LEGRAND, « Ombudsmän nordiques et Défenseur des droits », *RFAP*, 1 décembre 2011, n° 139, n° 3, p. 499-506.

²⁶⁹ Ainsi que le rappelle Olivier BEAUD, le modèle américain des Agenciers apparaît dans le contexte d'un pays « largement sous-administré » (O. BEAUD, « L'État », art. cit., p. 240). Leur indépendance résultera d'une décision de la Cour suprême des États-Unis faisant suite à leur défiance à l'égard de l'autorité du président des États-Unis qui a voulu révoquer un membre de la Federal Trade Commission en question (*Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935)).

²⁷⁰ T. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2014, p. 5.

réalisées avec plus ou moins de pertinence entre des autorités au sein de l'Union européenne ou d'ailleurs²⁷¹.

61. Si ces études ne manquent pas d'intérêt, elles supposent, au préalable, que soient identifiés la forme d'exercice du pouvoir et son impact sur les classifications et concepts juridiques, ce que nous nous proposons de réaliser. Dans un second temps d'autres pourront s'en saisir, mais cela dépasse l'objet premier de notre thèse. Sous le bénéfice de cette réserve, nous ne nous interdisons pas, pour autant, une référence ponctuelle à des exemples étrangers ou à d'autres institutions telles que le Conseil d'État ou la Cour des comptes lorsque ces évocations apportent un éclairage pertinent de la magistrature d'influence des AAI.

62. En résumé, au-delà des références ponctuelles au droit comparé ou à la science administrative, cette étude se situe d'abord sur le terrain du droit entendu comme une description des normes en vigueur – ce qui est – et, comme le rappelle Martin COLLET dans sa thèse, celui de la « dogmatique », c'est-à-dire non seulement ce qui est, mais aussi ce qui doit être²⁷².

§2 La méthode retenue

63. Avant tout juridique, cette étude se propose de saisir les linéaments de la magistrature d'influence dans les textes constitutifs conférant un statut spécifique à ces organismes, leurs compétences, ainsi que dans les décisions juridictionnelles lorsque celles-ci révèlent la volonté du juge de tenir compte des effets spécifiques attachés à l'exercice d'un tel office. La méthode suivie consiste principalement à mettre en pratique l'enseignement de Raymond CARRE DE MALBERG selon qui « le juriste ne saurait s'attacher exclusivement au but des institutions juridiques pour définir celles-ci [...]. La science du droit a pour objet propre de dégager non

²⁷¹ Ces comparaisons peuvent porter sur l'indépendance des autorités : A. R. ZARATE PEREZ, *L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative, Colombie, France, États-Unis*, Thèse de doctorat de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2011, 489 p. ; sur leur fonction contentieuse : T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2013, vol.127, 1293 p. ; ou encore sur des domaines particuliers de la régulation comme en matière audiovisuelle : Y. JEON, *La régulation de la communication audiovisuelle en France et en Corée du Sud*, Thèse de doctorat, École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques, Aix-en-Provence, France, 2012 ; ou, plus largement, en matière économique : L. HECKER, *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé*, Thèse de doctorat de droit public, École doctorale de droit privé, Paris, France, 2013. Enfin, des comparaisons peuvent porter également sur des institutions en particulier comme l'Ombudsman : D. LÖHRER, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Pau, Pau, 2013, 820 p.

²⁷² M. TROPER, *Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité*, dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p.319 cité par M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2003, p.33.

point le but des institutions, mais leur structure, leurs éléments constitutifs et leurs effets juridiques »²⁷³. Pour être pertinente, cette étude devra prendre en compte tous les éléments qui tendent à singulariser à la fois un statut propre à un tel office ainsi qu'un régime juridique spécifique. Cela consistera tant à identifier les instruments mobilisés dans ce cadre que leurs caractéristiques normatives le cas échéant. À ce stade, l'exhaustivité n'est ni recherchée ni souhaitable. Il sera préféré à une typologie nécessairement imparfaite, une approche schématique permettant un classement des formes *a priori* atypiques des actes d'une magistrature d'influence, allant du simple communiqué à la recommandation en passant par la mise en garde.

64. Ensuite, la réception par l'ordre juridique des effets de l'influence est le corollaire de l'identification d'un régime juridique attaché à l'exercice d'une magistrature d'influence. La réflexion doit donc se porter sur les conséquences de la prise en compte de l'influence en droit, et plus particulièrement par le juge. Cette étude vise ainsi à mettre en évidence l'évolution et l'adaptation des concepts généraux et contentieux du droit public aux dynamiques de l'influence. C'est généralement en creux de ces adaptations que se révèle la consécration d'une magistrature d'influence en droit public comme un mode d'action à part entière. À cet égard, les décisions *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016²⁷⁴ constituent le point d'orgue de la révélation de l'existence d'un office correspondant à un mode spécifique d'exercice du pouvoir. Ces arrêts sont également porteur d'une réévaluation institutionnelle et fonctionnelle des organismes indépendants au sein de l'appareil administratif : ce besoin de pérennisation juridique des procédés d'influence passe par la reconnaissance d'une compétence générale pour émettre des actes dont les effets ne s'apprécient pas en termes juridiques.

65. Cet office devra également s'apprécier comme une prérogative conférée aux autorités, une capacité d'action et des outils dont l'emploi fait l'objet d'un encadrement légal partiel (réglementation et jurisprudence). Toutefois, contrairement à une compétence décisionnelle telle que le pouvoir réglementaire ou le pouvoir de sanction, la magistrature d'influence n'est pas entièrement déterminée au stade de l'établissement de l'autorité ou par la jurisprudence. En effet, il ne s'agit pas d'un office conférée expressément dans le moindre de ses détails aux AAI. Autrement dit, l'étude seule de l'énoncé des compétences ou des jurisprudences ne suffit pas à en saisir les modalités ou la portée. Il serait inexact de prétendre épuiser les questions relatives à l'influence des autorités par l'étude seule des prérogatives dont se voit doter celui qui doit

²⁷³ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 (rééd. CNRS), t. 1, p.148.

²⁷⁴ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, Rec. Lebon p. 88.

l'exercer. Ainsi, le seul fait d'octroyer des compétences consultatives à une instance indépendante ne suffit pas, même s'il constitue un indice, à caractériser l'exercice d'une magistrature d'influence : un tel office n'est pas tant « un donné institutionnel »²⁷⁵ que le « produit d'un acquis personnel de l'autorité qui en est parée »²⁷⁶.

66. La restriction du champ de l'étude à la catégorie des autorités administratives indépendantes doit permettre d'identifier les fonctions de cette magistrature d'influence tout en révélant un aspect relativement méconnu de la catégorie. À cet égard, il s'agit de mobiliser la littérature juridique contemporaine relative aux différents domaines et notions concernés par cette étude.

67. « Des mots reviennent : magistère moral, déontologie, conscience sociale, médiation, équité, régulation, compétence dans des secteurs dits sensibles ou confrontés au développement technologique et à la modernisation. Du côté de l'action, les verbes sont significatifs : il s'agit de convaincre, de persuader, de recommander, d'arbitrer, de communiquer, d'informer, de pratiquer modération et prudence... »²⁷⁷. La mise en lumière du phénomène de l'influence et de la persuasion à travers le statut, les pouvoirs et les fonctions des autorités administratives indépendantes devrait permettre d'apporter une lecture nouvelle tant du phénomène institutionnel que du renouvellement des pratiques de gouvernement. En l'occurrence, cette étude entend mettre en évidence l'importance du caractère pluriel du pouvoir exercé par les autorités administratives indépendantes ainsi que les limites des discours invoquant la souplesse en droit, voire les idées fausses qu'ils véhiculent.

68. L'institutionnalisation de la magistrature d'influence des AAI est rétive à une systématisation poussée ou à une lecture excessivement normative ou fonctionnelle du phénomène. Il convient dès lors d'éviter toute approche susceptible de figer l'objet de cette étude. Afin de circonscrire cet office, la méthode proposée consiste à commencer par l'identification des conditions permettant l'exercice d'un tel office. En effet, l'exercice d'une magistrature d'influence implique d'avoir une capacité à mener des actions d'influence efficaces ou à produire des effets recherchés sur les individus grâce à la maîtrise de ressources particulières (information, procédure, etc.). Cette capacité dépend d'un positionnement

²⁷⁵ T. ROMBAUTS, « De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 410.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs », art. cit., p. 121.

institutionnel singulier leur conférant une autorité reconnue et des ressources d'action spécifiques. L'observation montre que les autorités se distinguent en particulier par leur statut d'indépendance et par une maîtrise originale de l'information (Première partie). Ensuite, l'étude de la réception de cette influence par l'ordre juridique déplace le questionnement sur le terrain de sa normativité singulière et de ses conséquences. Les effets d'une démarche fondée sur l'influence sont par principe aléatoires ; contrairement à ceux qui s'attachent traditionnellement aux manifestations juridiques de la direction des conduites. Toutefois, le caractère aléatoire de ces effets ne prive pas la magistrature d'influence de tout potentiel directif à l'égard de ses destinataires. À cet égard, on observe une réintégration de ses manifestations normatives dans le champ du droit par la reconnaissance, dans certains cas, de leur justiciabilité (Deuxième partie). Enfin, on ne saurait étudier les conditions d'exercice d'un tel office et de ses manifestations sans évaluer ce dernier au regard des objectifs que poursuit son détenteur. C'est à l'aune des missions assignées aux AAI par le législateur que la normalisation des procédés d'influence doit être appréciée. À cet égard, la mise en relation des manifestations de la magistrature d'influence et des fonctions effectivement remplies par les AAI doit permettre de saisir tant les usages originaux de cet office que d'en identifier les limites irréductibles (Troisième partie).

PREMIERE PARTIE – Les conditions d'exercice d'une magistrature d'influence par les autorités administratives indépendantes

SECONDE PARTIE – Les manifestations normatives de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

TROISIEME PARTIE – Les usages de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendante

PREMIERE PARTIE : LES CONDITIONS D'EXERCICE D'UNE MAGISTRATURE D'INFLUENCE PAR LES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

69. Dans son étude de 2001 sur les autorités administratives indépendantes (AAI), le Conseil d'État a estimé que le fait de disposer d'une compétence décisionnelle n'était pas une condition nécessaire pour décider de l'appartenance d'une institution à cette catégorie. En effet, « dans le cas où le pouvoir d'influence est patent »¹, c'est-à-dire lorsque les avis ou recommandations des AAI sont presque systématiquement suivis, le Conseil admet la pertinence de classer ces organismes consultatifs indépendants dans la catégorie des AAI. Force est de constater qu'au regard du caractère conjectural de ce critère, cela ne suffit pas à justifier la présence d'organismes purement consultatifs dans la catégorie des AAI. Nombre d'organismes consultatifs émettent des avis qui sont le plus souvent suivis sans pour autant que leur action ne relève de l'exercice d'une magistrature d'influence. Si l'on doit leur reconnaître une certaine influence, on rejettera néanmoins l'idée selon laquelle ils exercent du pouvoir². C'est la conjonction de l'organisation particulière et des pouvoirs propres des autorités administratives indépendantes qui en font de « véritables autorités »³. Dès lors, la caractérisation d'une magistrature d'influence nécessite d'entreprendre la recherche de ses conditions d'exercice. Or celle-ci ne peut se faire qu'à travers l'étude des caractéristiques liées à l'existence et au positionnement institutionnel des organismes en question. De ce point de vue, le statut d'indépendance des AAI à l'égard du pouvoir exécutif et des acteurs du secteur qu'elles régulent, en ce qu'il leur confère une liberté d'esprit et d'action importante, place les autorités en situation d'exercer un pouvoir d'influence. La magistrature d'influence trouve ainsi sa source dans cette dialectique constructive entre autorité et indépendance. Par ce positionnement particulier au sein du système institutionnel français, ces institutions disposent

¹ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 290.

² Ainsi que nous l'avons rappelé dans l'introduction, le pouvoir ne doit pas être confondu avec la stricte influence qui « est une relation sociale dans laquelle une personne (ou un groupe) modifie le comportement d'une autre personne (ou d'un autre groupe) par un simple processus de communication » (J. W. LAPIERRE, « POLITIQUE - Le pouvoir politique », Encyclopædia Universalis [en ligne] (universalis.fr/encyclopedie/politique-le-pouvoir-politique/, consulté le 4 mars 2016)). Voir également : F. CHAZEL, « Pouvoir » dans R. BOUDON (dir.), *Traité de sociologie*, Paris, PUF, 1992, p. 204.

³ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1992, vol. 2/2, p. 448.

en quelque sorte d'une présomption d'« autorité légitime » pour exercer un pouvoir d'influence sur les secteurs soumis à leur action (Titre I).

70. Une fois caractérisée la source principale de l'influence des AAI, l'étude de leur magistrature d'influence doit se déplacer sur le terrain de l'analyse des ressources mobilisables par les autorités afin d'exercer une influence de façon concrète et ciblée. Prises dans un renouvellement des pratiques de pouvoir, les autorités trouvent dans la mobilisation de l'information une ressource importante de leur influence. Ainsi, l'influence des AAI résulte tant de l'information recueillie leur permettant d'éclairer ou de répondre aux sollicitations et que de la diffusion de celle-ci auprès des pouvoirs publics ou de l'opinion publique, le plus souvent remplissant une vocation directive, pédagogique ou d'alerte (Titre II).

Titre 1. L'indépendance, source incontournable de l'influence

71. L'indépendance est une notion qui peut recouvrir plusieurs significations. Le mot est, d'un point de vue sémantique, proche de ceux de « neutralité », d'« autonomie » ou d'« impartialité ». Les autorités administratives indépendantes apparaissent d'abord comme une réponse institutionnelle à un besoin de neutralité ; elles sont d'ailleurs considérées parfois comme des « pouvoirs neutres »¹. Ce besoin réside dans le fait de « neutraliser » les enjeux politiques et particuliers. À cet égard, comme le montre Frédéric Lebaron à propos du Conseil de la politique monétaire de la Banque de France, la « neutralité est d'autant plus forte que l'indépendance serait juridiquement (par des textes contraignants) et effectivement (par la constance des décideurs) assurée pour une durée déterminée, alors que celle d'une administration placée sous la tutelle d'un ministre issu de la majorité parlementaire peut varier suivant le degré d'adhésion de l'administration centrale aux objectifs suivis par le gouvernement »². Dans ce schéma, l'indépendance et la neutralité sont deux qualités distinctes, mais complémentaires l'une de l'autre. L'indépendance, au sens juridique, consiste plus spécifiquement « en une émancipation des agents à l'égard des règles de subordination, garantie par un dispositif statutaire »³. À ce stade, la proximité avec la notion d'autonomie appelle quelques précisions. Certains auteurs considèrent que les AAI doivent être considérées seulement comme des institutions « autonomes », car leur indépendance à l'égard des autres pouvoirs n'est pas « absolue »⁴. Dès lors, parler d'indépendance serait « trompeur »⁵. Il est courant de constater que les AAI, même si elles échappent à toute subordination hiérarchique

¹ S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, 143, 2012, pp. 17-27.

² F. LEBARON, « Les fondements sociaux de la neutralité économique [Le conseil de la politique monétaire de la Banque de France] », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 116-117, mars 1997, *Histoire de l'État*, p. 69.

³ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, *op. cit.*, p. 42.

⁴ J.-M. PONTIER, « Synthèse des rapports nationaux » dans Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, 15 juin 2006, Assemblée nationale et Sénat, vol. II, annexes, p. 180 ; J.-P. FELDMAN, « Les « autorités administratives indépendantes » sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D*, 2010, n° 43, p. 2852-2858.

⁵ A. SAJÓ, « Les autorités indépendantes » dans M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2012, vol. II/II, p. 334.

ou de tutelle, voient leur indépendance laissée « à la discrétion du législateur »⁶ ou ne disposent que d'une emprise relative sur leur organisation et leur fonctionnement⁷. Toutefois, la distinction entre l'autonomie et l'indépendance en droit ne repose pas uniquement sur une différence d'intensité, mais surtout sur une différence d'objet⁸. Comme le montre Stéphane MANSON, « l'indépendance s'attache à la situation externe d'une institution ou d'un agent ; à définir sa position par rapport à d'autres organes ou d'autres personnes ; l'autonomie ne concerne en revanche que la vie interne d'une institution, par la mesure de l'emprise dont dispose cette dernière sur sa propre organisation et son propre fonctionnement »⁹. Cette définition se déduit logiquement de la racine négative du mot « indépendance » : est indépendant celui qui ne dépend de personne. Dès lors, la question qui se pose est de savoir par rapport à qui celle-ci doit être indépendante. En ce qui concerne les AAI, l'exercice d'une magistrature d'influence tant auprès des autorités politiques que des particuliers implique une évaluation de leur indépendance tant à l'égard du secteur qu'elles régulent que du pouvoir politique. L'indépendance des autorités se décline traditionnellement sous deux traits caractéristiques. L'indépendance organique, d'abord, qui se définit comme l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique et qui se reflète principalement dans la composition des principaux organes, dans les modalités de nomination et de révocation de leurs membres, ainsi que dans la distance des membres par rapport aux secteurs soumis à leur surveillance. L'indépendance fonctionnelle, ensuite, qui fait référence à la liberté d'action dont dispose l'autorité dans son fonctionnement quotidien. Ces deux aspects de l'indépendance conditionnent la capacité d'influence des autorités administratives indépendantes¹⁰. Pour appréhender la qualité d'indépendance des autorités administratives au regard de leur magistrature d'influence, nous substituerons à cette distinction celle d'indépendance d'esprit et d'indépendance d'action. Nous aborderons ainsi dans un premier les conditions d'établissement d'un magistère d'influence, c'est-à-dire d'une influence fondée sur l'autorité morale (Chapitre 1) et, dans un second temps,

⁶ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, 7^e éd., 2013, § 264, p. 290 ; voir également : L. FAVOREU et L. PHILIP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2011 p. 235.

⁷ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse de doctorat de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1995, p. 117 et 450.

⁸ E. DEBAETS, « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'« indépendance » », VIII^{ème} Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, p. 2 (juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/254.pdf, consulté le 15 avril 2015).

⁹ *Ibid.*, p. 30-31.

¹⁰ J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 1 octobre 2012, vol. 143, n° 3, p. 657.

les capacités matérielle et fonctionnelle de l'institution de mettre en place des stratégies d'influence efficaces (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'indépendance d'esprit, condition d'un magistère d'influence

72. L'indépendance d'esprit ne renvoie pas à un mécanisme juridique en particulier assurant de façon systématique l'indépendance de jugement des membres des AAI. Cette formule vise d'abord un sentiment et à ce titre peut prêter à discussion dans le cadre d'une étude juridique. En effet, dans l'acception stricte, l'indépendance d'esprit est une qualité personnelle qui correspond à la « hauteur » d'esprit et à l'impartialité dont fait preuve chaque membre d'une autorité. Néanmoins, le « sentiment d'indépendance » auquel renvoie cette expression « ne peut en vérité émerger et perdurer que s'il s'appuie sur des mécanismes juridiques tout à fait concrets »¹. En ce qui concerne les AAI, l'indépendance d'esprit résulte de la combinaison entre la composition, les éléments propres à une indépendance organique et l'impartialité subjective de ses membres. Ensuite, si l'indépendance et l'impartialité sont étroitement liées dans ce cas, elles n'en demeurent pas moins distinctes en théorie². L'indépendance renvoie à un statut, là où l'impartialité renvoie, dans son versant subjectif, à une série de principes encadrant le comportement des membres de l'institution³ et, dans son versant objectif, ressort de l'organisation et de la composition de l'organisme concerné – parfois dénommée l'impartialité structurelle. C'est par une référence aux effets produits par l'articulation de ces deux notions que l'on désigne couramment tout ce qui confère aux membres des autorités ce que l'on nomme parfois un « magistère moral » et plus couramment l'autorité morale⁴. Par définition, le *magister* ou le « maître » est une personne qui emporte l'adhésion à sa volonté par son prestige et son crédit social et non par la contrainte. Il est reconnu comme supérieur en raison de son expérience, son recul, son savoir ou encore des valeurs qu'il défend. En ce qui concerne les AAI, comme nous l'avons déjà mentionné, c'est la conjonction entre leur position institutionnelle radicale vis-à-vis des autres pouvoirs et les moyens à leur disposition pour constituer une expertise indépendante portant sur les secteurs qu'elles régulent qui leur donne

¹ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, *op. cit.*, p. 4.

² L. FAVOREU et L. PHILIP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p. 235

³ *Ibid.*

⁴ Cf. les développements sur la notion d'autorité dans l'introduction de la thèse p. 27. L'étymologie du mot « magistère » provient du terme latin *magister* qui désigne « celui qui est plus » que les autres. *Magis* est un adverbe latin qui signifie « plus ». Pour aller plus loin : S. KERNEIS, « Autorité » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 113.

une légitimité singulière. Il était fréquent de constater, dans les premiers temps du développement des AAI, l'apparition du lexique de la sagesse pour caractériser ces nouvelles institutions⁵.

73. La légitimité fondée sur l'impartialité des membres d'une part et l'indépendance de l'institution d'autre part conditionne l'efficacité de leur intervention. En effet, l'existence d'une magistrature d'influence repose d'abord sur la reconnaissance par ceux sur qui elle s'exerce de la légitimité de l'instance qui exerce son pouvoir. Elle dépend de la croyance de ces personnes en l'indépendance d'esprit de l'institution. On peut aller plus loin et affirmer que cette magistrature, dont le principe d'action réside dans la persuasion plutôt que la contrainte, ne dispose d'aucune autre légitimité pour exercer une influence. En d'autres termes, la croyance dans l'indépendance d'esprit est la condition de toute influence. Si le sentiment que l'autorité agit en toute indépendance vient à disparaître, alors l'autorité s'en trouve paralysée. Or, cette qualité est la plus fragile et la plus souvent remise en cause. Tout lien avec les acteurs politiques, ou une proximité avec les acteurs économiques ou sociaux du secteur soumis à leur régulation, suffit à altérer durablement cette confiance. Comme le souligne Pierre ROSANVALLON, « ces institutions inscrivent [...] leur action dans une économie de la légitimité dont dépendent leur crédibilité, et partant, leur pouvoir social effectif. Un gouvernement qui a perdu la confiance des citoyens est fondé à continuer d'agir jusqu'à la fin de son mandat. Mais une autorité indépendante qui aurait vu sa réputation détruite ne pourrait *de fait* pas continuer à intervenir »⁶. Dans l'hypothèse d'une autorité dont les attributions seraient seulement consultatives, la sanction n'en serait que plus immédiate. Les autorités qui disposent d'une compétence décisionnelle conserveraient la capacité formelle d'imposer leur volonté par l'adoption d'actes obligatoires.

74. L'indépendance d'esprit tient d'abord aux principes de composition des AAI, selon qu'elle soit collégiale ou personnalisée (Section 1). Ensuite, elle est assurée par l'indépendance organique, c'est-à-dire par les modalités de nomination et de désignation de ses membres ainsi qu'aux garanties statutaires organisant les liens que les membres entretiennent avec l'autorité les ayant nommés ou désignés (Section 2). Enfin, plus spécifiquement, cette indépendance d'esprit s'apprécie au regard du principe d'impartialité entendu comme l'ensemble des

⁵ Voir : S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs », art. cit., p. 121 ; P. BOURETZ et E. PISIER, « Le retour des Sages », *Esprit*, n° 136/137 (3/4), mars-avril 1988, p. 155-164 ; D. SCHNAPPER, « Défense et illustration des "Sages" », *Pouvoirs*, n° 52, 1990, p. 101-106 ; T. TUOT, « La planète des Sages » dans R. FAUROUX et B. SPITZ, *Notre État : le livre vérité de la fonction publique*, Paris, Hachette littératures, 2002, p. 688-712.

⁶ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éd. du Seuil, 2008, p. 155.

principes qui tendent à ce qu'un membre d'une autorité n'ait pas de parti pris ou de raison propre qui le conduirait à pencher pour une solution plutôt qu'une autre (Section 3). En ce qui concerne les autorités auxquelles s'applique le statut général des AAI et API, la loi du 20 janvier 2017 n'a pas harmonisé les règles propres à la composition et la désignation des membres des autorités mentionnées en annexe de la loi, au contraire des garanties d'indépendance et d'impartialité attachées au mandat et à l'organisation des AAI et API. Le législateur laisse ainsi subsister une part importante de diversité, condition de la souplesse de la catégorie⁷.

Section 1. Une indépendance d'esprit liée à la composition des autorités

75. Bien que l'indépendance juridique consiste à garantir l'émancipation des agents à l'égard des règles de subordination, les modalités de nomination et le choix des membres des AAI, issues de différentes institutions ou de la société civile, participent pour une grande part à l'établissement d'une indépendance d'esprit. Ce qui renvoie à une figure de l'autorité fondée sur la compétence (au sens non juridique du terme)⁸, c'est-à-dire « la maîtrise ou le contrôle de savoirs réputés efficaces dans une situation donnée »⁹. En effet, la portée effective de l'expertise indépendante, plus encore que la pertinence des arguments, réside dans l'expérience, les ressources et la position de l'expert – ses propriétés sociales¹⁰. La première manifestation de l'indépendance d'esprit des AAI s'observe donc dans les choix du législateur propres à leur composition, dont la forme et les propriétés sociales attendues des personnes membres sont déterminées en grande partie par les configurations du secteur d'activité que l'autorité est amenée à réguler. À cet égard, il est fréquent de considérer que la collégialité d'un organisme constitue une des conditions de cette indépendance d'esprit en ce qu'elle permet de garantir l'impartialité de l'institution. En effet, la collégialité permet un certain pluralisme¹¹ et génère lors des délibérations une forme de contrôle des uns sur les autres par la confrontation des idées, par l'argumentation et les justifications qui tendent à renforcer la légitimité des décisions¹². La collégialité participe de l'idée selon laquelle la partialité des membres n'empêche pas, au regard

⁷ P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, p. 1115.

⁸ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1/2, p. 355.

⁹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 92.

¹⁰ Cf. F. LEBARON, art. cit., p. 71 et s.

¹¹ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, 2^e éd., Paris, France, Montchrestien, 1994, p. 53.

¹² Ce phénomène est inhérent à la collégialité car « ce sont des lieux où des débats contradictoires se déroulent, où différentes natures de point de vue sont exprimées » (S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 125).

de son fonctionnement, la neutralité de l'institution, « au sens où les intérêts particuliers ne peuvent s'y exprimer qu'en *composant* et en *se composant*, donc, du même coup, en n'apparaissant jamais vraiment comme tels »¹³. C'est à ce titre que la collégialité est « unanimement reconnue comme un élément, en règle très générale, consubstantiel à la notion même d'autorité administrative indépendante »¹⁴. Certains pays tels que les États-Unis considèrent d'ailleurs ce mode d'organisation comme une condition indispensable de l'indépendance des *Agencies*¹⁵. Sur le plan juridique, un organe est dit collégial, pour reprendre les termes de Charles EISENMANN, lorsque les « individus qui le composent doivent se réunir pour exercer leurs fonctions, c'est-à-dire participer à une procédure, à une action collective »¹⁶. Sur les 42 AAI étudiées, seules quatre ont une structure non collégiale. Il s'agit des médiateurs d'une part – le Médiateur national de l'énergie et le Médiateur du cinéma – et des institutions établies sur le modèle de l'*Ombudsman* d'autre part – le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et le Défenseur des droits. Les autres autorités administratives indépendantes ont toutes une composition collégiale dont les expressions varient d'une autorité à l'autre au regard de leurs missions et des pouvoirs mis en œuvre – décisionnels ou seulement d'influence. Malgré cela, aucune consécration du principe¹⁷, ni dans la loi-cadre sur les AAI et les API¹⁸ ni dans la Constitution, ne permet d'accorder au principe de la collégialité une portée juridique spécifique.

76. Il convient d'étudier cette modalité d'organisation des AAI comme étant l'une des « caractéristiques majeures des autorités indépendantes »¹⁹ (§1). Néanmoins, on observe que la personnalisation de l'institution n'interdit pas une certaine collégialité dans l'exercice des missions de l'institution ; et, à l'inverse, la collégialité n'empêche le phénomène d'identification de l'institution à une personne, généralement son président (§2).

¹³ F. LEBARON, « Les fondements sociaux de la neutralité économique », art.cit., p. 83.

¹⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 347.

¹⁵ J.-M. PONTIER, « Synthèse des rapports nationaux », art cit., p. 180.

¹⁶ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, France, LGDJ, 1983, vol. 2/2, p. 401.

¹⁷ Voir sur ce point : F. HOURQUEBIE, « La collégialité : valeur ou principe ? » dans J.-J. MENEURET (dir.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public, actes du colloque tenu à Paris le 19 novembre 2010 Université Paris 13*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 15-25.

¹⁸ Si le législateur tient évidemment compte de l'organisation collégiale de la majorité des AAI pour établir les principes d'indépendance et d'organisation des AAI, il ne généralise par ce principe à l'ensemble des AAI ni ne fait de ce principe d'organisation une condition de qualification d'AAI ou d'API d'un organisme indépendant (loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2).

¹⁹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, op. cit., p. 147.

§1 Une autorité collégiale

77. Entre valeur démocratique et principe d'administration, la collégialité des AAI permet de satisfaire plusieurs exigences liées à l'indépendance de l'institution, à l'impartialité de ses décisions et à l'objectivité de son action²⁰. La collégialité, en tant qu'elle correspond à un mode spécifique de prise de décisions ou de positions, est « inhérente à tout système de fonctionnement pluraliste des pouvoirs »²¹. Elle est motivée par la volonté de garantir la neutralité de l'institution par la représentation de multiples intérêts et par la recherche d'une objectivité ou la qualité du travail intellectuel par la confrontation de points de vue représentatifs de la diversité sociale ou de compétences²². Dans ce cas, les membres du collège disposent d'un égal accès à la parole et se voient reconnaître une compétence par les autres. Cette forme d'organisation repose sur l'idée qu'au sein d'un groupe, relativement équilibré, joue « une réelle force du meilleur argument » et doit permettre « en outre à une forme d'intelligence collective de se déployer »²³. La collégialité renvoie en ce sens aux « anciens idéaux de la délibération »²⁴, censée permettre, dans son principe, « l'éclosion d'une "sagesse collective" », pour reprendre l'expression d'Alain LANCELOT²⁵. Au contraire d'une fonction remplie par une personne unique, c'est la « désincarnation de l'institution par la promotion d'une forme d'anonymat démocratique que commande la délibération et qui sauvegarde l'indépendance »²⁶.

78. L'exigence de pluralisme dans la composition du collège revient à ajouter à l'idéal de la délibération, c'est-à-dire la modération dans le processus décisionnel, celui d'une représentation équilibrée des divers intérêts en présence. C'est de la trajectoire allant de la multiplicité des points de vue partiels à la pluralité des voix que prend racine l'impartialité objective de l'institution. Plus spécifiquement, cette exigence permet la prise en compte des normativités concurrentes à celle du droit²⁷. La composition des collèges reflète donc, le cas échéant, l'ouverture de l'instance à d'autres rationalités, et ce notamment par la présence de

²⁰ F. HOURQUEBIE, « La collégialité: valeur ou principe ? », art cit., p. 15.

²¹ F. HOURQUEBIE, « La collégialité : valeur ou principe ? », art cit., p. 15.

²² M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991, p. 69.

²³ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, op. cit.*, p. 148.

²⁴ *Ibid.*, p. 147.

²⁵ A. LANCELOT, ancien membre du Conseil constitutionnel, « Éloge de la sagesse », 27 mai 2001 (conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/eloge-de-la-sagesse.25703.html, consulté le 6 mars 2016).

²⁶ F. HOURQUEBIE, « La collégialité : valeur ou principe? », art cit., p. 17.

²⁷ F. BRUNET, *La normativité en droit, op. cit.*, p. 499.

personnalités appartenant à des univers différents de celui de l'État ou du champ juridique²⁸. La mise en place d'une autorité collégiale suppose que le législateur a engagé une réflexion sur sa composition, le nombre de membres et sur les qualités que ces derniers doivent présenter au regard de la mission effectivement remplie par l'autorité en question²⁹. Cet objectif fait écho aux observations de Pierre LASCOUMES, étudiant à l'époque la Commission des opérations de bourse (COB), lequel mettait l'accent sur une des originalités de l'institution qui fonctionne, selon lui, « plus à l'opportunité qu'à la légalité, plus au pragmatisme qu'au droit »³⁰. Si la nature des compétences requises dépend du secteur d'activité concerné, la collégialité permet une méthode de travail des autorités qui « rend possible [cette] pluridisciplinarité »³¹ dans le cadre d'un processus décisionnel ou d'expertise. Faire le choix de la collégialité consiste à permettre la réunion de profils différents tenant compte de l'expérience, des qualités ou encore des compétences des membres de l'autorité. La présence de « personnalités qualifiées » au sein de l'instance de régulation suppose qu'elles soient issues d'horizons différents, d'expériences diverses, et qu'elle participent directement, par délibération, au processus décisionnel, et non plus comme voix consultatives à côté des instances de décision.

79. Ce pluralisme recouvre plusieurs aspects selon la fonction assumée par l'autorité. Par exemple, lors de la mise en place de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), il était fait mention pour établir la composition du collège tant d'un pluralisme des opinions que d'un pluralisme des compétences³². En matière de protection des

²⁸ Toutefois celle-ci se fait également par l'entretien de relations spécifiques et directes avec les acteurs du secteur d'activité soumis à la régulation de l'autorité ou, de façon plus spécifique, par la mise en place d'une commission consultative auprès du collège composée notamment de membres de la société civile.

²⁹ La composition des collèges doit également tenir compte du principe de parité entre les femmes et les hommes posé par la loi. Le II de l'article 74 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a habilité le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relevant de la loi nécessaires pour favoriser l'égal accès des femmes et des hommes au sein des autorités administratives indépendantes (AAI) et des autorités publiques indépendantes (API). L'ordonnance du 31 juillet 2015 a défini pour chacune des AAI ou API, les règles de désignation et de nomination de leurs membres, de manière à garantir la parité au sein du collège. De manière à donner toute sa portée à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes, le gouvernement a fait le choix de garantir, pour chaque autorité, que l'écart maximal entre le nombre de femmes et d'hommes au sein des membres titulaires du ou des collèges de l'autorité ne soit pas supérieur à un. L'ordonnance a ainsi modifié par conséquent les règles institutives de chacune des AAI ou API concernées, en tenant compte de leurs spécificités, en termes de mode de désignation de leurs membres. Lorsque plusieurs autorités sont appelées à désigner concomitamment des membres au sein de l'autorité, il est ainsi recouru, le cas échéant, à un tirage au sort de manière à déterminer laquelle ou lesquelles d'entre elles doivent désigner un homme ou une femme, ou un nombre supérieur d'hommes ou de femmes.

³⁰ P. LASCOUMES, « La C.O.B. : entre magistrature économique et gestion du droit des affaires », *Déviance et société*, 1985, vol. 9, n° 1, p. 3.

³¹ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 347.

³² Ainsi peut-on lire qu'« à la différence du Médiateur de la République ou du Défenseur des enfants, cette nouvelle instance est collégiale, afin d'assurer en son sein le pluralisme des courants de pensée et la pluralité des compétences » (Rapport n° 1965 de P. CLÉMENT au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi portant

droits et libertés par exemple, la pluralité des opinions ou des intérêts appellent une représentation politique des intérêts qui renvoie à celle plus traditionnelle des organismes consultatifs³³. À ce titre, les « Principes de Paris » relatifs aux principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme³⁴ préconisent une représentation pluraliste des forces sociales (de la société civile) concernées par la protection et la promotion des droits³⁵. En ce qui concerne les autorités intervenant dans le domaine économique, leur naissance résulte en partie du constat que la détermination de l'intérêt général dans ces matières par les seuls pouvoirs publics a atteint ses limites³⁶. La structure et le fonctionnement des autorités intervenant dans ces matières doivent permettre la conciliation de deux logiques qui ne se concilient pas toujours : celle du marché et celle de l'intérêt général³⁷. La composition de ces autorités se trouvent donc à l'intersection de deux sources du droit économique : les pouvoirs privés économiques et les pouvoirs publics³⁸. Pour ce faire, la composition des collèges de ces autorités accorde une place conséquente aux économistes ou aux professionnels du secteur. Par exemple, il est prévu à l'article L.132-2 du Code de l'énergie que les membres du collège de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) doivent être nommés en raison de leurs « qualifications dans les domaines juridique, économique et technique »³⁹. L'autorité légitime qui en résulte est considérée être fondée sur la compétence technique ou l'expérience des membres qui siègent au sein des collèges.

création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, 1^{er} décembre 2004, Assemblée nationale, p. 9).

³³ Y. WEBER, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 31 et s.

³⁴ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 48/134 sur le statut des Institutions Nationales des Droits de l'Homme, 20 décembre 1993.

³⁵ Cette exigence trouve une expression dans la composition de la CNCDH. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 5 mars 2007, la Commission est composée « de représentants des organisations non gouvernementales spécialisées dans le domaine des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou de l'action humanitaire, d'experts siégeant dans les organisations internationales compétentes dans ce même domaine, de personnalités qualifiées, de représentants des principales confédérations syndicales, du Médiateur de la République, ainsi que d'un député, d'un sénateur et d'un membre du Conseil économique et social désignés par leurs assemblées respectives » (Article 1 de la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), *JORF*, n° 55, 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 6).

³⁶ Dans cette volonté d'associer la société civile à l'action des pouvoirs publics, force est de partager le constat établi par Laurence BOY d'une sous-représentation systématique des consommateurs par rapport aux professionnels (L. BOY, « L'interprétation en droit économique: facteur d'harmonisation? » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 335-359).

³⁷ C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières: contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD Com*, septembre 1989, vol. 3, n° 42, p. 417.

³⁸ Voir : L. BOY, « L'interprétation en droit économique: facteur d'harmonisation? », art. cit.

³⁹ Article L132-2 du Code de l'énergie.

80. Les critiques portant sur la composition des AAI témoignent de la difficulté qu'il y a de trouver un équilibre entre les différentes rationalités au sein d'un collège au regard des objectifs de régulation qui sont ceux des AAI. Par exemple, en ce qui concerne les autorités intervenant dans le domaine économique et financier, Laurence BOY s'interroge notamment sur la place désormais prédominante de l'économie du droit au sein de ces autorités et à sa capacité en matière de qualification juridique⁴⁰. Toutefois, il convient de noter que les « personnalités qualifiées » ont rarement la voix majoritaire dans les autorités disposant d'un pouvoir de décision voire, dans certains cas, sont absentes de la composition du collège⁴¹. La composition du collège de la Commission des sondages a d'ailleurs fait l'objet d'une critique, formulée dans le rapport de la Commission d'enquête de 2015⁴², regrettant l'échec d'une proposition de loi qui avait pour objet de renforcer considérablement la présence de « personnes qualifiées » au sein du collège⁴³.

81. Une constante dans la composition des AAI réside dans la présence de membres des trois hautes juridictions, tant en provenance des « grands corps de l'État » – le Conseil d'État et la Cour des comptes – que la Cour de cassation⁴⁴. Certaines autorités sont d'ailleurs exclusivement composées de membres provenant de ces juridictions. Il en va ainsi de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP). Cette dernière est composée de neuf membres issus des trois grandes juridictions, nommés pour cinq ans (renouvelables) par décret du Premier ministre, sur proposition du Vice-président du Conseil d'État, du Premier président de la Cour de cassation et du Premier président de la Cour des comptes⁴⁵. La présence uniquement de juges au sein de ces institutions a suscité des discussions concernant la fonction effectivement remplie par cette Commission. Toutefois, dans sa décision du 31 juillet 1991⁴⁶, le Conseil constitutionnel a tranché la question en

⁴⁰ L. BOY, « L'interprétation en droit économique: facteur d'harmonisation? », art cit, p. 335.

⁴¹ Néanmoins le législateur peut avoir prévu que la composition du collège de l'Autorité concernée soit modifiée en raison de l'objet de la délibération. Il en va ainsi de l'Autorité de la concurrence qui, depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, lorsqu'elle délibère en application de l'article L.462-4-1 du Code de commerce (cartographie des offices des notaires, des huissiers de justice et des commissaires priseurs judiciaires), doit comprendre deux personnes qualifiées nommées par décret (pour une durée de 3 ans non renouvelable).

⁴² Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la Commission d'enquête sur les autorités administratives indépendantes, 28 octobre 2015, Tome I, Sénat, p. 74.

⁴³ Article 7 de la proposition de loi, adoptée par le Sénat, sur les sondages visant à mieux garantir la sincérité du débat politique et électoral (TA n° 63, 2010-2011).

⁴⁴ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 69.

⁴⁵ Article L. 52-14 du Code électoral.

⁴⁶ Pour la CNCCFP, le Conseil constitutionnel a précisé que la commission est une « autorité administrative et non une juridiction » dans sa décision du 31 juillet 1991 (décision n° 91-1141/1142/1143/1144 AN du 31 juillet 1991, *A.N., Paris (13ème circ.)*, considérant 6). Le Conseil d'État dans son rapport public de 2001 avait classé la CNCCFP dans la catégorie des AA. Ce statut lui a été explicitement reconnu par l'ordonnance n° 2003-1165 du 8

considérant que la fonction remplie par la CNCCFP n'est pas juridictionnelle, mais bien administrative. La présence de juges au sein de l'organe délibérant de telles instances trouve une explication dans la recherche de la garantie d'indépendance et d'impartialité attachée à leur position⁴⁷. Les « juges » constituent en effet une figure particulière de l'« autorité légitime » fondée sur l'indépendance et l'impartialité⁴⁸, celle inhérente au tiers adjudicateur du juste. Dans son ouvrage intitulé *La notion d'autorité*, Alexandre KOJEVE identifie quatre types d'autorité reposant sur une légitimité particulière. Parmi celles-ci, l'autorité du juge repose, selon lui, sur l'équité et l'impartialité et pèse sur celui ou ceux qu'il juge. Les variantes de cette figure incluent l'autorité de l'homme juste ou honnête, de l'arbitre ou du médiateur ainsi que du contrôleur⁴⁹. Michel FOUCAULT, dans une communication sur les AAI, constatait à ce propos une « démultiplication du rôle du magistrat »⁵⁰, loin des fonctions juridictionnelles classiques, laissant apparaître des « magistrats contrôleurs »⁵¹ dont le rôle n'est plus précisément de trancher un litige, mais de participer à la détermination d'un « optimum social »⁵². Toutefois, cette présence a parfois été mise en cause comme pouvant porter atteinte à la séparation des pouvoirs, évoquant un « mélange des genres »⁵³. Loin de censurer cette pratique, le Conseil constitutionnel a considéré, à propos de la composition de l'ancienne Commission nationale de la communication et des libertés, que cette présence était conforme « à la conciliation à opérer entre la libre communication des pensées et des opinions et les objectifs de valeur constitutionnelle touchant notamment à la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socioculturels »⁵⁴. Il a néanmoins précisé que ne pouvaient être désignés que les membres qui

décembre 2003 portant simplifications administratives en matière électorale (*JORF*, n° 284, 9 décembre 2003, p. 20961, texte n° 2).

⁴⁷ Cette représentation n'en demeure pas moins fortement relativisée dans le rapport de la Commission d'enquête sur les AAI. Ainsi, en réponse à Jean-Marc Sauvé – alors Vice-président du Conseil d'État – selon qui « le meilleur moyen de se prémunir contre le risque [de conflit d'intérêts ou d'infraction pénale] est évidemment de puiser dans le vivier des juridictions suprêmes », la Commission constate au contraire, et sans grande surprise, « que les mobilités au sein de l'administration voire en direction du secteur privé des membres de ces “grands corps de l'État” n'étaient pas toujours exemptes de critiques ». En effet, si « les garanties du statut des membres et magistrats de ces juridictions participent évidemment de leur indépendance [...] elles ne les placent pas, de manière définitive, hors de toute influence du secteur privé ou des autres institutions publiques, ne serait-ce que celles dont ils sont issus » (Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, *op. cit.*, pp. 48-49).

⁴⁸ A. KOJÈVE, *La notion d'autorité*, Paris, Gallimard, 2004, p. 67.

⁴⁹ J. H. NICHOLS JR., « L'enseignement de Kojève sur l'autorité », *Commentaire*, traduit par I. HAUSSER, 2009, Numéro 128, n° 4, p. 884.

⁵⁰ M. FOUCAULT, « La redéfinition du judiciaire, intervention au séminaire du Syndicat de la Magistrature, 1977 », *Vacarme*, automne 2004, n° 29, p. 55.

⁵¹ *Ibid.*, p. 55.

⁵² *Ibid.*, p. 57.

⁵³ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁴ Cons. const., décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, loi relative à la liberté de communication, consid. 96 ; *RDP*, mars-avril 1989, n° 2, p. 399, note L. FAVOREU ; *D*, 987, p. 381, note H. MAISL ; *AJDA*, 1987, p. 111,

sont à la date de l'élection en service dans le corps, ce qui exclut par principe ceux qui exercent des fonctions administratives ou sont en détachement auprès de l'administration ou du gouvernement⁵⁵. Cette précision vise surtout le Conseil d'État, et dans une moindre mesure la Cour des comptes, qui n'assume pas uniquement le rôle de juge de l'administration, mais également celui de conseiller de l'exécutif. Par cette solution, le Conseil constitutionnel opère ainsi un rééquilibrage des pouvoirs. La critique ne porte généralement pas sur la figure du juge dont le statut d'indépendance fait figure de modèle et renvoie à l'idéal de justice, mais plutôt sur celle de leur appartenance à un corps. En effet, une forte présence de membres des « grands corps de l'État » est de nature à accroître par effet de ricochet le pouvoir d'influence des corps desquels ils sont issus. Sur ce point, la Commission d'enquête sur les AAI a mis en cause, dans son rapport publié le 29 octobre 2015, la surreprésentation des « grands corps de l'État » dénonçant, entre autres, « une concentration des pouvoirs entre les représentants des “grands corps de l'État” »⁵⁶. Comme l'écrit Françoise DREYFUS, les « corps, tout au moins les grands corps administratifs et techniques de l'État, ont des intérêts et des stratégies. Chacun d'entre eux, s'étant constitué en force sociale autonome, vise à accroître son pouvoir et à renforcer sa position dans un espace qui, depuis longtemps, n'est plus confiné à la seule Administration. Les intérêts de leurs membres se confondent avec ceux du corps »⁵⁷. Soit le législateur voit dans leur présence une garantie supplémentaire d'impartialité au regard de leur statut d'indépendance et de leur expérience⁵⁸ soit plus vraisemblablement, il cède au poids « des

note P. WACHSMANN ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, n° II-1986, p. 430-436 et p. 442-443, B. GENEVOIS.

⁵⁵ Dans sa décision du 18 septembre 1986, le Conseil estime que « l'indépendance ainsi conférée à cet organisme, qui est, dans son principe, conforme à la conciliation à opérer entre la libre communication des pensées et des opinions et les objectifs de valeur constitutionnelle touchant notamment à la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socioculturels implique, dans l'intention même du législateur, que ceux des membres de la commission désignés par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes, soient élus uniquement par ceux des membres de ces institutions qui sont, à la date de l'élection, en service dans leur corps » (Cons. const., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, consid. 96).

⁵⁶ Rapport n° 126 (2015-2015) de J. MÉZARD, au nom de la Commission d'enquête, sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, « *Un État dans l'État* » canaliser la prolifération des AAI pour mieux les contrôler. *Rapport sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes*, Commission d'enquête, Sénat, 28 octobre 2015, vol. 1/2, *JORF*, p. 36.

⁵⁷ F. DREYFUS, « Les autorités administratives indépendantes: de l'intérêt général à celui des grands corps » dans *Perspectives du droit public. Études offertes à Jean-Claude Hélin*, Paris, Dir. du Juris-Classeur, 2004, p. 225. Pour une position contraire : G. MARCOU, « Les autorités administratives “dépendantes” et “indépendantes” dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique - une analyse sur des secteurs sélectionnés » dans G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 87-88.

⁵⁸ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 54.

habitudes directement héritées du modèle administratif français »⁵⁹. Dans les deux cas, la critique porte sur l'intérêt public défendu par les membres de ces juridictions ou entités publiques qui ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt général ni avec celui de l'autorité administrative indépendante⁶⁰. C'est à ce titre que l'implication des « grands corps » dans l'existence et le fonctionnement des AAI (collège, nomination, etc.) a suscité des critiques visant la forte politisation en retour des grands corps (stratégie de nomination, etc.)⁶¹. Cette discussion n'est pas fermée.

82. La présence d'élus dans les collèges des autorités pose la question de la politisation, de manière plus directe encore, de ces instances. Ainsi la nomination de parlementaires *ès qualités* au sein des collèges des autorités s'est développée même si elle demeure une exception. Dans ces hypothèses, les députés et sénateurs, membres d'une autorité, sont désignés respectivement par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Neuf autorités comptent des parlementaires *ès qualités* parmi leurs membres. Il en va ainsi par exemple de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)⁶², de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)⁶³, du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES)⁶⁴ ou encore de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)⁶⁵. Ceci s'explique généralement par le souci de favoriser leur information ou lorsqu'il s'agit d'opérer un contrôle sur l'administration comme c'est le cas pour la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)⁶⁶ ou la Commission consultative nationale du secret de la défense nationale (CCSDN)⁶⁷ qui aurait pu être le fait d'un organe parlementaire créé à cet effet. Dans cette seconde hypothèse, la présence du « pouvoir politique » de contrôle dans ces instances peut s'expliquer au nom d'un

⁵⁹ Rapport n° 126 (2015-2015) de J. MÉZARD, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁰ Des travaux français de sociologie politique ont mis en évidence cette opposition entre l'intérêt général et l'intérêt des grands corps. Sur ce sujet : J.-C. THOENIG, *L'ère des technocrates*, Paris, L'Harmattan, 1987.

⁶¹ P. NICOLAÏ, « prospective » dans G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 305.

⁶² Article 13, I, 1° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶³ Article 23 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal a été codifiée à l'article L341-1 du Code des relations entre le public et l'administration entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (Article 6 de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JORF*, n° 0177, 2 août 2015, p. 13236, texte n° 11).

⁶⁴ Article L114-3-3 II, 5° du Code de la recherche.

⁶⁵ Article 1 al. 3 de la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

⁶⁶ Art. L831-1 du Code de sécurité intérieure.

⁶⁷ Article 2 de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale.

« pluralisme utile »⁶⁸. Toutefois, la Commission d'enquête sur le bilan des AAI a fait état d'un consensus s'établissant sur la difficulté pour le Parlement à contrôler un organe comprenant en son sein des parlementaires⁶⁹. De plus, la Commission observe que « les parlementaires siégeant au sein d'une autorité administrative indépendante sont, au premier chef, des membres de cette autorité avant d'être des parlementaires susceptibles d'exercer un contrôle au nom de leur assemblée »⁷⁰. Au reste, si la présence de parlementaires se justifie dans les autorités exerçant un contrôle de l'administration, il en va autrement, au regard de la séparation des pouvoirs, des autorités en charge d'une mission de régulation d'une activité économique disposant de compétences décisionnelles. Par exemple, l'Assemblée nationale avait prévu de faire siéger deux parlementaires au sein de la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Cette proposition a été abandonnée devant l'hostilité du Sénat qui en a souligné la contrariété avec le principe de séparation des pouvoirs, en raison précisément de la compétence réglementaire résiduelle de la CRE. Plutôt qu'une remise en question de la présence de parlementaires au sein des AAI, cette présence suscite des discussions quant à la représentation équilibrée des sensibilités politiques⁷¹. En effet, depuis 2006, une exigence de pluralisme politique des membres parlementaires s'est imposée aux autorités nommant les parlementaires siégeant au sein du collège de la CNIL⁷². En outre, sous réserve des incompatibilités, et à l'exception expresse de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP)⁷³,

⁶⁸ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 71. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer explicitement sur la présence de parlementaires *ès* qualités au sein des AAI lors de l'examen de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement. Il estime ainsi que dès lors que les parlementaires nommés sont astreints au respect des secrets protégés par les dispositions du Code pénal, leur présence « n'est pas de nature à porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs » (Cons.const., décision n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, loi relative au renseignement ; *Procédures*, novembre 2015, n° 11, p. 4, P. GONOD ; *JCP G.*, 5 octobre 2015, n° 41, p. 1816, R. PARIZOT ; *Constitutions*, 2015, n° 2015-3, p. 432, O. LE BOT ; *JCP G.*, 14 septembre 2015, n° 38, p. 1639, M. VERPEAUX).

⁶⁹ Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁰ *Ibid*, p.75.

⁷¹ À propos de l'ancienne CNCIS, Claudine GUERRIER notait que le mode de nomination et la composition était susceptible d'affaiblir la portée critique de la Commission. En effet, la CNCIS « est un triumvirat : un membre est désigné par le président de la République sur une liste dressée par le vice-président du Conseil d'Etat et le premier président de la Cour de cassation ; c'est lui qui assume la présidence de la C.N.C.I.S. Deux autres membres, député, sénateur sont désignés par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat. Au moins deux personnalités sur trois ont vocation à appartenir à la majorité. Est-il possible que cet organisme, par ses avis, remplisse une fonction d'ardente critique ? » (C. GUERRIER, « Les écoutes de sécurité : entre libertés publiques et intérêt général », *LPA*, 28 juillet 1995, n° 90, p. 24 et s).

⁷² Depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (article 54), la représentation de l'opposition au sein du collège de la CNIL est devenue une obligation. Les lois portant statut général des AAI et des API ne prévoient aucune disposition généralisant ce principe à l'ensemble des AAI susceptibles d'être concernées (loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2).

⁷³ 4° et 5° du II de l'article 19 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

rien n'interdit de nommer un parlementaire en tant que « personne qualifiée »⁷⁴ au sein du collège d'une AAI sous réserve que le député abandonne ses mandats conformément aux dispositions du Code électoral⁷⁵. Cette pratique peut s'interpréter comme un contournement de la procédure de désignation. En effet, un député n'a *a priori* pas vocation à siéger comme « expert »⁷⁶, à moins de considérer que le rôle de rapporteur sur un projet de loi suffise à en faire des experts⁷⁷.

§2 Une autorité unipersonnelle

83. Au contraire de la collégialité, le choix d'une personne unique pour remplir une fonction générale de régulation revient à faire le choix de l'incarnation de l'institution par une personne dont les qualités, le prestige social ou ses valeurs notoirement reconnues suffisent à légitimer son intervention⁷⁸. Seulement quatre autorités sont des autorités personnelles. Dans ce cas, le titulaire du mandat met sa notoriété personnelle, le temps de son activité, au profit de l'institution. Il s'opère dès lors un phénomène d'identification entre l'institution, structure organisationnelle, et la personnalité nommée⁷⁹. La personnalisation de la fonction est une caractéristique dominante du modèle de l'*Ombudsman*⁸⁰ qui se traduit par l'utilisation d'expressions telles que « le Contrôleur », « le Défenseur », ou encore « le Médiateur »⁸¹. Notons, toutefois, que certaines autorités absorbées par le Défenseur étaient des autorités collégiales. Dans son avis relatif à la création d'un Défenseur des droits, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) critiquait d'ailleurs le passage de la

⁷⁴ Par exemple, Michel THIOLLIÈRE a été désigné le 16 avril 2010 par le président du Sénat à la vice-présidence du collège de la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Il a dès lors abandonné tous ses mandats électifs incompatibles avec sa nouvelle fonction conformément aux dispositions du Code électoral (L.O. 145 et L.O. 297 du code électoral).

⁷⁵ L.O. 145 du Code électoral.

⁷⁶ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ On peut citer le cas de Franck RIESTER qui a été nommé en 2009 au collège de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) en tant que « personne qualifiée » par le président de l'Assemblée nationale (décret du 23 décembre 2009 portant nomination des membres du collège et de la commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, *JORF*, n° 0299, 26 décembre 2009, p. 22372, texte n° 129). La qualification particulière de ce député sur ce sujet résulte de son activité de parlementaire. En effet, il a été vice-président du groupe d'études « Internet, audiovisuel et société de l'information », il a participé à la Commission des Affaires Culturelles et de l'Éducation de l'Assemblée nationale. Enfin, il a été rapporteur des deux lois « Création et Internet », dites « Hadopi 1 et 2 », devant l'Assemblée nationale (assemblee-nationale.fr/deputes/fiche/OMC_PA335758, consulté le 10 janvier 2016).

⁷⁸ F. HOURQUEBIE, « La collégialité : valeur ou principe? », art cit, p. 17.

⁷⁹ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 53.

⁸⁰ Y. RODRIGUEZ, « «Le défenseur du peuple» ou l'Ombudsman espagnol », *RIDC*, 1982, vol. 34, n° 4, p. 1238.

⁸¹ P.-Y. BAUDOT et A. REVILLARD, « Le médiateur de la république au prisme de la démocratie administrative », *RFAP*, 8 août 2011, n° 137-138, n° 1, p. 196.

Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), en tant qu'elle était collégiale, à une autorité personnalisée. La « composition spécialisée, pluraliste et multidisciplinaire »⁸² de la CNDS constituait un « atout inestimable »⁸³ pour la qualité des travaux d'expertise ainsi que pour l'indépendance de l'institution.

84. Les raisons du choix d'une autorité unipersonnelle sont variables et ne permettent pas d'en dégager un principe. Ainsi, René PLEVEN, lors de la mise en place du Médiateur de la République, précisait que l'État souffrait « de l'éloignement qui sépare ceux qui prennent les grandes décisions de ceux qui en vivent les conséquences. Ils souffrent aussi de l'anonymat des rapports humains [...] Notre époque, en réaction contre cette situation, a de plus en plus soif de participation, de contacts directs, de personnalisation de l'exercice du pouvoir. Tout l'y pousse et, en premier lieu, la disparition des relations humaines de type traditionnel par suite de la concentration urbaine et l'influence des nouvelles techniques d'information audiovisuelles »⁸⁴. Au vu de ces motifs, il est apparu à l'époque nécessaire de favoriser l'incarnation de la fonction plutôt que de confronter l'administré « soupçonneux » à une énième administration. Son interlocuteur devait être une personne de confiance, connue pour son honnêteté et son indépendance. C'est pour cette raison que le Conseil d'État constate en ce qui concerne le Médiateur, dans son rapport sur les AAI, que « la fonction se prête bien à son exercice par une personne unique »⁸⁵.

85. Le capital d'estime morale dont jouissent les titulaires de la fonction renvoie dès lors à la notion d'autorité morale et plus directement au « magistère »⁸⁶. Par la référence au prestige du titulaire du mandat, le législateur recherche précisément l'établissement d'un magistère moral entendu comme une « autorité doctrinale, morale ou intellectuelle s'imposant de façon absolue »⁸⁷. Cette autorité attachée à la personne correspond à une figure de l'influence à la croisée de l'autorité fondée sur le charisme et la compétence de son titulaire⁸⁸. La personnalisation des institutions indépendantes et les garanties d'indépendance à l'égard des

⁸² CNCDH, Ass. plén., avis du 4 février 2010 sur le Défenseur des droits, p. 4.

⁸³ *Ibid.*, p. 5.

⁸⁴ R. PLEVEN, garde des Sceaux, ministre de la Justice, Compte-rendu des débats, Assemblée nationale, *JORF*, 1972, p. 6210.

⁸⁵ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 312.

⁸⁶ Expression utilisée par François CHAZEL lors de son explication des travaux du psychologue américain Carl HOVLAND (F. CHAZEL, « INFLUENCE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], août 2015 (universalis.fr/encyclopedie/influence/, consulté le 18 septembre 2016)).

⁸⁷ Définition MAGISTÈRE au sens figuré §2 dans A. REY et J. REY-DEBOVE (dir.), *Le ROBERT, le nouveau petit robert de la langue française*, nouvelle édition millésime 2007, Dir. Le Robert, Paris, p. 1502.

⁸⁸ M. WEBER, *Économie et société. 1/ Les catégories de la sociologie (1922)*, Paris, Pocket, 1995, vol. 2/1, p. 320 ; M. WEBER, *Le Savant ou le Politique*, Paris, Plon, 1959, p. 102.

autres pouvoirs sont autant d'éléments susceptibles d'accroître la force extrinsèque de leurs arguments. Dans cette hypothèse, le choix du candidat s'avère d'« une importance essentielle »⁸⁹ pour assurer l'efficacité de l'intervention de l'institution. La difficulté réside dès lors dans la détermination de ce qu'il est convenu d'appeler les attributs de la « sagesse ». Ainsi, concernant le Contrôleur des lieux de privation de liberté (CGLPL), la lecture des travaux parlementaires donne une indication sur le caractère éminemment subjectif du choix du titulaire de la fonction qui doit se fonder sur « la compétence et l'expérience nécessaires pour bénéficier d'un crédit incontestable auprès de l'opinion publique tout en suscitant la confiance des administrations et des personnels responsables des lieux soumis à son contrôle »⁹⁰. Si le choix du mandat est une étape déterminante dans le succès ou la crédibilité de l'institution, elle n'en apparaît pas moins sujette aux contingences politiques. L'enjeu autour de cette nomination se traduit dès lors par un examen du parcours et des qualités du candidat et trouve parfois un écho médiatique soit pour faire l'éloge du candidat proposé, évoquant le « juste des prisons »⁹¹ à propos de Jean-Marie DELARUE au poste de CGLPL, soit au contraire pour dénier ses qualités⁹².

86. Dans le fonctionnement de l'autorité, la forte personnalisation de ces institutions a pour principale conséquence « une périodisation de l'activité de l'institution calquée sur les mandats successifs des différents titulaires de la fonction »⁹³. Ainsi, plus l'organisation est petite, plus la permanence de la structure s'en trouve soumise aux contingences liées à la nomination de son titulaire et à ses choix d'organisation interne. Chaque fin de mandat signifie une

⁸⁹ Rapport n° 414 (2006-2007) de J.-J. HYEST, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, Sénat, 25 juillet 2007, p. 35.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ A. SALLES, « Jean-Marie Delarue, le juste des prisons », *Le Monde*, 23 juin 2008 (lemonde.fr/societe/article/2008/06/23/jean-marie-delarue-le-juste-des-prisons_1061747_3224.html, consulté le 6 mars 2016).

⁹² En juin 2014, la proposition par le président de la République François Hollande de nommer Jacques Toubon, homme politique classé à droite, pour devenir Défenseur des droits, avait été intensément critiquée par une partie de la gauche et quelques élus de droite. En dehors des raisons politicienne, les critiques portaient sur ses opinions et prises de positions passées (dépénalisation de l'homosexualité, union civile, etc.) et surtout son rôle dans l'affaire Tibéri lorsqu'il était garde des Sceaux dans le gouvernement d'Alain Juppé (Anon., « Les multiples vies de Jacques Toubon », *Le Monde*, 12 juin 2014 (lemonde.fr/societe/article/2014/06/12/les-multiples-vies-de-jacques-toubon_4436849_3224.html, consulté le 6 mars 2016) ; M. DELEAN, « Jacques Toubon, une nomination que rien ne peut justifier », *Médiapart*, 12 juin 2014. (mediapart.fr/journal/france/120614/jacques-toubon-une-nomination-que-rien-ne-peut-justifier?onglet=full, consulté le 6 mars 2016). Après une audition approfondie, le 9 juillet 2014, les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat approuvent la nomination de Jacques Toubon au poste de défenseur des droits, qui est confirmée le jour-même par l'Élysée. Dans le détail, l'ex-ministre a rassemblé 32 suffrages favorables à l'Assemblée (19 contre) et 16 au Sénat (14 contre), par un vote à bulletins secrets. Sept bulletins étaient blancs ou nuls à l'Assemblée et 5 au Sénat.

⁹³ Par exemple, de façon anecdotique, on observe à chaque nouveau mandat la modification de la charte graphique du rapport annuel (A. REVILLARD et al., *La fabrique d'une légalité administrative: sociologie du médiateur de la République*, Paris, France, Mission de recherche droit et justice, 2011, p. 33).

fragilisation de l'institution tant sur le plan de son fonctionnement que sur la politique menée⁹⁴. Par exemple, les contrôleurs nommés par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) quittent leur fonction dès que l'autorité les ayant nommés quitte son mandat⁹⁵. Il en résulte une attention particulière à la posture adoptée par le titulaire de la fonction, selon la conception qu'il se fait de sa mission ou du rôle que l'institution est amenée à jouer précisément, la structure peut prendre une transformation plus ou moins radicale. Son titulaire, du fait sa personnalité, déterminera la trajectoire de l'institution. En définitive, suivant la confiance qu'il inspirera à ceux qu'il est chargé de protéger et l'influence qu'il affirmera dans sa magistrature, il permettra à l'institution de se renforcer ou, à l'inverse, affaiblira durablement son activité⁹⁶.

87. Malgré l'identification de l'institution à une personne de « haute estime », l'influence de l'institution ne se réduit pas entièrement à celle de son principal représentant. Contrairement aux origines du Médiateur tel qu'issu de la loi de 1973, privilégiant un faible nombre de « collaborateurs » afin d'éviter la constitution d'une « nouvelle administration »⁹⁷, on constate, à l'instar de toute organisation administrative d'une certaine taille, un phénomène de « bureaucratisation » des autorités personnalisées. Comme l'écrivait Maurice HAURIOU, une institution est « une organisation juridique qui mérite le nom d'individualité objective, à l'intérieur de laquelle peut se développer une personnalité subjective, mais qui n'est pas confondue avec celle-ci »⁹⁸. Par conséquent, la conception que les titulaires vont se faire de l'institution n'est pas sans lien avec l'attente que l'opinion peut se faire de l'institution⁹⁹, et ce même si le changement peut apparaître plus radical et immédiat dès lors qu'il dépend d'une personne précisément désignée. Concernant le Défenseur des droits, bien que l'article 71-1 de la Constitution prévoit que l'institution sera incarnée par une personnalité unique, le législateur a néanmoins prévu dans la loi organique la présence à ses côtés de plusieurs collèges reprenant les missions des précédentes autorités¹⁰⁰ et qui tranchent sensiblement avec le modèle de

⁹⁴ L'équipe recrutée par le titulaire de la charge cesse tout simplement d'avoir une existence légale dès son départ (Médiateur de la République, Rapport au Président et au Parlement 1986, Paris, La Documentation française, 1988, p.27).

⁹⁵ Article 4 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un CGLPL précisé par le décret d'application n° 2008-246 du 12 mars 2008 relatif au CGLPL.

⁹⁶ Y. RODRIGUEZ, « “Le défenseur du peuple” ou l'ombudsman espagnol », art cit, p. 1238.

⁹⁷ A. REVILLARD et al., *La fabrique d'une légalité administrative*, op. cit., p. 34.

⁹⁸ M. HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1906, p. 135

⁹⁹ J. LAGROYE, « On ne subit pas son rôle. Entretien avec Jacques Lagroye », *Politix*, 1997, vol. 10, n° 38, p. 7-17.

¹⁰⁰ Article 11 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

l'*Ombudsman* suédois¹⁰¹. Certes, le titulaire de la fonction possède des pouvoirs propres qu'il ne peut pas dans la majorité des cas déléguer¹⁰², mais le fonctionnement général demeure partagé en quatre collègues. On observe d'ailleurs une personnalisation des collègues dans la personne des vice-présidents et des adjoints du Défenseur correspondant au rôle de Président des anciennes AAI absorbées. Par exemple, dès les premiers temps d'exercice du Défenseur des droits, la figure du « Défenseur des enfants »¹⁰³ est réapparue dans les rapports publiés à travers celle de la vice-présidente du collège chargé de la défense et de la promotion des droits de l'enfant, et maintenue depuis¹⁰⁴.

88. Les autorités collégiales ne sont pas exemptes d'une certaine forme de personnalisation de l'institution à travers la fonction de Président du collège de l'autorité administrative indépendante¹⁰⁵ ou par la mise en place parfois d'une fonction singulière telle que le Médiateur de l'Autorité des marchés financiers par exemple¹⁰⁶. Le Président du collège de l'autorité se distingue des autres membres du collège au regard de son mode de désignation, de la durée de son mandat, dans certains cas de son statut (temps plein), et par l'attribution de pouvoirs propres. Le plus souvent, si les membres du collège font l'objet d'une procédure de nomination faisant intervenir différentes autorités (Assemblées, Président, Hautes juridictions), le président, à l'instar des titulaires des autorités unipersonnelles, est nommé par le Président de la République. Il convient de noter que le choix du président est soumis aux mêmes impératifs que la nomination des titulaires des autorités unipersonnelles. Ainsi, le prestige et le crédit social du titulaire entre en ligne de compte. On retrouve ici une des figures d'influence dans l'autorité personnelle attachée à la personnalité du Président de l'Autorité¹⁰⁷. La personnalisation de l'autorité collégiale peut résulter d'un défaut lié au statut des membres du collège de l'autorité en question. Ainsi, si le caractère collégial de la Haute autorité de lutte

¹⁰¹ A. LEGRAND, « Ombudsmän nordiques et Défenseur des droits », *RFAP*, 1 décembre 2011, n° 139, n° 3, p. 504.

¹⁰² Article 11, II al.2 de la loi organique relative au Défenseur des droits ce dernier « peut déléguer ses attributions à ses adjoints, dans leur domaine de compétence, à l'exception de celles mentionnées aux articles 19, 29, 31, 32, 36 et au dernier alinéa des articles 18 et 25 ».

¹⁰³ Défenseur des droits, *Enfants confiés, enfants placés : défendre et promouvoir leurs droits*, Rapport 2011 consacré aux droits de l'enfant, Paris, Défenseur des droits, p. 5.

¹⁰⁴ Ainsi peut-on lire sur le page Internet de présentation de l'organisation de l'institution du Défenseur des droits que Geneviève AVENARD est vice-présidente, aux côtés du Défenseur des droits, du collège en charge de la défense et de la promotion des droits de l'enfant. La présentation précise également que son rôle est celui de « Défenseuse des enfants » (defenseurdesdroits.fr/fr/institution/organisation/adjoints, consulté le 22 juin 2016).

¹⁰⁵ Voir : L. PERRIN, *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, La Librairie Numérique, 2014, 230 p.

¹⁰⁶ Article L621-19 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁷ S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs », art cit, p. 128.

contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) n'a fait pas l'objet de discussion¹⁰⁸, la personnalisation à travers la figure de son président était principalement le résultat du régime d'incompatibilité des membres du collège provoquant leur manque de disponibilité. En effet, ces derniers pouvaient cumuler leur mandat au collège de la HALDE avec un mandat électif, un emploi public ou toute autre activité professionnelle. Cette absence de réelle collégialité a renforcé la personnalisation de l'institution autour du Président, seule figure médiatisée, et la bureaucratisation de l'autorité, c'est-à-dire le poids excessif des services¹⁰⁹. L'identification permet en pratique un effet communicationnel, mais participe parfois à masquer la position du collège, seul organe habilité à fixer des positions au nom de l'institution. On peut citer l'exemple de l'ancien président de la CNIL, Alex TÜRK, qui faisait régulièrement l'objet de critiques pour ce qui était perçu comme étant « ses » positions au détriment parfois des positions délibérées par l'autorité en question¹¹⁰.

Section 2. Une indépendance vis-à-vis de l'autorité politique

89. L'influence exercée par les autorités administratives indépendantes dépend d'un « climat de confiance »¹¹¹ qui résulte en partie des conditions de nomination des membres et de l'indépendance une fois en fonction vis-à-vis de l'autorité de nomination. Critiquant l'importance de la légitimité d'une institution qui reposerait sur le magistère d'une personne, Olivier BEAUD signale que « la multiplication des personnes nommées à ces postes “ indépendants ” renforce considérablement le “ pouvoir de patronage ” (Maurice HAURIOU) des hommes politiques et accroît le clientélisme. Or, un “ client ” n'est pas forcément un administrateur compétent et impartial »¹¹². Il évoque ainsi la présence d'anciens élus politiques à la tête de ces institutions pour « service rendu » ou encore la nomination d'un candidat malheureux à une élection. S'il est indéniable que l'autorité de nomination voit son pouvoir renforcé¹¹³, cela n'implique pas nécessairement un affaiblissement de l'institution indépendante

¹⁰⁸ Rapport n° 1827 (2004-2005) de P. CLÉMENT, au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Assemblée nationale, 22 septembre 2004, p. 20.

¹⁰⁹ S. BÉNICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale »: instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse de doctorat de droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France, 2011, p. 421.

¹¹⁰ O. TESQUET, « Alex Türk, un Janus quitte la tête de la Cnil », *Télérama*, 21 septembre 2011, mis à jour le 29 mars 2012 (telerama.fr/medias/le-janus-alex-turk-quitte-la-tete-de-la-cnil,73179.php, consulté le 14 juin 2014).

¹¹¹ P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État », art cit, p. 284.

¹¹² O. BEAUD, « L'État » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 243.

¹¹³ Voir sur ce point : B. MONTAY, « Le pouvoir de nomination de l'Exécutif sous la Ve République » (mémoire publié), *Jus Politicum*, n° 11 « Mutations du droit public », p.12 et s.

en question ni ne permet de préjuger en définitive de l'impartialité de la personne nommée. Si les circonstances de la nomination peuvent faire peser un soupçon de partialité sur le candidat, il convient toutefois de relativiser cette critique au regard des garanties statutaires et de l'autonomie fonctionnelle dont disposent les membres une fois en fonction. Ces garanties, caractéristiques de la catégorie des AAI, participent à créer des attentes quant au rôle à tenir au sein de l'institution¹¹⁴. Dès lors, si la qualité et l'efficacité de l'activité d'une institution ne se limitent pas à ces garanties, ces dernières peuvent néanmoins fournir un cadre d'action suffisamment stable permettant aux acteurs nommés de l'« habiter »¹¹⁵ tout en se conformant au rôle que l'on attend d'eux¹¹⁶, et ce au-delà des intérêts particuliers de l'autorité de nomination¹¹⁷. Comme le souligne Patrick WACHSMANN, l'image que les intéressés se font des fonctions dont ils sont investis est importante en ce que « la force des représentations peut conduire les esprits *a priori* les moins portés à l'indépendance à se sentir tenus de faire montre de cette vertu civique »¹¹⁸. Cette réflexion rejoint la thèse du « rôle » développée par le politiste Jacques LAGROYE, selon qui, le rôle que l'on se donne n'est pas déconnecté des attentes attachées à l'institution que l'on dirige¹¹⁹.

90. L'indépendance à l'égard de l'autorité de nomination est conditionnée d'abord par l'intervention d'une pluralité d'acteurs participant à la désignation, éloignant ainsi les soupçons

¹¹⁴ J. LAGROYE, « On ne subit pas son rôle. Entretien avec Jacques Lagroye », *Politix*, 1997, vol. 10, n° 38, p. 7-17.

¹¹⁵ J. FRETTEL, « Habiter l'institution. Habitus, apprentissages et langages dans les institutions partisans » dans J. LAGROYE et M. OFFERLÉ (dir.), *Sociologie de l'institution*, Paris, Belin, 2010, p. 195-217.

¹¹⁶ R. LEFEBVRE, « Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle » dans Jacques LAGROYE et Michel OFFERLÉ (dir.), *Sociologie de l'institution*, Paris, Belin, 2010, p. 195-217.

¹¹⁷ À ce titre, on peut citer l'exemple de la nomination de Jacques TOUBON au poste de Défenseur des droits, confirmant ainsi une approche soucieuse des garanties du « rôle ». En effet, sa nomination a fait l'objet de nombreuses critiques et a suscité une forte inquiétude tant du côté des politiques que de la part des associations (É. DELEVE, « Défenseur des droits : 70.000 signatures contre Jacques Toubon », *France info*, 16 juin 2014 (francetvinfo.fr/politique/defenseur-des-droits-70-000-signatures-contre-jacques-toubon_1690691.html, consulté le 15 juillet 2015). Les principales critiques portaient sur les engagements de M. TOUBON en matière de liberté et sur un choix de l'autorité de nomination soupçonnée de se protéger en nommant une figure effacée (M. DELÉAN, « Jacques Toubon, une nomination que rien ne peut justifier », *Médiapart*, 12 juin 2014. (mediapart.fr/journal/france/120614/jacques-toubon-une-nomination-que-rien-ne-peut-justifier?onglet=full, consulté le 12 juin 2014). Toutefois, depuis sa prise de fonction, Jacques TOUBON a rempli son rôle de manière volontariste dans le sens des missions de l'institution. Au point que le Gouvernement de l'époque a pu témoigner une pointe d'agacement en la personne du ministre de l'intérieur, Bernard CAZENEUVE, qui lui a adressé une lettre dans laquelle il lui reprochait ses « caricatures » et « simplismes » dans un rapport consacré à la « jungle » de Calais (S. MOUILLARD, « Jacques Toubon dans le viseur du ministère de l'intérieur », *Libération*, 16 octobre 2015 (liberation.fr/france/2015/10/16/jacques-toubon-dans-le-viseur-du-ministere-de-l-interieur_1405535, consulté le 17 octobre 2015)). Voir sur la question du rôle : J. LAGROYE, *Sociologie politique*, 3^e éd., Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 1997, p. 136.

¹¹⁸ P. WACHSMANN, « Sur l'« indépendance » des autorités administratives d'État » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, vol. 2/1, p. 497.

¹¹⁹ J. LAGROYE, « On ne subit pas son rôle. Entretien avec Jacques Lagroye », art cit.

d'arbitraire (§1) ; et dans l'émancipation des membres nommés à l'égard de l'autorité de nomination, garantie par un droit statutaire (§2). Pour le dire autrement « la sagesse, si sagesse il y a, a besoin d'un socle solide pour pouvoir s'épanouir. Et l'indépendance des autorités repose peut-être moins sur la composition que sur les règles statutaires »¹²⁰.

§1 La diversification des autorités de désignation des membres

91. L'étude des modes de désignation des AAI suffit à se convaincre que l'unité dans ce domaine n'est pas assurée¹²¹. Selon qu'il s'agisse d'une autorité unipersonnelle ou collégiale, intervenant dans le domaine économique, financier ou social, les conditions de désignation des membres varient considérablement. La discussion sur les modes de désignation prend son sens lorsque l'on envisage les AAI comme une manifestation spécifique des « pouvoirs neutres »¹²². La neutralité s'entend ici comme le fait pour les autorités indépendantes de n'être rattachées formellement à aucun des pouvoirs publics ou comme n'émanant d'aucun secteur d'activité en particulier. Dès lors, les modalités de désignation des membres de l'autorité doivent traduire cette qualité au risque de frapper du soupçon d'illégitimité l'autorité établie.

92. La neutralité s'apprécie dans une forme d'équidistance entre les pouvoirs publics, les secteurs régulés et les autorités indépendantes et conduit à envisager des « procédures de désignation qui garantissent le pluralisme et l'impartialité et l'absence d'inféodation aux intérêts économiques et politiques »¹²³. S'il n'y a pas de principe spécifique, hormis l'exigence d'un équilibre dans la nomination des membres des autorités, au fil des années les sources des règles de nomination se sont diversifiées. En ce qui concerne les autorités économiques et sectorielles, l'organisation des collèges se fait sous l'influence d'une législation européenne de plus en plus étoffée¹²⁴. Pour saisir cette question, il convient d'abord de distinguer entre les autorités unipersonnelles et les autorités collégiales, le poids du pouvoir exécutif n'étant logiquement pas le même selon qu'il y a trente membres à désigner¹²⁵ ou un seul.

¹²⁰ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 73.

¹²¹ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 55.

¹²² S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, novembre 2012, n° 143-La séparation des pouvoirs, p. 17-27 ; sur l'émergence de la neutralité dans l'espace public et les autorités indépendantes voir : A. SAJÓ, « Les autorités indépendantes », art cit, p. 349.

¹²³ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 56 ; Voir aussi : Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 349.

¹²⁴ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 1 octobre 2012, n° 143, n° 3, p. 634 et s.

¹²⁵ Comme c'est le cas du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES).

93. En ce qui concerne les autorités collégiales, l'influence du pouvoir exécutif dans la désignation des membres ne se mesure pas à la signature des décrets de nomination, mais au regard de la compétence de désignation des membres nommés. Autrement dit, le pouvoir du Président de la République varie selon que la désignation et la nomination ressortent d'un choix discrétionnaire ou si la nomination se fait « sur proposition de ». La compétence formelle de nomination, c'est-à-dire l'habilitation de signer l'acte de nomination, importe moins que l'autorité qui détient la compétence de désignation à proprement parler, le pouvoir de proposition¹²⁶. Ainsi, le nombre de membres à désigner, allant de trois à trente, conditionne la modération de l'influence de l'autorité exécutive qui à la fois désigne des membres et qui, par la personne du Président de la République notamment, nomme. Par exemple, sur les trente membres que compte le HCERES, trois seulement sont désignés par l'exécutif. Si les autres sont aussi nommés par l'exécutif, ils sont en revanche désignés par d'autres autorités. Le décret du Président de la République ne venant que parfaire juridiquement l'acte de nomination, il ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. Ainsi, différentes personnalités ou institutions interviennent dans le processus de désignation des membres des collèges des AAI, allant de l'exécutif aux assemblées parlementaires en passant par les juridictions, les autorités administratives indépendantes¹²⁷, d'autres instances indépendantes voire parfois des membres du secteur d'activité soumis à la surveillance de l'autorité en question. En ce qui concerne les instances indépendantes, il s'agit du Conseil économique social et environnemental (CESE)¹²⁸ ou encore de l'Académie française¹²⁹. La pluralité des sources de désignation des membres des entités collégiales, pris dans un processus de légitimation de l'autorité vis-à-vis des pouvoirs publics et des secteurs contrôlés, reflète la préoccupation de renforcer l'indépendance de l'autorité auprès du secteur soumis à sa surveillance. Par exemple, trois membres du collège de

¹²⁶ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 56 ; P. WACHSMANN, « Sur l'«indépendance» des autorités administratives d'État », art cit, p. 494.

¹²⁷ Par exemple la CNIL et l'Autorité de la concurrence, conformément à l'article 23 f) et g) de la loi du 17 juillet 1978, désigne chacun un membre siégeant au collège de la Commission d'accès aux documents administratifs (Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, version consolidée au 13 octobre 2016).

¹²⁸ Par exemple, l'article 28 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité dans sa rédaction initiale prévoyait que la CRE « comprend six membres nommés pour une durée de six ans en raison de leur qualification dans les domaines juridique, économique et technique. Trois membres, dont le président, sont nommés par décret. Les trois autres sont nommés, respectivement, par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat et le président du Conseil économique et social » (loi n° 2000-108 du 10 février 2000, *JORF* n°35 du 11 février 2000, p.2143, texte n° 1). Toutefois, l'article 17 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité a réduit le nombre de membres du collège de la CRE entraînant du même coup la disparition du membre nommé par le CESE.

¹²⁹ Article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), version consolidée au 13 octobre 2016.

l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) sont nommés par le ministre de l'Économie « sur proposition » du Vice-président du Conseil d'État¹³⁰, du premier président de la Cour de cassation¹³¹ et du premier président de la Cour des comptes¹³².

94. La pluralité des sources de désignation des membres des autorités s'accompagne d'une diversification des modalités de nomination qui a pour conséquence de limiter le pouvoir d'appréciation de l'autorité de nomination¹³³. Par exemple, la nomination peut être conditionnée à la détention de compétences particulières jugées nécessaires. Il en va ainsi par exemple des membres du CSA qui doivent être désignés « en raison de leurs compétences en matière économique, juridique ou technique ou de leur expérience professionnelle dans le domaine de la communication, notamment dans le secteur audiovisuel ou des communications électroniques »¹³⁴. Dans le cas de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), par exemple, les exigences relatives aux compétences varient d'un membre à l'autre. Ainsi, si toutes les nominations doivent tenir compte des « qualifications juridiques, économiques et techniques », ces qualités diffèrent selon les domaines concernés, allant « de la protection des données personnelles »¹³⁵ à « la protection des consommateurs d'énergie et de la lutte contre la précarité énergétique »¹³⁶.

95. À cette multiplicité des sources de désignation peuvent s'ajouter également des modes originaux de désignation. Par exemple, certains membres de la CNIL sont élus, et non plus nommés : deux au sein du CESE, deux au sein de l'assemblée générale du Conseil d'État, deux au sein de l'assemblée générale de la Cour de cassation et deux au sein de l'assemblée générale de la Cour des comptes¹³⁷. La contrainte peut s'apprécier également dans l'exigence de consultation préalable d'une commission ou d'organisations représentatives ou syndicales. Pour les sept membres du collège de l'Autorité des marchés financiers (AMF) désignés par le ministre de l'Économie, ce dernier doit au préalable consulter les organisations représentatives

¹³⁰ Article L612-5, al. 1er, 3° du CMF.

¹³¹ Article L612-5, al. 1er, 4° du CMF.

¹³² Article L612-5, al. 1er, 5° du CMF.

¹³³ J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », art cit, p. 660.

¹³⁴ Notons que cette exigence ne vaut *a priori* que pour les membres nommés par le Président de l'Assemblée et celui du Sénat. La rédaction de l'article 4 libère de toute contrainte la nomination du Président du collège par le Président de la République. Voir l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), version consolidée au 10 août 2016.

¹³⁵ Article L132-2, 1° du Code de l'énergie.

¹³⁶ Article L132-2, 3° du Code de l'énergie.

¹³⁷ Article 13 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 1^{er} juillet 2016.

ou syndicales¹³⁸. On peut citer enfin l'obligation, depuis la loi du 15 novembre 2013¹³⁹, pour les Présidents de l'Assemblée et du Sénat d'obtenir l'avis conforme de la commission permanente chargée des affaires culturelles à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. De façon générale, il convient de souligner que le gouvernement a une « faible part dans les désignations qui sont en partie le fait des organes concernés »¹⁴⁰. Cette minoration du gouvernement et la pluralité des sources de désignation apparaissent généralement comme un gage d'indépendance de l'autorité administrative indépendante. À l'inverse, le fait que quatre membres du collège de la CRE soient désignés par l'exécutif contre deux antérieurement à la suite de l'adoption de la loi du 7 décembre 2006 a suffi pour raviver les craintes d'« une volonté de reprise en main du pouvoir politique sur l'institution »¹⁴¹.

96. Si l'exécutif s'avère relativement effacé dans la désignation des membres du collège, il n'en va pas de la même façon pour les présidents des autorités. Cette question rejoint d'ailleurs sans surprise la problématique de la désignation des membres des autorités unipersonnelles. Hormis quelques autorités pour lesquelles le choix du président dépend d'un choix interne à l'autorité (élection)¹⁴² ou d'une autorité extérieure¹⁴³, le plus souvent les pouvoirs de désignation et de nomination des présidents des autorités collégiales appartiennent au Président de la République. Le président du collège est dans ce cas nommé par décret dans les conditions fixées par la loi organique du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. Selon ce texte, le chef de l'État ne peut pas procéder à la nomination du candidat pressenti lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. Le choix discrétionnaire du Président de la République est donc contrebalancé par une possibilité

¹³⁸ Article L621-2, II, al. 1er, 8°, 9° du CMF.

¹³⁹ Article 2 de la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public modifiant l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard).

¹⁴⁰ H. MAISL, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale? » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 84.

¹⁴¹ A. LE GALL, « La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie : la libéralisation à reculons ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 22 mars 2007, n° 12, 1393, paragr. 49.

¹⁴² Sauf pour la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) où il est prévu que le président est élu par le collège parmi les membres de celui-ci désignés par les trois hautes juridictions (Article L.331-16 CPI). À l'inverse, le président de la commission de protection des droits est désigné par décret (art. L.331-17 CPI). On peut citer également la CNIL dont le président est élu par les membres du collège (article 13 lois n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 13 octobre 2016).

¹⁴³ Concernant la CADA, le président de l'autorité est un conseiller d'État d'un grade au moins égal à celui de conseiller désigné par le Vice-président du Conseil d'État, article 23 a) de la loi de 1978.

– hypothétique¹⁴⁴ – d’opposition inscrite à l’article 13 de la Constitution. Parfois, les présidents de l’Assemblée nationale et du Sénat peuvent nommer chacun un vice-président, fonction qui n’existait pas auparavant et qui est censée constituer une sorte d’équilibrage.

97. Dans le cas des autorités unipersonnelles, du CGLPL ou du Défenseur des droits par exemple, la question de la nomination par le Président de la République a suscité – et suscite encore – de vives critiques. Ces dernières consistent à dénoncer l’incohérence qu’il y a « de confier le choix de cette personne à ceux-là mêmes dont on souhaite qu’elle se détache, tout simplement parce qu’ils seront toujours soupçonnés de préférer une personnalité soumise ou fade, de manière à garder une influence que les textes leur ont retirée »¹⁴⁵. Le choix de faire nommer le Médiateur de la République par le président de la République en conseil des ministres constituait, pour les promoteurs du modèle de l’*Ombudsman*, « incontestablement une anomalie »¹⁴⁶. Le comité BALLADUR prévoyait d’ailleurs, concernant le Défenseur des droits, qu’il soit « doté d’un mandat de six ans non renouvelable, désigné par l’Assemblée nationale à la majorité des trois cinquièmes sur proposition d’une commission *ad hoc* de cette assemblée qui sélectionnerait les candidatures »¹⁴⁷. Cette proposition consistait à exclure une nomination par le Président de la République après délibération en Conseil des ministres, en ce qu’elle n’est, pour une institution unipersonnelle, « pas synonyme d’indépendance »¹⁴⁸. Il convient de préciser que cette spécificité est irrémédiablement attachée à la nature spécifique du régime politique français (faiblesse du Parlement) et ne trouvera d’issue qu’au prix d’une modification radicale de ce régime.

98. L’étude de la diversité des modes de désignation des membres des AAI collégiales indique clairement que le législateur s’arrange pleinement de cet empirisme¹⁴⁹. Dans le rapport de 2014 sur les AAI, Patrice GELARD mettait d’ailleurs en garde contre la « généralisation d’une

¹⁴⁴ La nomination controversée de Jacques Toubon au poste de Défenseur des droits montre les limites d’une opposition lorsque le fait majoritaire et les calculs politiques entrent en ligne de compte ([Anon.], « Défenseur des droits : levée de boucliers contre Jacques Toubon », *Le Monde*, 12 juin 2014 (lemonde.fr/societe/article/2014/06/12/defenseur-des-droits-levee-de-boucliers-contre-jacques-toubon_4437078_3224.html, consulté le 23 mai 2015)).

¹⁴⁵ P. WACHSMANN, « Sur l’“indépendance” des autorités administratives d’État », art cit, p. 494.

¹⁴⁶ J. RIDEAU, « Le système de l’Ombudsman », *Revue des droits de l’homme*, 1969, vol. 2, n° 3, p. 440.

¹⁴⁷ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, s.l., 2007, p. 93.

¹⁴⁸ P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l’État », art cit, p. 82.

¹⁴⁹ Sur ce point, la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 ne change rien : la composition et la désignation des membres des collèges n’ont pas fait l’objet d’une harmonisation ; le législateur préférant maintenir la diversité des procédures de désignation et la souplesse de composition des autorités.

formule au détriment d'une autre [qui] pourrait remettre en cause des équilibres patiemment recherchés au sein des différentes autorités »¹⁵⁰.

§2 Des garanties variables contre le pouvoir politique de nomination

99. Le mode de désignation n'apparaît pas comme l'élément déterminant. Le « problème de l'indépendance se pose après »¹⁵¹ dans la capacité effective d'exercer sa mission en toute indépendance. On peut en effet considérer que l'indépendance au regard de l'autorité de nomination ne tient pas dans les modalités de désignation à proprement parler, mais dans les conditions de réalisation indépendante de leur mission. La multiplicité des règles de nominations, plus que la recherche d'une indépendance formelle, renvoie d'abord à un souci de légitimation de l'autorité par la compétence et l'objectivité de la nomination. Toutefois, l'organisation d'une mise à distance de l'autorité indépendante vis-à-vis de l'autorité de nomination parachève les conditions d'indépendance d'esprit du récipiendaire en question. En effet, la mission accordée aux autorités nécessite « une certaine sérénité et la garantie qu'ils pourront travailler en toute indépendance sans craindre, de la part du politique [...], de quelconques représailles »¹⁵².

100. Cette « sérénité » se trouve d'abord dans l'effacement de tout lien organique entre l'autorité de nomination et les membres de l'autorité indépendante. Même si un membre a été désigné dans des conditions qui laissent soupçonner une nomination pour « service rendu » ou le reclassement d'une personnalité politique, il convient, de la prise de fonction jusqu'à son terme, que la personne en question soit en capacité de tenir son rôle sans chercher l'approbation de l'autorité de désignation et de nomination ou, le cas échéant, en pouvant s'émanciper de la tutelle *de facto* exercée par l'autorité de désignation et de nomination. La première garantie réside habituellement dans l'affirmation du caractère non renouvelable du mandat. Sur ce point, notons que la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API permet que le mandat d'un membre d'une autorité soit renouvelable une fois¹⁵³. Les discussions parlementaires sur ce sujet ont été marquées par la division. En effet, le Sénat semblait attaché au principe de non renouvellement du mandat en tant que garantie de l'indépendance des membres,

¹⁵⁰ P. GÉLARD, *Rapport d'information sur les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵¹ J.-M. GALABERT dans G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 284.

¹⁵² H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles: communications électroniques, énergie et postes*, Thèse de doctorat de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2008, p. 310.

¹⁵³ Article 7 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *JORF*, n° 0018 du 21 janvier 2017, texte n° 2.

là où l'Assemblée et le Gouvernement soutenait l'idée selon laquelle la compétence et l'expérience acquise au sein d'une AAI ou d'une API justifiait la possibilité d'un renouvellement limité à une fois. Force est d'admettre que s'il est un élément incontestable d'indépendance, le caractère non renouvelable du mandat n'en est pas une garantie suffisante. En effet, comme le souligne Aude Rouyère, « un mandat renouvelable n'exclut pas une indépendance comme le mandat unique ne suffit pas à l'assurer »¹⁵⁴. Malgré cette disposition du statut, nombreuses sont les autorités qui conservent le principe du mandat non renouvelable¹⁵⁵. Pour certaines autorités, le législateur opère une distinction entre les membres du collège et le Président de l'autorité, le second étant seul soumis à la règle du mandat non renouvelable¹⁵⁶. Il est permis de relativiser l'efficacité de cette règle. Rares en effet sont les autorités qui ne disposent d'une compétence de désignation qu'à un seul poste. Dès lors, les membres des autorités, demeurés en bons termes avec l'autorité politique ou s'étant distingués, peuvent espérer une nouvelle nomination à la tête ou dans le collège d'une autre AAI par exemple. Aucune disposition empêche d'être nommé successivement à des postes dont le mandat est non renouvelable, comme à la présidence des autorités indépendantes notamment. On voit dès lors des carrières se faire ou se terminer au sein, voire à la tête, de différentes AAI. Nombre d'exemples, sans nécessairement susciter de critiques, confirment ce constat. Ainsi, Jean-Paul DELEVOYE, dernier médiateur de la République, a été nommé dans la foulée président du Conseil économique, social et environnemental (CESE) qui est une autorité constitutionnelle indépendante¹⁵⁷. Dominique BAUDIS, président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de 2000 à 2007 a été nommé Défenseur des droits jusqu'à son décès, après un intermède en tant que président de l'institut du monde arabe de 2007 à 2011. Jean-Marie DELARUE a été nommé Président de la commission de suivi de la détention provisoire¹⁵⁸ avant d'être nommé Contrôleur général des lieux de privation de liberté¹⁵⁹. À l'expiration de son mandat, il a été nommé président de la Commission nationale d'interception de sécurité (CNCIS)¹⁶⁰, et rien ne

¹⁵⁴ A. ROUYERE, « Le statut : une mise en ordre pragmatique (Lois du 20 janvier 2017) », *RFDA*, 2017, p. 413.

¹⁵⁵ Par exemple, le mandat des membres du collège de la Commission de régulation de l'énergie dure six ans et est non renouvelable (art. L132-2 du Code de l'énergie).

¹⁵⁶ Aux termes de l'article L461-1, III du Code de commerce, le mandat des membres du collège de l'Autorité de la concurrence est renouvelable, à l'exception de celui du président qui n'est renouvelable qu'une seule fois.

¹⁵⁷ Décret du 28 octobre 2010 portant nomination au Conseil économique, social et environnemental, *JORF*, n° 0252, 29 octobre 2010, p. 19460.

¹⁵⁸ Arrêté du 23 janvier 2002 portant nomination à la commission de suivi de la détention provisoire, *JORF*, n° 30, 5 février 2002, p. 2354.

¹⁵⁹ Décret du 13 juin 2008 portant nomination du Contrôleur général des lieux de privation de liberté - M. Delarue (Jean-Marie), *JORF*, n° 0138, 14 juin 2008, texte n° 61.

¹⁶⁰ Décret du 26 juin 2014 portant nomination du président de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité - M. DELARUE (Jean-Marie), *JORF*, n° 0147, 27 juin 2014, p. 10637.

l'empêchait d'être nommé à la présidence de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) – sauf la défaveur de l'autorité de nomination¹⁶¹. Jacques TOUBON avait été, quant à lui, nommé membre de l'HADOPI¹⁶² avant d'être nommé Défenseur des droits le 17 juillet 2014¹⁶³. Faut-il y voir un affaiblissement de la garantie d'indépendance face au pouvoir politique ? Il n'est pas permis de formuler une réponse définitive sur ce point. Toutefois, il est évident que cette pratique relativise fortement les effets recherchés par le règle du mandat non renouvelable.

101. De façon décisive, le principe de l'irrévocabilité du mandat des membres des autorités administratives indépendantes constitue cette « indispensable précaution » qui permet de distinguer, *in fine*, les autorités simplement autonomes des autorités véritablement indépendantes¹⁶⁴. Il s'agit d'une condition *sine qua non* pour qualifier un organisme administratif ayant une mission de conseil, de contrôle ou de réglementation d'autorité administrative indépendante. En effet, si l'autorité de nomination dispose du pouvoir de mettre fin au mandat d'un des membres d'une AAI avant le terme initialement prévu, la menace d'une telle révocation, planant alors sur les membres de l'autorité tout au long de l'exercice de leur mandat, conduirait *ipso facto* à une forme d'obéissance, plus ou moins marquée, de ceux-ci au pouvoir politique, incompatible avec ladite exigence d'indépendance¹⁶⁵. Pour la plupart des autorités, le législateur a consacré explicitement le caractère irrévocable de leur mandat. Il en va ainsi notamment de la loi portant statut général des AAI et des API¹⁶⁶. Cependant, le mandat peut faire l'objet d'une suspension dans le cas d'un empêchement à exercer les fonctions de membre du collège, d'une cessation des fonctions en cas de démission, d'une cessation imposée

¹⁶¹ F. JOHANNÈS, « Jean-Marie Delarue, jugé trop indépendant, écarté du contrôle du renseignement », *Le Monde*, 15 septembre 2015 (lemonde.fr/pixels/article/2015/09/15/jean-marie-delarue-ecarte-du-controle-du-renseignement-par-le-gouvernement_4757706_4408996.html, consulté le 14 février 2016).

¹⁶² M. Toubon a été nommé en tant que « personnalités qualifiées désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture » (Décret du 23 décembre 2009 portant nomination des membres du collège et de la commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, *JORF*, n° 0299, 26 décembre 2009, p. 22372, texte n° 129).

¹⁶³ Décret du 17 juillet 2014 portant nomination du Défenseur des droits - M. TOUBON (Jacques), *JORF*, n° 0164, 18 juillet 2014, p. 12045, texte n° 68.

¹⁶⁴ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶⁵ Dans un arrêt rendu le 8 avril 2014, la CJUE a estimé que « s'il était loisible à chaque État membre de mettre fin au mandat d'une autorité de contrôle avant le terme initialement prévu de celui-ci sans respecter les règles et les garanties préétablies à cette fin par la législation applicable, la menace d'une telle cessation anticipée qui planerait alors sur cette autorité tout au long de l'exercice de son mandat pourrait conduire à une forme d'obéissance de celle-ci au pouvoir politique, incompatible avec ladite exigence d'indépendance » (CJUE, grande chambre, 8 avril 2014, *Commission c. Hongrie*, aff. C-288/12, point 54).

¹⁶⁶ Il est désormais prévu à l'article 6 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API que « le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante n'est pas révocable » (*JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2).

en cas de constat d'un manquement grave aux obligations légales ou d'une incapacité définitive empêchant la poursuite du mandat, ou encore dans le cas d'une situation d'incompatibilité non résolue dans le délai prévu. En conséquence, le législateur est tenu d'exposer de manière exhaustive et en des termes suffisamment précis et exigeant les conditions procédurales qu'il convient de respecter. Cette précision doit permettre d'éviter la mise en place d'un pouvoir disciplinaire dont l'instrumentalisation présenteraient un risque évident pour le principe d'irrévocabilité du mandat des membres des autorités. En ce qui concerne les instances collégiales, la loi portant « statut général » consacre la règle selon laquelle seul le collège peut suspendre le mandat d'un membre d'une AAI ou d'une API en cas d'empêchement ou encore dans le cas d'une situation d'incompatibilité non résolue dans le délai prévu¹⁶⁷. Ainsi, en cas d'empêchement à exercer les fonctions de membre du collège, si l'autorité de nomination prononce la révocation, celle-ci ne peut l'être qu'à la « demande » du membre concerné ou par le collège « à la majorité des trois quarts des autres membres, sur proposition de l'un d'entre eux ». Ce dispositif confère le pouvoir disciplinaire à l'autorité elle-même ; ce qui a pour finalité d'éviter la « capture » de l'autorité par le pouvoir politique. En effet, cela éloigne le risque de représailles par un usage détourné du pouvoir disciplinaire¹⁶⁸. Autrement dit, l'autorité de nomination est liée par la proposition du président du collège ou des trois quarts des autres membres du collège, dans le respect du parallélisme des formes. Elle ne pourra se soustraire à cet avis ou cette proposition qu'en s'abstenant de prononcer la révocation. Lorsqu'un membre décide d'exercer une compétence alors que celle-ci est manifestement incompatible avec son mandat, celui-ci est considéré « démissionnaire ». Ce statut n'exclut pas l'adoption de dispositions spécifiques à certaines autorités. Notons, à cet égard, que dans le cas de la

¹⁶⁷ La loi portant statut général des AAI et des API prévoit désormais à l'article 6 qu'« En cas d'empêchement à exercer les fonctions de membre du collège, le mandat peut être suspendu, pour une durée déterminée, soit à la demande du membre concerné, soit par le collège, à la majorité des trois quarts des autres membres, sur proposition de l'un d'entre eux./Il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre du collège que dans les formes prévues pour sa nomination soit en cas de démission, soit, sur proposition du président ou d'un tiers des membres du collège, après délibération, à la majorité des trois quarts des autres membres du collège que l'intéressé, constatant un manquement grave à ses obligations légales ou une incapacité définitive empêchant la poursuite de son mandat. Cette délibération ne peut intervenir qu'après que l'intéressé a été en mesure de produire ses observations dans un délai qui ne peut être inférieur à une semaine./Le vote a lieu à bulletin secret hors la présence de l'intéressé./Un membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante qui se trouve dans une situation d'incompatibilité met fin à celle-ci dans un délai de trente jours à compter de sa nomination ou de son élection. A défaut d'option dans ce délai, le président de l'autorité administrative indépendante ou de l'autorité publique indépendante, ou un tiers au moins des membres du collège lorsque l'incompatibilité concerne le président, le déclare démissionnaire » (Article 6 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018 du 21 janvier 2017, texte n° 2).

¹⁶⁸ J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », art cit, p. 661 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, §. 6.1.3.

régulation énergétique, la révocation d'un membre du collège de la Commission de régulation de l'énergie peut également intervenir « sur proposition du président d'une commission du Parlement compétente en matière d'énergie »¹⁶⁹. Concernant les autorités unipersonnelles, les règles posées par le statut général ne s'applique pas par dérogation¹⁷⁰. Toutefois, leurs textes constitutifs prévoient des procédures exigeantes permettant de mettre fin aux fonctions des titulaires qu'en cas de démission ou d'empêchement¹⁷¹.

102. La question de la durée des mandats est variable selon les autorités¹⁷². Sur ce point, la loi portant statut général des AAI et des API n'uniformise pas la durée des mandats des membres des AAI et des API ; le législateur a pris acte de la durée minimum et maximum d'un mandat au sein d'une AAI, durée comprise entre trois et six ans¹⁷³. Cette condition, si elle n'apparaît, de prime abord, pas déterminante dans concrétisation de l'indépendance des AAI, s'avère néanmoins en pratique importante en ce qui concerne les magistratures d'influence. En effet, la durée du mandat doit être suffisante pour permettre à son titulaire d'exercer une influence sur un secteur déterminé¹⁷⁴. Or, le pouvoir d'influence, au-delà des pratiques liées à la dénonciation de situations ou à la supervision d'un secteur, dépend de la conjonction entre la compétence des membres et l'expérience qu'ils acquièrent au fil de leur mandat tant du secteur

¹⁶⁹ L132-5 du Code de l'énergie.

¹⁷⁰ Article 4 al. 2 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*.

¹⁷¹ Les conditions dans lesquelles il peut être mis fin aux fonctions du Défenseur des droits, à sa demande ou en cas d'empêchement, ainsi qu'aux fonctions d'un membre d'un collège est fixé par les articles 3, 4 et 5 du décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits (*JORF*, n° 0175, 30 juillet 2011, p. 13023, texte n° 27). Ainsi, sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions du Défenseur des droits avant l'expiration de leur durée normale qu'en cas d'empêchement constaté, à l'unanimité, par un collège composé du vice-président du Conseil d'Etat, président, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes. Si le Défenseur des droits n'est pas une autorité collégiale, il est néanmoins assisté de collègues pour l'exercice de certaines de ses attributions. En tant qu'instance collégiale, les règles de révocation en cas d'empêchement sont similaires à celles d'une autorité collégiale (article 12 du décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011, *précité*).

¹⁷² Il est ainsi prévu à l'article 5 que « la durée du mandat des membres d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante est comprise entre trois et six ans » (*JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2). Ce position permet d'adopter un statut général à droit constant (P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, p. 1117).

¹⁷³ Au terme de l'article 5 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, « la durée du mandat des membres d'une AAI ou d'une API est comprise entre trois et six ans. Par dérogation, le mandat des députés ou des sénateurs membres d'une de ces autorités prend fin avec la cessation de leur mandat de député ou de sénateur ».

¹⁷⁴ Le Conseil d'État a jugé dans une affaire concernant le président de l'ancienne Commission de la concurrence que la durée fixe du mandat posée par le législateur conduit à écarter l'application des règles relatives à la limite d'âge du corps de la fonction publique duquel provenait ledit président. CE, Assemblée, 7 juillet 1989, n° 56627, *M.P. Ordonneau*, Rec. Lebon p. 161. Ce principe trouve une expression dans certains textes constitutifs tels que celui du CSA par exemple à l'article 4 al.4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ; la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement prévoit notamment une exception pour les parlementaires, en effet, la formulation du nouvel article L831-1 §4 du Code de sécurité intérieure dispose que la durée du mandat des membres de la CNCTR est de six ans à l'exception de ceux des membres issus du Parlement.

qu'ils ont en charge de réguler que des moyens de leur action. En d'autres termes, « est vraiment indépendante la personne qui maîtrise l'objet sur lequel porte son action (secteur technique, situation sociale), et les moyens de son action (pouvoirs, relations avec les parties prenantes). Il faut donc un temps suffisant pour que s'opère un tel apprentissage »¹⁷⁵. Pour le dire simplement, l'établissement d'une stratégie d'influence ambitieuse nécessite du temps. Ensuite, de façon plus générale, une durée de mandat calquée sur le calendrier politique conduirait nécessairement à affaiblir l'indépendance des AAI. En ce sens, pour éviter des renouvellements par bloc et permettre une permanence de l'influence, le renouvellement partiel du collègue s'avère, lorsqu'il est possible, une solution adaptée. Dans ce sens, la loi 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (NOME)¹⁷⁶ a introduit un système de rotation du collègue de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) en prévoyant des durées de mandat différentes entre les membres. Désormais, le collègue est renouvelé par tiers tous les deux ans¹⁷⁷. Cette disposition s'inspire des recommandations de la Commission européenne exprimées dans une note du 22 janvier 2010. La Commission considère que pour renforcer l'indépendance des régulateurs, il convient de prévoir que le terme des mandats de la moitié des membres du collègue expire au milieu des mandats des autres membres¹⁷⁸. Ce mode fractionné de renouvellement des membres renforce la dimension de collégialité¹⁷⁹. Il assure ainsi une continuité de l'action de l'institution qui la dissocie d'une certaine manière des membres qui composent le collègue.

Section 3. Une indépendance à l'égard du secteur surveillé

103. L'indépendance d'esprit ne s'apprécie pas uniquement à l'égard du pouvoir politique, mais également à l'égard des milieux économiques. L'exigence de garantie contre les risques de captation des autorités par les forces sociales ou privées nécessite de neutraliser les effets négatifs des liens qui existent ou préexistent entre les membres de l'autorité et le secteur soumis à leur surveillance. Comme le souligne Marie-Anne FRISON-ROCHE, « l'indépendance n'est

¹⁷⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, p. 6.1.4.

¹⁷⁶ La loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, *JORF* n° 0284 du 8 décembre 2010, p. 21467, texte n° 3.

¹⁷⁷ Article L. 132-2 al.2 du Code de l'énergie.

¹⁷⁸ Ainsi peut-on lire à l'article 17 al. 2 de la loi dite « NOME » que le mandat des premiers membres du collègue entre en vigueur pour une durée de six ans en ce qui concerne le président, de quatre ans en ce qui concerne les membres nommés par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat et de deux ans en ce qui concerne les deux autres membres (loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, *JORF*, n° 0284 du 8 décembre 2010, p. 21467, texte n° 3).

¹⁷⁹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, op. cit.*, p. 149.

qu'une condition pour l'effectivité du véritable critère, qui est celui de l'impartialité », celle-ci caractérisant « la qualité d'un homme, d'une structure, ou d'une procédure qui assure l'application neutre de la règle »¹⁸⁰. Notons néanmoins que cette préconisation, telle qu'elle est formulée, présuppose de façon idéaliste qu'une application neutre de la règle est en soi possible. De façon pragmatique, l'impartialité, dans ce cas, consiste à prévenir l'existence de conflits d'intérêts susceptibles d'entacher la réputation de l'autorité, et partant de compromettre sa crédibilité. La composition collégiale, si elle apparaît utile pour exprimer un certain pluralisme et une modération des décisions, n'en apparaît pas moins présenter des risques, notamment lorsqu'il y a la présence de personnalités issues de la société civile. Leur participation passée ou présente à des activités économiques est susceptible d'entrer en conflit avec la mission d'expertise ou de surveillance de l'autorité dont elles deviennent membres. Cet aspect de l'indépendance est logiquement plus sensible en ce qui concerne les instances pour lesquelles il existe des intérêts économiques (industries pharmaceutiques, énergie, audiovisuel, etc.).

104. Longtemps resté sans définition précise, le conflit d'intérêts trouve désormais une définition à l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Aux termes de cette loi, « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »¹⁸¹. Il ressort de cette définition que la nature conflictuelle de l'intérêt ne s'apprécie pas uniquement au regard des liens que le membre entretiendrait avec l'objet d'une des missions, mais au regard de son impact sur la mission de l'autorité. La difficulté réside ici dans le fait que toute pluralité d'intérêts ne signifie pas qu'il y a conflit d'intérêts¹⁸².

105. Concernant l'exercice d'une magistrature d'influence, la portée des intérêts conflictuels s'apprécie plus strictement encore que ceux d'une autorité administrative classique. En effet, le principe d'action d'une magistrature d'influence repose entièrement sur la présomption de sérieux de l'expertise de l'autorité. Le moindre doute ou soupçon quant à la probité ou la rigueur

¹⁸⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, §. 6.0.2.

¹⁸¹ Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (1), *JORF*, n° 0238 du 12 octobre 2013, p. 16829, texte n° 2. La loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et API y fait directement référence dans son premier chapitre relatif à la déontologie des membres (article 9 al. 1^{er}).

¹⁸² Nicole DECOOPMAN proposait de définir le conflit d'intérêt « comme une situation de fait, le fait pour une même personne d'être titulaire de – ou d'avoir en charge – deux ou plusieurs intérêts potentiellement contradictoires. Il peut s'agir d'un intérêt particulier et d'un intérêt d'ordre général » N. DECOOPMAN, « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires » dans B. BOULOC (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, p. 16-17.

des membres suffit à annihiler toute influence. Les intérêts considérés comme étant conflictuels, dans ce cas, sont tous ceux qui sont susceptibles de fragiliser la confiance que le public ou les régulés placent dans l'organisme en question. Par conséquent, si les agents publics sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, à une obligation d'impartialité et de probité¹⁸³, il est permis de penser, au regard de l'importance des apparences dans ce domaine, que l'étendue de cette exigence soit sensiblement plus importante en pratique à l'égard des membres d'une institution exerçant une magistrature d'influence qu'à l'égard de ceux des autorités administratives qui sont titulaires du pouvoir juridique d'imposer leur volonté à autrui sans avoir besoin de requérir son consentement.

106. Si les textes constitutifs des AAI sont relativement précis quant à la durée du mandat et son caractère non renouvelable, ils sont longtemps restés « muets ou parcellaires »¹⁸⁴ quant au statut des membres permanents des collèges qui, en cette qualité, occupent un emploi public à plein temps, et complètement muets quant aux autres membres ou aux collaborateurs occasionnels. Toutefois, un régime de transparence a progressivement émergé, applicable à la situation de tous les membres, sans distinction de leur statut. À ce titre, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a introduit des progrès indéniables concernant les AAI en fixant, pour la première fois, un cadre commun à l'ensemble de leurs membres y compris les membres bénévoles. L'un des apports importants de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général réside dans le renforcement de la lutte contre les conflits d'intérêts à travers l'établissement de règles déontologiques régissant l'exercice des fonctions des membres des AAI et API mentionnées en annexes de la loi ; elle reprend notamment dans son article 9 les dispositions de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique¹⁸⁵. Cette exigence trouve également sa source dans le droit de l'Union européenne. Ainsi, la réglementation de l'Union européenne impose pour les autorités de régulation entrant dans son champ de compétence une exigence d'indépendance importante. Par exemple, à l'article 39 §4

¹⁸³ Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 28 juillet 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier : « la commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumis à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent » (Cons. const., décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, considérant 19 ; *Pouvoirs*, janvier 1990, n° 52, p. 189, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, n° V-1989, p. 481-482, 486-487, 498 et 507, note B. GENEVOIS) .

¹⁸⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 350.

¹⁸⁵ L'article 9 de la loi portant statut général énonce que « les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts, au sens de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ».

de la directive 2009/73 du 13 juillet 2009, il est prévu que « les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente »¹⁸⁶. Dans la vie interne des AAI, ce souci de lutter contre les conflits d'intérêts se traduit notamment par l'adoption de codes ou de chartes de déontologie qui reprennent généralement les dispositions en vigueur, les interprètent plus sévèrement et y ajoutent des règles de bonnes pratiques relatives à des cas concrets tels que, par exemple, la gestion des relations extérieures¹⁸⁷, les cadeaux¹⁸⁸ ou encore la prohibition des avantages matériels¹⁸⁹.

107. La lutte contre les conflits d'intérêts, tenant compte de la particularité des situations, trouve d'abord une déclinaison dans des dispositifs d'interdiction, plus ou moins radicaux, allant des interdictions absolues telles que les incompatibilités – lorsque le conflit est inhérent à la qualité de la personne – (§1) à des interdictions ponctuelles permettant une représentation pluraliste tout en prévenant les risques de conflit (§2). Ensuite, l'imposition d'un régime de transparence susceptible de prévenir la survenance de conflits par la généralisation des déclarations publiques d'intérêts se généralise désormais à l'ensemble des membres des autorités, et ce malgré des difficultés rencontrées lors de l'application de la loi du 11 octobre 2013 liées à la délimitation de la catégorie d'AAI et de celle de membre d'une AAI (§3).

§1 Les incompatibilités applicables aux membres

108. Selon Nicole DECOOPMAN, « les incompatibilités constituent l'arme la plus lourde que le législateur puisse utiliser pour prévenir les conflits d'intérêts (ou du moins certains d'entre

¹⁸⁶ Ce triptyque est mis en exergue par une note interprétative de la Commission européenne du 22 janvier 2010 consacrée aux autorités de régulation en matière énergétique. Le droit de l'Union européenne a donné un cadre aux organisations internes des régulateurs. Une note interprétative précise que l'autorité de régulation en charge de l'énergie doit veiller à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion agissent indépendamment de tout intérêt commercial et ne sollicitent ni n'acceptent aucune instruction directe d'aucun gouvernement ou de toute autre entité publique ou privée (Commission staff working paper – Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas – the unbundling regime). Cette préconisation implique pour le régulateur d'adopter des mesures internes adaptées telles que des chartes de déontologie ou des décisions organisationnelles internes à destination des services de l'autorité. Pour aller plus loin : O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *RFAP*, 2012, p. 775-776.

¹⁸⁷ Pour des exemples, voir : l'article IV, §3 de la Charte de déontologie de la Haute Autorité de Santé ; l'article I-4 de la Charte de déontologie de l'ARCEP (Décision n° 2007-0461 de l'ARCEP en date du 7 juin 2007 adoptant la charte de déontologie des membres de l'ARCEP (arcep.fr/index.php?id=11843, consulté le 13 juin 2014).

¹⁸⁸ Pour des exemples, voir : l'article I-4 du Code de déontologie du CSA.

¹⁸⁹ Article I-2 intitulé « Intégrité » du code de déontologie du Défenseur des droits, décision n° 2012-125 du 22 juin 2012 portant adoption du code de déontologie du Défenseur des droits.

eux) »¹⁹⁰. La « plus lourde » en ce qu'elle est la plus énergique dans ses effets. Il s'agit en effet d'une interdiction absolue d'exercer une activité en raison du conflit qui en résulterait. Or cette interdiction peut entrer en contradiction avec l'exigence même de pluralisme au fondement du principe de collégialité qui prévaut pour la grande majorité des autorités. La question de la délimitation des incompatibilités est donc délicate en ce qu'il convient de trouver un équilibre entre une distance nécessaire avec le secteur régulé et une connaissance du secteur qui appelle une proximité par une représentation plurielle au sein des instances de décision de l'autorité concernée. Or un régime d'incompatibilité trop sévère conduirait inévitablement à empêcher cette diversification de la composition des AAI. De l'avis de nombreux auteurs, cet appauvrissement de la composition des AAI présente le risque d'amoindrir leur efficacité et leur légitimité auprès des secteurs régulés¹⁹¹, et plus généralement limite l'intérêt de recourir à ce type d'organisme.

109. La fixation d'incompatibilités applicables aux membres par rapport aux activités qu'ils peuvent mener parallèlement à leur mandat n'est ni systématique ni homogène. La loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique¹⁹² n'a pas généralisé à l'ensemble des AAI un régime commun d'incompatibilités. De façon générale, les membres des AAI sont soumis aux dispositions de l'article 432-12 du Code pénal relatif à la prise illégale d'intérêt réprimant le fait, par une personne chargée d'une mission de service public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance. De plus, en application de ces dispositions, un membre d'une AAI ne peut durant les trois années suivant la cessation de ses fonctions, exercer une activité dans une entreprise publique ou privée dont l'autorité en question a assuré la surveillance ou le contrôle¹⁹³.

110. La détermination des régimes d'incompatibilité dépend des spécificités de chaque secteur où une autorité est mise en place et des finalités poursuivies par le législateur (prévention des conflits d'intérêt, disponibilité des membres, diversification du profil des membres, etc.). Si la justification de l'interdiction est aisément comprise, il est difficile

¹⁹⁰ N. DECOOPMAN, « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », art cit, p. 19.

¹⁹¹ C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, p. 241.

¹⁹² Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 0238, 12 octobre 2013, p. 16829, texte n° 2.

¹⁹³ Cette règle fait parfois l'objet de critique publique par les personnes qui y sont soumises. Par exemple, Rachid AHRAB, membre du CSA de 2007 à 2013, a publié un livre en 2015 pour témoigner de la sévérité selon lui de la règle lui empêchant de travailler au sein de l'entreprise audiovisuelle de laquelle il est issu. Voir : R. ARHAB, *Pourquoi on ne vous voit plus ?*, Paris, Michel Lafon, 2015, 305 p.

d'élaborer un tel régime dans l'abstrait qui vaudrait pour l'ensemble des autorités. Toutefois, sur ce point, la loi portant statut général a fixé un certains nombres d'incompatibilités générales applicables respectivement aux membres et aux présidents des AAI et API mentionnées en annexes de la loi. Elles visent à la fois les incompatibilités entre autorités ou au sein d'une autorité¹⁹⁴, celles avec des fonctions exercées dans d'autres institutions que les AAI et API. En ce qui concerne cette seconde hypothèse, la loi prévoit en particulier que les fonctions exercées au sein des autorités sont incompatibles avec les fonctions exécutives assurées dans les collectivités ultramarines¹⁹⁵ ou encore avec une longue liste de mandats exécutifs territoriaux pour les membres des AAI ou des API et tout mandat exécutif territorial pour le président d'une AAI ou d'une API¹⁹⁶. S'y ajoutent des incompatibilités professionnels de rigueur dans le cadre d'une lutte contre les situations de conflits d'intérêts¹⁹⁷ ou lorsque le mandat de membre d'une AAI ou d'une API implique une participation à temps plein¹⁹⁸. Au reste, la plupart des incompatibilités existantes résultent de l'expérience. Par exemple, depuis la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique¹⁹⁹, aucun parlementaire ne peut plus présider une autorité administrative indépendante²⁰⁰ et seuls les parlementaires présents *ès* qualités peuvent siéger au sein d'une telle autorité. Cette évolution s'est fondée expressément sur le cas de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) présidée pendant sept

¹⁹⁴ La loi portant statut général des AAI et des API pose à l'article 8 al. 1 l'interdiction d'être membre de plusieurs AAI ou API. Toutefois, elle réserve les hypothèses dans lesquelles la loi prévoit qu'une de ces autorités est représentée au sein d'une autre de ces autorités ou qu'elle en désigne un des membres. Dans son deuxième alinéa, l'article dispose que le mandat de membre d'une AAI ou d'une API est incompatible avec les fonctions au sein des services d'une de ces autorités. Enfin, l'incompatibilité entre les fonctions de poursuites et de prononcé des sanctions, quelle que soit la façon dont elle est organisée au sein des AAI et API, rappelée à l'article 8 al. 3, procède de l'exigence d'impartialité renforcée dans l'exercice des fonctions répressives, selon des modalités diverses, dans l'organisation interne des AAI et API.

¹⁹⁵ Articles 2 et 3 de la loi org. n° 2017-54 relatives aux AAI et API, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 1.

¹⁹⁶ Article 10, I et II de la loi n° 2017-55 portant statut général des AAI et API, *précitée*.

¹⁹⁷ L'article 10, III de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API dispose qu'« aucun membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante ne peut exercer des fonctions de chef d'entreprise, de gérant de société, de président ou membre d'un organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou une nouvelle activité professionnelle au sein d'une personne morale ou d'une société qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce si cette personne morale ou cette société a fait l'objet d'une délibération, d'une vérification ou d'un contrôle auquel il a participé au cours des deux années précédentes ».

¹⁹⁸ Article 10, IV de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API précise que « lorsqu'il est exercé à temps plein, le mandat de membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante est incompatible avec l'exercice par les membres de l'autorité d'une activité professionnelle ou d'un emploi public. Le président de l'autorité peut toutefois autoriser l'exercice de travaux scientifiques, littéraires, artistiques ou d'enseignement ».

¹⁹⁹ Article 2 de la loi n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 0238, 12 octobre 2013, p. 16824, texte n° 1.

²⁰⁰ Article LO145, I al. 3 du Code électoral. Cette modification résulte d'un amendement rédigé par le député L. TARDY (amendement CL42, Transparence de la vie publique (projet de loi organique) - (n° 1004), 29 mai 2013, Assemblée Nationale).

années, de 2004 à 2011, par Alex TÜRK, sénateur en fonction depuis 1992²⁰¹. Il était soulevé le risque qu'un parlementaire devienne le porteur des intérêts de l'institution indépendante au sein de l'assemblée à laquelle il appartient. Si la présence de parlementaires s'explique pour certaines autorités indépendantes en raison de la spécificité de leur mission de contrôle, telle que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), elle est loin de faire l'unanimité. L'argument selon lequel le cumul des mandats de parlementaire *ès* qualité et de membre d'une AAI permettrait d'améliorer l'efficacité du contrôle parlementaire sur ces institutions apparaît à cet égard peu convaincant. Au contraire, il a été fait mention dans le rapport de la Commission d'enquête de 2015 sur les AAI de la difficulté pour le Parlement « de contrôler une autorité dont le collège intègre des parlementaires²⁰². Notons, sur ce point, que la loi du 20 janvier 2017 portant statut général ne remet pas en question la compatibilité de principe au profit des parlementaires en leur qualité de député ou de sénateur²⁰³.

111. Les parlementaires, de façon générale, ne peuvent pas être membres d'une autorité administrative ou publique indépendante, sauf s'ils y ont été désignés en leur qualité de député ou de sénateur. Saisi en 1986 de la loi sur la liberté de communication, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur la question des incompatibilités prévues pour les membres de la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL). Suivant les termes de la loi, tous les membres de l'institution se voyaient interdire le cumul de leurs fonctions avec tout mandat électif, tout emploi public et toute activité professionnelle. En l'occurrence, le motif d'inconstitutionnalité portait sur l'incompatibilité de la fonction de membres de l'autorité avec les fonctions parlementaire et gouvernementale au regard l'article 23 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans sa décision du 18 décembre 1986 relative à la CNCL pour justifier le régime étendu d'incompatibilité posé par le législateur. Le Conseil a considéré « d'une part qu'aux termes du premier alinéa de l'article LO142 du Code électoral, l'exercice des fonctions publiques non électives est incompatible avec le mandat de député [...] il en résulte que les fonctions de membres de la [CNCL], qui constituent des fonctions publiques non électives, sont incompatibles avec tout mandat parlementaire [...], d'autre part, qu'en vertu de l'article 23 de la Constitution les fonctions de membres du Gouvernement sont incompatibles avec "tout emploi public" ; que, dès lors, le fait que l'incompatibilité édictée par l'article 5 de

²⁰¹ Rapport nos 1108 et 1109 de J.-J. URVOAS, au nom de la Commission des lois, sur la loi organique relatif à la transparence de la vie publique, 5 juin 2013, Assemblée nationale, p.158-159.

²⁰² Rapport n° 126 de J. MÉZARD, *op. cit.*, p.75

²⁰³ Articles 5 et 10 de la loi n° 2017-55 portant statut général des AAI et des API (*précitée*).

la loi soit applicable aux membres du Gouvernement, loin de méconnaître l'article 23 de la Constitution, en constitue, au contraire, une exacte application »²⁰⁴.

112. Sur la question des incompatibilités, la décision du 28 juillet 1989 s'avère plus discutable. En effet, les sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel de la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier en faisant valoir que la Commission des opérations en bourse (COB) était dépourvue « de toute indépendance » dans la mesure où la loi n'avait pas édicté « les incompatibilités applicables à ses membres autres que le président ». Le Conseil constitutionnel s'est contenté d'affirmer que « l'absence d'un régime d'incompatibilité n'est pas de nature à altérer cette indépendance dès lors que la COB est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent »²⁰⁵. Or la portée de l'obligation d'impartialité manquait précisément de définition. De plus, le Conseil fait un amalgame entre l'indépendance et l'impartialité de l'autorité puisqu'il considère que l'absence d'un régime d'incompatibilité ne saurait altérer son indépendance en raison d'une obligation générale d'impartialité, au demeurant fort vague et dont la sanction n'est à aucun moment précisée²⁰⁶. À l'exception d'incompatibilités internes à l'institution relatives à l'exercice du pouvoir de sanction²⁰⁷, seul le président du collège de l'Autorité des marchés financiers se trouve soumis au régime d'incompatibilité des emplois publics²⁰⁸.

113. Par conséquent, la démarche privilégiée est celle qui veut que le législateur impose des interdictions plus larges et sévères tenant compte de la mission remplie par l'autorité et surtout du secteur concerné. Alors que le « vivier » de membres en définitive s'avère restreint, la difficulté réside ici dans la poursuite par le législateur de plusieurs finalités : lutter contre les conflits d'intérêt d'abord ; assurer la disponibilité des membres des autorités ensuite ; mais également, depuis la loi du 20 janvier 2017, diversifier le profil des membres des AAI et des

²⁰⁴ Cons. const., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, considérant 53 et 54 ; *RDP*, mars-avril 1989, n° 2, p. 399, note L FAVOREU ; *D*, 1987, p. 381, H. MAISL ; *AJDA*, 1987, P. WACHSMANN ; *Revue administrative*, 1986, R. ETIEN ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, n° II-1986, p. 430 et p. 442-443, B. GENEVOIS.

²⁰⁵ Cons. const., décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, considérant 10 ; *Pouvoirs*, janvier 1990, n° 52, p. 18, P. AVRIL et J. GICQUEL ; *RFDA*, 1989, p. 671, B. GENEVOIS ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, n° V-1989, p. 481-482, 486-487, 498 et 507, B. GENEVOIS.

²⁰⁶ F. STASIAK, « Les autorités administratives indépendantes » dans Y. MAYAUD (dir.), *Répertoire de droit pénal et de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2004, paragr. 34.

²⁰⁷ Aux termes de l'article L621-2, IV al.4 du CMF, les fonctions de membre de la commission des sanctions sont incompatibles avec celles de membre du collège.

²⁰⁸ Article L621-2, II, al. 3 du CMF.

API²⁰⁹. Ainsi, lorsque la proximité entre les intérêts particuliers et la mission de surveillance est trop évidente et accroît le risque de conflit d'intérêts, le législateur conditionne la qualité de membre de l'autorité de régulation à l'interdiction de l'exercice de toute activité professionnelle publique ou privée et de toute responsabilité associative, donnant à son titulaire un intérêt direct ou indirect à l'activité soumise à la régulation de l'autorité en question. Sur ce point, les incompatibilités des membres d'une autorité ou de son président varient donc d'une autorité à l'autre. Par exemple, concernant la Commission de régulation de l'énergie (CRE), les règles d'incompatibilité fixées à l'article L. 132-2 du Code de l'énergie interdisent tout cumul de la qualité de membre du collège avec un mandat électif local, national ou européen, et toute prise d'intérêt directe ou indirecte dans une entreprise du secteur de l'énergie. Cela peut se prolonger par une interdiction plus précise. Il en va ainsi des membres de la Commission des sondages qui, en plus des incompatibilités traditionnelles, ne peuvent siéger au collège de l'autorité s'ils détiennent plus de 10 % du capital social de l'une des sociétés visées par le texte telle qu'une société de presse par exemple²¹⁰. On peut également citer les règles propres à l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA) qui étendent le champ des incompatibilités aux responsabilités associatives donnant à leurs titulaires un intérêt direct ou indirect à l'activité des aéroports²¹¹.

114. Un des régimes d'incompatibilité les plus sévères se situe à l'article 5 de la loi du 30 septembre 1986²¹² établissant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) tel que modifiée par la loi sur l'indépendance de l'audiovisuel public du 5 novembre 2013²¹³. Le champ d'application des incompatibilités est très large. Sont visés tous les secteurs de la communication, toutes les entreprises, qu'elles soient publiques ou privées et quelle que soit

²⁰⁹ Au cours des auditions menées par la commission d'enquête, un « sentiment d'entre soi, de consanguinité ou d'endogamie s'est fait jour dans le processus de désignation des membres des autorités administratives indépendantes » (Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la Commission d'enquête sur les autorités administratives indépendantes, 28 octobre 2015, Tome I, Sénat, p.36). Cette impression s'est particulièrement manifestée à l'égard des membres issus du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes. Ainsi, pour obvier à cet inconvénient, il a été prévu à l'article 10, V de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API que « lorsque la loi prévoit la présence, au sein du collège d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, de membres désignés parmi les membres en activité du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et du corps des magistrats des chambres régionales des comptes, il ne peut être désigné d'autre membre en activité du même corps, à l'exclusion du président de l'autorité concernée ».

²¹⁰ L'article 4 du décret n° 78-79 du 25 janvier 1978 pris pour l'application de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, version consolidée au 1^{er} juillet 2016.

²¹¹ Article L6361-3 du Code des transports

²¹² Article 5 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, version consolidée au 13 octobre 2016.

²¹³ Article 3 de la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, *JORF*, n° 0266, 16 novembre 2013, p. 18622, texte n° 3.

leur nature (société, association, groupement), et enfin toutes les formes de liens (fonctions rémunérées ou bénévoles, honoraires, détention d'intérêts). Les secteurs interdits ne sont donc pas seulement ceux sur lesquels le CSA exerce sa compétence, et l'interdiction vaut même si le membre n'a pas pris part aux décisions (qu'il ait été absent ou n'ait pas pris part au vote). Dans sa rédaction antérieure à la loi de 2013, le Conseil n'avait pas considéré que la situation de membres bénéficiant d'une « mise en disponibilité » de la part de France Télévisions – possédant donc toujours un contrat de travail avec l'entreprise publique – constituait un manquement aux dispositions précitées de l'article 5 de la loi du 30 septembre 1986. Dans son interprétation de l'article 5, les journalistes en question n'exerçaient plus de fonctions au sein de la société et n'en recevaient pas d'honoraires et n'y détenaient aucun intérêt. Dans l'hypothèse contraire, conformément à l'alinéa 4 de l'article 5, le CSA eût été tenu de les déclarer démissionnaires d'office à la majorité des deux tiers. A la suite de l'indignation qu'a suscitée cette situation de conflit²¹⁴, le législateur a, dans la loi du 15 novembre 2013, en son article 3 modifié l'article 5 sur les incompatibilités au CSA touchant directement la pratique des détachements en précisant que « les membres du conseil ne peuvent [...] détenir d'intérêt ou avoir un contrat de travail dans une entreprise de l'audiovisuel, du cinéma, de l'édition, de la presse, de la publicité ou des communications électroniques ». Disposant d'un délai de trois mois pour se mettre en conformité avec ce texte, les membres du collège du CSA ont ainsi mis fin à leur contrat avec France Télévisions. Même si l'article 5 est un des régimes d'incompatibilités les plus sévères, le constat est fait qu'il n'empêche pas pour autant une certaine représentation plurale²¹⁵ : y siègent en 2015 entre autres des universitaires, un ingénieur, des journalistes, un haut fonctionnaire et un conseiller d'État²¹⁶.

115. Enfin, hormis les dispositions du Code pénal, le législateur peut prévoir d'encadrer de manière spécifique la situation des anciens membres des AAI en posant des interdictions *a posteriori* propres à certaines autorités. L'article 5 de la loi de 1986 impose aux membres du CSA, à l'issue de leur mandat, des contraintes qui concernent essentiellement – outre le devoir de réserve, qui s'impose pendant un an à l'expiration du mandat – l'exercice d'activités

²¹⁴ Janine LANGLOIS-GLANDIER, une ancienne conseillère, avait dû, sous la présidence de Dominique Baudis, démissionner de son poste lorsqu'on s'est aperçu qu'elle possédait des actions Vivendi (propriétaire de Canal +) (E. BERRETTA, « Démission suspecte au CSA », *Le Point*, 5 avril 2002 (lepoint.fr/actualites-medias/2002-04-05/demission-suspecte-au-csa/1253/0/119960, consulté le 14 avril 2015). Janine LANGLOIS-GLANDIER était chargée au sein du CSA des dossiers « publicité, sport et télévision, programmes et production audiovisuelle, et de la chaîne Canal + » (CSA, communiqué de presse du 28 janvier 1997, « Les domaines d'activité des conseillers du CSA »).

²¹⁵ F. STASIAK, « Les autorités administratives indépendantes », art cit, p. 34.

²¹⁶ Source : csa.fr/Le-CSA/Presentation-du-Conseil/Le-College.

professionnelles ou privées. Les membres sont ainsi soumis, pendant une période d'un an à compter de la cessation de leurs fonctions, à l'interdiction « d'exercer, directement ou indirectement, des fonctions, de recevoir des honoraires, sauf pour des services rendus avant leur entrée en fonction, de détenir des intérêts dans une entreprise de l'audiovisuel, du cinéma, de l'édition, de la presse, de la publicité ou des télécommunications »²¹⁷. Dans le rapport de 2006 sur les AAI, Patrice GELARD préconisait de laisser chaque AAI définir les incompatibilités *a posteriori* relatives aux responsabilités auxquelles peuvent accéder les anciens membres de leur collège²¹⁸. Il proposait ainsi que la loi habilite les autorités à apprécier ces incompatibilités, sur le modèle de ce que prévoit déjà l'article 23 de la loi du 11 octobre 2013 pour les anciens titulaires de fonctions gouvernementales ou exécutives locales²¹⁹. Sur ce point, il convient de noter que les règles de déontologie instaurées par 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 ont été étendues en 2007 à la situation des agents des AAI²²⁰. Dès lors, en vertu de son article 87, il est nécessaire de consulter la commission de déontologie avant tout possible « pantouflage »²²¹. Cette instance apprécie la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent cessant ses fonctions.

116. En définitive, si un régime des incompatibilités doit nécessairement être adapté aux missions remplies par les AAI, prévoyant ainsi dans certains cas des dérogations²²², son extension excessive peut présenter un risque quant à la diversité du profil des membres des autorités indépendantes.

²¹⁷ En contrepartie des contraintes et interdictions qui s'imposent aux membres à l'issue de leur mandat, la loi de 1986 leur ouvre néanmoins la possibilité de bénéficier du maintien de leur traitement pendant une période d'un an à l'expiration de leur mandat. Le bénéfice de cette disposition est cependant soumis à des conditions précises (Article 5 al. 5 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), version consolidée au 6 août 2016).

²¹⁸ Voir la recommandation n° 25 du Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, 15 juin 2006, Assemblée nationale et Sénat, p.12.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 40.

²²⁰ Modification apportée par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique dans son article 18, *JORF*, n° 31, 6 février 2007, p. 2160, texte n° 2.

²²¹ Voir : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le délit de “pantouflage” », *AJ Collectivités Territoriales*, 2011, p. 395 et s.

²²² Lors de la mise en place d'un régime d'incompatibilités, il peut être nécessaire de prévoir des dérogations afin d'atténuer ses potentiels effets négatifs. Parmi ces dérogations se trouvent la possibilité de percevoir des droits d'auteur, de délivrer des enseignements ou de participer à des formations, ainsi que, dans certains cas, de délivrer des expertises. Toutefois, ces permissions ne sont aucunement des incitations à poursuivre une activité.

§2 Les interdictions ponctuelles²²³

117. Un entre-deux se situe dans l'édiction d'interdictions ponctuelles à l'égard des membres afin de permettre une représentation pluraliste tout en prévenant les risques de conflits d'intérêts. En effet, le profil « professionnel » ou « externe » de certains membres des autorités administratives indépendantes justifie l'adoption de mesures visant à neutraliser leurs intérêts privés²²⁴. Il en va ainsi depuis longtemps des membres de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui, conformément à l'article 14 §II de la loi du 6 janvier 1978²²⁵, ne peuvent participer à une délibération relative à un organisme lorsqu'ils y ont un intérêt, passé, présent ou futur. Lors de la mise en place de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)²²⁶, le législateur a prévu d'interdire la participation aux délibérations de l'autorité aux membres ayant exercé une fonction ou un mandat dans une entreprise ou une société contrôlée par l'autorité. Les dispositions relatives à l'Autorité de la concurrence prévoient également, de façon plus large, qu'« aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées »²²⁷. Dans ces hypothèses, l'inobservation de ces règles conduit à la nullité de l'acte, prononcée par le juge saisi par une personne ayant un intérêt à agir, lorsque l'acte est considéré comme décisoire ou, depuis deux décisions du 21 mars 2016²²⁸, lorsqu'il manifeste explicitement l'exercice d'un pouvoir d'influence. Enfin, si l'interdiction de siéger n'était pas explicitement prévue dans les textes constitutifs des autorités, elle pouvait faire l'objet d'une reprise, par exemple dans la Charte de déontologie applicable aux membres de l'autorité, sous forme de bonnes pratiques²²⁹. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) prévoit à l'article I-5 de sa charte de déontologie que lorsqu'« au vu de l'ordre du jour d'une séance du collège, un membre de l'Autorité estime en

²²³ L'expression est empruntée à Nicole DECOOPMAN (N. DECOOPMAN, « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », art cit, p. 20).

²²⁴ Rapport n° 206 (2002-2003) de P. MARINI, au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, sur le projet de loi de sécurité financière, Assemblée Nationale, Tome I, 12 mars 2003, p. 74.

²²⁵ Article 14 §II de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 6 août 2016.

²²⁶ Article L331-18 II al.4 du Code de la propriété intellectuelle.

²²⁷ Article L461-2 al.4 du Code de commerce.

²²⁸ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, et n° 390023, *Société NC Numéricable*, Rec. Lebon p. 88, *RFDA*, 2016, p. 506, concl. V. DAUMAS..

²²⁹ Par exemple, en ce qui concerne le CSA, il est prévu depuis une décision en date du 4 février 2003 à l'article I. 5 du Code de déontologie applicable aux membres du Conseil que « lorsqu'un membre du Conseil estime en conscience que ses activités professionnelles passées ou ses relations actuelles peuvent mettre en doute son impartialité, il ne participe ni au débat ni au vote » (CSA, délibération du 4 février 2003 approuvant un code de déontologie applicable aux membres du conseil, *JORF*, n° 46, 23 février 2003, p. 3307, texte n° 29).

conscience, au regard des principes d'impartialité et d'indépendance, qu'il ne peut prendre part aux délibérations sur un des sujets inscrits à cet ordre du jour, il en informe le président et s'abstient de toute participation au débat et au vote sur le sujet en cause »²³⁰.

118. L'interdiction de siéger a été généralisée par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique à l'ensemble des membres des autorités administratives indépendantes²³¹. Ainsi, suivant la définition retenue du conflit d'intérêts par le législateur, tout membre d'une AAI dont l'intérêt public ou privé est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de la mission de l'autorité doit s'abstenir de siéger²³². Le décret du 31 janvier 2014 précise que « le membre du collège qui décide de s'abstenir ne peut prendre part à aucune réunion ni émettre aucun avis en rapport avec la délibération en cause »²³³. Afin de garantir l'efficacité de cette interdiction de siéger, le législateur fixe un temps durant lequel il convient de rechercher l'existence d'un conflit d'intérêts. La question qui se pose est donc celle de la recherche de l'intérêt à l'affaire. Le législateur peut fixer un délai de recherche, c'est-à-dire une période durant laquelle un membre ayant eu un intérêt à l'affaire ne pourra pas délibérer sur l'affaire. Lors de la mise en place de l'Autorité des marchés financiers (AMF), le législateur a prévu la recherche des conflits d'intérêts aux deux années précédant la nomination²³⁴ alors qu'un délai respectivement de 36 et 18 mois s'appliquait à la Commission des opérations en bourse (COB) et à la Commission des marchés financiers (CMF)²³⁵. La loi portant statut général des AAI et API a repris cette règle du déport en étendant le délai aux trois années précédant la délibération²³⁶. Ainsi, les dispositions de l'article 12 de la loi du 20 janvier 2017 interdisent de siéger ou, le cas échéant, de participer à une délibération, une vérification ou un contrôle, en cas d'intérêt actuel ou passé au sens de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, en cas de fonctions ou mandats actuels ou passés au sein d'une personne morale concernée par

²³⁰ Annexe de la décision n° 2007-0232 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 8 mars 2007 adoptant la charte de déontologie applicable aux membres de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, *JORF* n° 170, 25 juillet 2007, texte n° 85.

²³¹ Cette exigence a fait l'objet d'une reprise dans la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API à l'article 12 (*JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2)

²³² Article 2, 1° de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* n° 0238, 12 octobre 2013, p. 16829.

²³³ Décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 0028, 2 février 2014, p. 1959, texte n° 2.

²³⁴ Article L621-4, 3° al.3 du CMF.

²³⁵ Rapport n° 206 (2002-2003) de P. MARINI, *op. cit.*, p. 75.

²³⁶ Article 12 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*.

l'intervention de l'autorité ou encore en cas de représentation actuelle ou passée d'une des parties intéressées.

119. Toutefois, ces interdictions font l'objet d'une interprétation pragmatique par la section du contentieux du Conseil d'État. L'application de la règle varie selon le rôle et l'importance de la personne concernée dans le processus décisionnel ainsi que la nature des liens d'intérêt en question. En effet, à propos d'une commission administrative consultative attachée à la Haute autorité de santé (HAS), la haute juridiction a eu l'occasion de préciser la portée du principe d'impartialité qui s'applique aux membres des AAI²³⁷. En l'espèce, deux arrêtés ministériels du 10 juillet 2012 ont procédé à la radiation de la spécialité *Rhinofluimucil* de la liste des produits pharmaceutiques ouvrant droit à remboursement. Ces arrêtés étaient fondés sur un avis de la commission de la transparence de la HAS qui concluait à l'insuffisance du service médical rendu par ce produit. Le laboratoire *Zambon France*, qui commercialisait ce médicament, contestait ces arrêtés en mettant en cause le rôle de plusieurs membres de la commission de la transparence qui participaient à la séance au cours de laquelle a été examinée la demande de renouvellement de l'inscription de son médicament en tant que spécialité remboursable. Or l'article R161-85 du Code de la sécurité sociale prévoit que les membres des commissions de la HAS – collaborateurs ou experts qui occasionnellement participent aux travaux de la Haute Autorité – ne peuvent traiter une question dans laquelle ils auraient un intérêt direct ou indirect. Durant la séance de la commission, quatre membres de la commission de la transparence ont estimé devoir s'abstenir et, tout en restant présents, n'ont participé ni aux débats ni au vote. Le Conseil d'État a estimé que « même en l'absence de texte, lorsqu'un membre d'une commission administrative à caractère consultatif est en situation de devoir s'abstenir de siéger pour l'examen d'une question, il est de bonne pratique qu'il quitte la salle où se tient la séance pendant la durée de cet examen ». Il précise toutefois que « la circonstance que l'intéressé soit resté dans la salle n'entraîne l'irrégularité de l'avis rendu par la commission que si, en raison notamment de son rôle dans celle-ci, de l'autorité hiérarchique, scientifique ou morale qui est la sienne ou de la nature de ses liens d'intérêt, sa simple présence pendant les délibérations a pu influencer les positions prises par d'autres membres de l'instance ». La présence d'un membre d'une commission administrative à caractère consultatif intéressé à une affaire ne rend pas *de facto* irrégulier l'avis rendu par cette instance. Cela est le cas que s'il est démontré que sa présence lors de la séance a exercé une influence sur les autres membres. Le Rapporteur

²³⁷ CE, Sect., 22 juillet 2015, n° 361962, *Société Zambon France*, Rec. Lebon p. 245 ; *AJDA*, 2015, p. 1447 ; *Ibid.*, 2015, p. 1626, chron. J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *Droit administratif*, 2015, p. 79, note G. ÉVEILLARD.

public, Rémi DECOUT-PAOLINI, préconisait en effet de ne pas appliquer le principe d'impartialité dans toute sa rigueur : la présence de la personne intéressée ne pose de problème que s'il n'est pas possible de régulariser une telle situation²³⁸. La haute juridiction a admis ce raisonnement. En l'espèce, elle relève que parmi les membres visés de la commission ne figuraient ni son président ni aucun professionnel reconnu pour son expertise particulière en ce qui concerne la classe pharmaco-thérapeutique en cause. Le Conseil d'État juge finalement que, « eu égard aux fonctions exercées par les intéressés au sein de la commission, à leur domaine d'expertise et à la nature des liens d'intérêt en cause »²³⁹, leur seule présence dans la salle lors de la délibération n'a pas pu influencer les positions prises par les autres membres de la commission de la transparence. Cette solution constitue une application pragmatique du principe d'impartialité.

120. Un autre type d'interdiction ponctuelle, plus spécifique, qui s'applique depuis la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique témoigne de la complexité d'établir un régime d'interdiction équilibré et réaliste. Aux termes de l'article 8 de la loi²⁴⁰, l'obligation incombe désormais aux présidents et membres des collèges des autorités administratives indépendantes intervenant dans le domaine économique de déléguer, le cas échéant, la gestion de leurs instruments financiers sans droit de regard de leur part durant la durée de leur mandat. Il s'agit d'une extension aux AAI d'une obligation imposée initialement aux membres du Gouvernement²⁴¹. Il s'agit d'éviter que les membres d'une autorité « puissent être en mesure de prendre des décisions susceptibles d'avoir un impact positif sur la valeur de leur patrimoine financier »²⁴². Il est donc prévu que les membres concernés confient la gestion de leurs instruments financiers à un tiers spécialement mandaté sans la possibilité de lui donner d'instruction d'achat ou de vente directement ou indirectement, et ce par quelque moyen que ce soit²⁴³. Le législateur a ainsi entendu renforcer les garanties d'un exercice indépendant et impartial de leurs fonctions en ne laissant pas « les responsables publics s'enfermer, en cas de

²³⁸ R. DECOUT-PAOLINI, conclusions sur CE, Sect., 22 juillet 2015, n° 361962, *Société Zambon France, inédites*, p.8.

²³⁹ CE, Sect., 22 juillet 2015, n° 361962, *Société Zambon France, précité*, § 9.

²⁴⁰ Article 8 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 0151, 2 juillet 2014, p. 10918.

²⁴¹ Rapport n° 722 (2012-2013) de J.-P. SUEUR, au nom de la Commission des lois, relatif à la transparence de la vie publique et sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, Sénat, 3 juillet 2013, p. 66.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Article 3 du décret n° 2014-747 du 1^{er} juillet 2014, *précité*.

difficultés, dans l'incertitude du discernement personnel »²⁴⁴. Selon l'article 3 du décret, les membres ne peuvent ni vendre ni acheter d'actions par l'intermédiaire des outils qu'ils utilisent pour contrôler leurs entreprises. Cet article prévoit également le gel des activités. Toutefois le maintien en l'état des instruments financiers existants, pour les activités ne concernant pas le secteur de l'autorité concernée, demeure acceptable²⁴⁵. L'Autorité des marchés financiers (AMF) ainsi que l'Autorité de la concurrence (ADLC) ont toutefois dénoncé cette nouvelle interdiction arguant que celle-ci rendait difficile le respect de l'exigence de garder un contact avec les pratiques et réalités du milieu qu'elles régulent. Cette disposition présente le risque, selon elles, de limiter de manière trop importante la motivation des personnalités détenant potentiellement des actifs financiers importants, poserait à terme un problème de recrutement²⁴⁶. Même si des démissions ont pu être constatées à la suite de l'entrée en vigueur du décret d'application²⁴⁷, il convient d'admettre que, pour contraignante que soit cette interdiction, elle n'en permet pas moins – au contraire d'une incompatibilité – le maintien de membres au sein d'une institution de régulation alors même qu'ils auraient d'importants intérêts économiques susceptibles d'interférer avec leur fonction.

§3 La transparence pour prévenir les conflits d'intérêts

121. La transparence des activités et des personnes tend à se généraliser comme une technique de lutte contre les conflits d'intérêts. En dépit des critiques contre un système qui se limiterait à une publicité des situations patrimoniales des membres des AAI sans véritable possibilité de sanction ou d'autres conséquences négatives, il convient de constater que cette

²⁴⁴ J.-M. SAUVÉ, « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *Revue L'ENA hors les murs*, « éthique et vie publique », septembre 2014, n° 444, p. 9.

²⁴⁵ S'agissant des instruments financiers soumis à l'obligation de gestion sans droit de regard, le pouvoir réglementaire s'est borné à renvoyer à la définition qu'en a donné le législateur à l'article L211-1 du CMF. Ces dispositions incluent les titres financiers (titres de capital émis par les sociétés par actions ; titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ; parts ou actions d'organismes de placement collectif), ainsi que les contrats financiers également dénommés « instruments financiers à terme » figurant sur une liste fixée par décret, codifiée à l'article D211-1 A du même code. Seuls les instruments financiers ainsi énumérés entrent dans le champ d'application de l'obligation de gestion sans droit de regard (décret n° 2014-747 du 1^{er} juillet 2014, *JORF*, n° 0151, 2 juillet 2014, p. 10918, texte n° 211).

²⁴⁶ Question écrite n° 59242 de M. Thierry A. (UMP), Ministère des relations avec le Parlement, *JO Assemblée nationale*, 8 juillet 2014.

²⁴⁷ Par exemple, Monique COHEN, membre du collège de l'AMF depuis 3 ans, a anticipé l'entrée en vigueur de ces nouvelles obligations en donnant sa démission du collège de l'Autorité. En effet, celle-ci était directrice associée d'Apax Partners, fonds d'investissement anglo-saxon, et membre de plusieurs conseils d'administration dont BNP Paribas et Hermès. Or, comme le rappelle Laurent MAUDUIT, l'AMF « prend périodiquement des positions qui concernent ou encadrent l'activité de la banque, la plus importante d'Europe ; et elle a pris dans le passé une très lourde sanction contre LVMH, qui était en conflit avec Hermès » (L MAUDUIT, « L'Autorité des marchés financiers sous le choc d'une démission », *Médiapart*, 31 juillet 2014 (mediapart.fr/journal/economie/310714/l-autorite-des-marches-financiers-sous-le-choc-d-une-demission?onglet=full), consulté le 2 août 2014).

généralisation des déclarations d'intérêt s'inscrit dans une lutte renforcée contre les situations de conflits d'intérêts et participe d'une « moralisation » de la vie publique par le rappel aux responsables et membres des autorités de leurs devoirs²⁴⁸.

122. Antérieurement à la généralisation de l'obligation à tous les membres des AAI et à la mise en place d'une autorité distincte en charge de leur examen, des dispositions spécifiques dans les textes constitutifs de certaines AAI prévoyaient déjà que les personnes qui travaillent ou collaborent avec l'institution doivent informer le président de l'autorité des intérêts qu'ils détiennent au sein d'une entreprise, des fonctions ou des mandats qu'ils exercent. Il en va ainsi de l'Autorité des marchés financiers (AMF)²⁴⁹ ou la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)²⁵⁰ ou encore depuis 2010, à la suite de l'adoption et l'interprétation des directives concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité²⁵¹, de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)²⁵². Désormais, cette exigence de transparence, mode de garantie le « plus léger »²⁵³ contre les conflits d'intérêts, est devenue l'une des conditions indispensables pour prétendre participer à l'activité d'une autorité administrative indépendante. Les membres des autorités administratives ou publiques indépendantes doivent, en vertu de l'article 11, 6° de la loi du 11 octobre 2013, déposer auprès du président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) une déclaration « exhaustive, exacte et sincère »²⁵⁴ de la situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts tels que définis par la loi²⁵⁵. Ces informations doivent permettre à la Haute autorité d'identifier les éventuelles situations de conflit d'intérêts. Il convient de souligner l'importance des sanctions qu'encourt une personne membre d'une autorité qui ne se soumettrait pas à l'obligation de déclaration. En effet, conformément à l'article 26 de la loi du 11 octobre 2013, le fait de ne pas déposer ces

²⁴⁸ O. BUI-XUAN, « La moralisation de la vie publique », *Droit Administratif*, janvier 2014, paragr. 16. Cette application de la transparence est considérée comme un « vecteur de moralisation ».

²⁴⁹ Article L 621-4 du CMF.

²⁵⁰ Article 14, III de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 27 octobre 2016.

²⁵¹ Article 35 de la Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *JOUE* L. 211 du 14 août 2009, p. 55. Voir : O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », art cit.

²⁵² L'article 17 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 modifiant l'article 28 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 a rendu obligatoire la déclaration d'intérêt pour les membres du collège de la CRE (*JORF*, n° 0284 du 8 décembre 2010, p. 21467, texte n° 3).

²⁵³ N. DECOOPMAN, « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires », art cit, p. 20.

²⁵⁴ Article 4, I de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, version consolidée au 6 août 2016.

²⁵⁵ Ces dispositions ont fait l'objet d'une mention et d'une reprise dans la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API aux articles 11, 24, 50 et 53 (*JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2).

déclarations, d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et d'une amende d'un montant de 45 000 euros ainsi que de l'interdiction des droits civiques ou d'exercer une fonction publique. La loi du 20 janvier 2017 portant statut général a ajouté à ce dispositif un système de contrôle par les pairs. En effet, la déclaration d'intérêts déposée par tout membre en application de la loi précitée du 11 octobre 2013 est mise, de manière permanente, à la disposition des autres membres de l'autorité au sein de laquelle il siège²⁵⁶.

123. La généralisation de cette exigence à l'ensemble des AAI n'est pas allée sans poser de difficultés quant à la délimitation de la catégorie des AAI soumises à cette obligation, d'une part²⁵⁷, et à la détermination de la qualité de « membre » d'une AAI, d'autre part. En effet, l'expression « membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes » a suscité un certain embarras en raison de la diversité des situations d'une autorité à l'autre, certaines fonctionnant principalement avec des bénévoles, d'autres avec des membres permanents, ainsi que des collaborateurs occasionnels. Patrice GELARD, dans son rapport d'information sur les AAI de 2014, préconisait ainsi que ne soient considérées comme « membres » des AAI que les personnes investies des fonctions principales de l'autorité, c'est-à-dire le titulaire de la fonction lorsque l'autorité est unipersonnelle ou les personnes appartenant au collège investi de la compétence de droit commun lorsqu'il existe²⁵⁸. Une application extensive de la notion de « membre » présenterait, selon lui, le risque de conduire à une désaffectation ou à la démission des personnalités extérieures. À cet égard, les principales

²⁵⁶ Article 11 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*. Cette obligation de mise à disposition a fait l'objet de discussions critiques durant les travaux parlementaires. Elle résulte du constat de la Commission d'enquête selon lequel lesdites déclarations d'intérêts n'étaient pas systématiquement lues (Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, *op. cit.*, pp. 44-45). Toutefois, le gouvernement n'y était pas favorable. Il voyait dans cette consultation une forme de publicité inutile et juridiquement discutable. Il fit valoir que le contrôle effectué par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique était suffisant et invoquait une possible inconstitutionnalité du dispositif au regard de l'interdiction formulée par le Conseil constitutionnel de rendre publiques les déclarations d'intérêts déposées par des personnes exerçant des responsabilités de nature administrative et n'étant pas élues par les citoyens. Elle a néanmoins été rétablie par les parlementaires dans la mesure où elle ne semblait pas risquer d'être assimilée à une mesure de publicité telle qu'interdite par la jurisprudence constitutionnelle pour les personnes non élues, car l'accès à ces déclarations est limité à quelques personnes (Cons. const. 9 oct. 2013, n° 2013-675 DC, Loi organique relative à la transparence de la vie publique, considérant 22 ; *AJDA* 2013, p. 1942 ; *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2483, chron. A. LAUDE ; *Constitutions* 2013, p. 542, obs. J. BENETTI).

²⁵⁷ Avant la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, la HATVP avait décidé de se référer à la liste publiée sur le site Légifrance qui regroupe l'ensemble des organismes qui ont été qualifiés d'AAI ou d'API par la loi ou par la doctrine (HATVP, *Rapport d'activité 2015*, Paris, Haute autorité pour la transparence de la vie publique, 2016, p. 44).

²⁵⁸ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 39.

difficultés d'application concernaient les membres bénévoles. Malgré cela, dans une réponse à une question parlementaire sur ce sujet²⁵⁹, le Gouvernement a considéré que « le fait que certains d'entre eux exercent leurs fonctions à titre bénévole est, à cet égard, sans incidence : ils sont soumis à la même obligation d'exercer les fonctions qui leur sont confiées avec dignité, probité, intégrité et impartialité, conformément aux exigences rappelées par les articles 1er et 2 de la loi du 11 octobre 2013 »²⁶⁰. Par conséquent, le contrôle du respect des obligations imposées par la loi du 11 octobre 2013 suppose de leur appliquer également les obligations déclaratives. Laurent LEVENEUR, président du Bureau central des tarifications (BCT) composé à parité d'assujettis et d'assureurs, confirme les craintes liées à une conception extensive de la notion de « membre » puisque « face à l'obligation de rendre leur double déclaration au 1^{er} octobre 2014, nos membres, tous bénévoles, ont estimé que la mesure était disproportionnée. Ils ont surtout considéré qu'ils n'entraient pas dans la catégorie des représentants de la vie publique, car ils traitaient de dossiers individuels de manière confidentielle, et 77 des 82 membres du Bureau ont préféré démissionner »²⁶¹. Toutefois, il convient de constater que cette défection massive ne remet pas en question la cohérence argumentative du raisonnement selon lequel leur soumission à l'obligation de transparence est inhérente à l'activité de régulation qu'ils exercent au sein d'une AAI, de façon bénévole ou pas.

124. La HATVP a d'abord arrêté une définition de la qualité de membre d'une autorité administrative indépendante qui présentait le risque à terme d'exclure l'ensemble des AAI n'exerçant qu'une magistrature d'influence. Est considérée comme « membre » d'une AAI au sens de la loi de 2013, « toute personne ayant voix délibérative au sein d'une telle autorité, y compris les membres suppléants, les personnes qui ne peuvent représenter un membre absent et les membres de commissions chargées de pouvoirs de sanction »²⁶². Or, suivant la doctrine de la HATVP, les membres des commissions consultatives ne sont pas soumis aux obligations déclaratives, « car ils ne disposent pas d'un pouvoir de décision »²⁶³. Citant l'exemple de l'Autorité des marchés financiers (AMF), la Haute autorité rappelle qu'il existe au sein de

²⁵⁹ Question écrite n° 13262 de M. Hugues PORTELLI (Val-d'Oise - UMP), *JO Sénat*, 09 octobre 2014, p. 2273.

²⁶⁰ Réponse du Premier ministre, *JO Sénat*, 12 novembre 2015, p. 2637.

²⁶¹ Comptes rendus de la Commission d'enquête sur les autorités administratives indépendantes, Mardi 15 septembre 2015 (senat.fr/compte-rendu-commissions/20150914/ce_aai.html#toc5, consulté le 16 juin 2016).

²⁶²²⁶² HATVP, *Rapport d'activité 2015*, Paris, Haute autorité pour la transparence de la vie publique, 2016, p. 44. La Haute autorité cite le décret n° 2014-747 du 1^{er} juillet 2014 relatif à la gestion des instruments financiers détenus par les membres du Gouvernement et par les présidents et membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes intervenant dans le domaine économique (*JORF*, n° 0151, 2 juillet 2014, p. 10918, texte n° 21). Le décret inclut dans la notion de « membre » les présidents, les membres et les membres des commissions des sanctions.

²⁶³ *Ibid.*

l'AMF en plus du collège, une commission des sanctions et des commissions consultatives. Selon son interprétation de la loi sur la transparence, seuls les membres du collège et de la commission des sanctions sont soumis à l'obligation de déclaration. Or la proximité des instances et les liens entre les membres rendent intenable cette lecture des dispositions. Plus discutabile encore était la position de la HATVP concernant la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) qui était également exclue en ce qu'elle est une instance purement consultative²⁶⁴. On notera toutefois qu'initialement la doctrine du président de la HATVP était différente. Il avait contacté la présidente de la CNCDH pour lui indiquer l'obligation qui pesait sur les membres de la Commission de fournir les deux déclarations. Cette exclusion tardive de la CNCDH n'était donc que le résultat de la prise en compte d'une revendication d'une partie des membres de l'institution. Ces derniers soutenaient l'idée selon laquelle cette obligation de transparence ne concernerait que les autorités disposant d'un pouvoir de décision²⁶⁵. La distinction entre organisme consultatif et instance décisionnelle ne convainc pas. Admettre l'exercice d'une magistrature d'influence par une instance indépendante devrait suffir *a priori* à exiger la soumission de ses membres à l'obligation de fournir des déclarations d'intérêt. Fondée sur le caractère pluraliste de sa composition, la crédibilité de l'expertise de la CNCDH repose notamment sur la probité de ses membres²⁶⁶. Par ailleurs, si l'on s'en tient à cette distinction entre autorités exerçant une simple magistrature d'influence (sans pouvoir de décision et de contrainte) et les autorités disposant d'un pouvoir décisionnel, d'autres instances, qui ne font l'objet d'aucune mention dans le rapport de la HATVP, devraient se voir exclues du champ d'application de la loi. Il en irait ainsi de la Commission de sécurité des consommateurs (CSC) ou encore du Comité Consultatif National

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Cette demande a suscité des réactions dont le rapport de la Commission d'enquête sur les AAI et les API s'est fait l'écho. Ainsi « quelques associations telles qu'Amnesty International ont considéré comme complexe cette procédure de transparence. L'universitaire Emmanuel DECAUX estimait que ces déclarations représentaient une intrusion dans sa vie privée. Les avocats Henri LECLERC et Thierry MASSIS se sont également déclarés gênés par cette procédure ». Catherine LAZERGES, présidente de la CNCDH, a par ailleurs précisé que « Monsieur NADAL [président de la HATVP] a consulté le vice-président du Conseil d'État qui a estimé que, bien qu'indépendante, la CNCDH ne disposait pas de toutes les caractéristiques d'une autorité administrative indépendante, notamment en raison du fait que nos membres sont bénévoles ». La question du champ de l'obligation de déclaration appelle au préalable de déterminer quelles sont les organismes concernés et partant soulève à nouveau le débat sur les limites de la catégorie des AAI au regard de caractéristiques communes (Rapport n° 126 de J. MÉZARD, au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, 29 octobre 2015, Sénat, tome I, p. 44).

²⁶⁶ Notons que la HATVP, avant de notifier sa décision à la présidente de la CNCDH, avait déjà reçu 80 % des déclarations des membres du collège (Rapport n° 126 de J. MÉZARD, au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, 29 octobre 2015, Sénat, tome II : Auditions, p. 337).

d'Éthique (CCNE). Or, la composition de ces deux autorités inclut des personnalités extérieures susceptibles d'avoir des intérêts qui entrent en conflit avec l'activité des autorités dont ils sont membres. Poussé à l'extrême, ce raisonnement reviendrait à considérer que les membres de la Haute autorité de santé (HAS) n'ont pas non plus à transmettre une déclaration à la HATVP, car les recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité ne sont pas des décisions contraignantes²⁶⁷. En l'occurrence, si l'exclusion d'autorités telles que la Commission de sécurité des consommateurs ou la HAS n'a pas été envisagée, c'est précisément en raison des enjeux économiques qui sous-tendent leurs missions. Cette dérogation au principe d'exclusion des instances ne disposant pas d'un pouvoir de contrainte en confirme la faiblesse théorique. Dès lors qu'une institution bénéficie d'un statut d'indépendance lui octroyant une capacité d'influence, elle devrait être soumise aux obligations de la loi du 11 octobre 2013 en tant qu'une exception serait injustifiée et participerait à délégitimer l'exercice d'un pouvoir d'influence. Rappelons qu'une magistrature d'influence repose sur la crédibilité de l'institution, dès lors tout soupçon de partialité ou de conflits d'intérêts est susceptible d'annihiler le pouvoir d'influence de l'institution²⁶⁸.

125. La discussion sur la question des conflits d'intérêts dans le cas de l'exercice d'une magistrature d'influence trouve une illustration concrète dans le domaine de la santé. La Haute autorité de santé (HAS) a très tôt saisi l'importance de préserver la légitimité de l'institution par la transparence de son action. En effet, l'autorité se présente comme « consciente de ce que sa légitimité et sa crédibilité résident dans la qualité de son expertise »²⁶⁹. Elle rappelle ainsi dès que possible les conditions à l'origine de l'observance de ses recommandations. Si celles-ci dépendent de la rigueur et des compétences de ses propres équipes comme de celle des experts externes qu'elle sollicite, elles dépendent aussi du « respect des principes éthiques et des règles déontologiques »²⁷⁰. En 2010, un guide de gestion des conflits d'intérêts piloté par le Groupe Déontologie de l'institution marquait un durcissement des procédures de gestion des conflits avec des mesures telles que la publication exhaustive des déclarations publiques d'intérêts au début des travaux et le strict encadrement des experts ayant des conflits majeurs.

²⁶⁷ Cf. P2. T2. Ch.2. §2. A.

²⁶⁸ Dans la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, le législateur a arrêté en annexe une liste de 26 AAI et API. Toutes les instances qui ne sont pas explicitement mentionnées sont *de facto* exclues de la catégorie. Par conséquent, la CNCDH, le CCNE ou encore la CSC ne sont plus des AAI, mais des commissions indépendantes à côté des AAI et des API. À ce titre, leurs membres ne sont désormais plus concernés par ce dispositif de transparence et ne sont plus soumis à aucune obligation de déclaration.

²⁶⁹ HAS, *Guide des déclarations d'intérêts et de gestion des conflits d'intérêts*, Seine-Saint-Denis, Haute autorité de santé, 2013, p. 3.

²⁷⁰ *Ibid.*

En 2011, une thèse d'exercice en médecine portait sur les rapports de la HAS avec les laboratoires pharmaceutiques. Le titre ne laissait guère de place à l'imagination « Les Recommandations pour la Pratique Clinique élaborées par les autorités sanitaires françaises sont-elles sous influence industrielle ? À propos de trois classes thérapeutiques ». L'auteur démontrait qu'au moins quatre recommandations émises entre 2006 et 2008 étaient susceptibles d'être erronées en raison des conflits d'intérêts qu'il avait révélés²⁷¹. À la suite de ces dénonciations, la Haute autorité a mis en place une stratégie de communication sur le durcissement des exigences en termes de transparence afin de rétablir la confiance dans ses recommandations de bonnes pratiques. Elle annonçait ainsi, suite à cette affaire, avoir commandé un audit externe de ses procédures de gestion des conflits d'intérêts pour l'année 2012. La HAS réaffirme ainsi dès que possible vouloir « garantir toujours plus de transparence et d'indépendance de l'expertise »²⁷². L'importance accordée par la Haute autorité à la communication autour du renforcement des exigences de transparence imposées à ses membres révèle la crainte que son activité soit empêchée par le soupçon qui pèse sur la partialité de ses membres. Ce qui illustre l'idée selon laquelle l'activité d'une magistrature d'influence peut être paralysée si sa crédibilité - *in fine* son autorité – est remise en cause.

126. Dans le domaine de la santé, les obligations des institutions sanitaires en matière de transparence et de prévention des conflits d'intérêts n'ont cessé de se renforcer, allant de la consécration de l'obligation de transparence par la loi du 4 mars 2002²⁷³ au décret du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire²⁷⁴. La question s'est posée avec urgence au regard de la sollicitation par les autorités de régulation de personnes extérieures susceptibles d'avoir des intérêts économiques dans ce secteur. Il a d'ailleurs été envisagé de mettre fin à ces sollicitations à la suite du scandale du *Médiateur*. Une réflexion s'est engagée sur le bien-fondé du recours à une « expertise externe » à la différence des systèmes américain

²⁷¹ L.-A. DELARUE, *Les Recommandations pour la Pratique Clinique élaborées par les autorités sanitaires françaises sont-elles sous influence industrielle? À propos de trois classes thérapeutiques*, Thèse pour le diplôme d'État de docteur en médecine, Université de Poitiers, Poitiers, 2011, 217 p.

²⁷² HAS, communiqué de presse du 19 septembre 2011, « Indépendance de l'expertise : la Haute Autorité de Santé tient ses engagements », p.1 (has-sante.fr/portail/jcms/c_1097497/fr/independance-de-l-expertise-la-haute-autorite-de-sante-tient-ses-engagements, consulté le 15 juin 2013).

²⁷³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*JORF*, 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1) complétée par la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (*JORF*, n° 0302, 30 décembre 2011, p. 22667), complétée par le décret du 9 mai 2012 relatif à la déclaration publique d'intérêts et à la transparence en matière de santé publique et de sécurité sanitaire (*JORF*, n° 0109, 10 mai 2012, p. 8770).

²⁷⁴ Décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire prévue à l'article L1452-2 du code de la santé publique, *JORF* n° 0116, 22 mai 2013, p. 8405.

et allemand où l'administration joue un rôle déterminant dans l'évaluation des médicaments²⁷⁵. Toutefois, plutôt que d'exclure la présence de personnes externes au sein des autorités sanitaires, il a été fait le choix de les soumettre à une obligation de transparence quant à leurs liens d'intérêt. En 2011, Arnaud ROBINET, rapporteur à la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale²⁷⁶, proposa la mise en place d'un *sunshine act* à la française pour le secteur de la santé, c'est-à-dire d'une loi imposant la transparence dans le domaine de la santé. Le choix a été celui de maintenir une « expertise externe » sous réserve d'une réorganisation des institutions chargées de l'accueillir. Il a été considéré que « rigidifier le système d'expertise, en limitant le recours à l'expertise externe, voire en concevant une armée d'experts déconnectés des réalités du moment, paraît aussi risqué qu'utopique »²⁷⁷. La transparence, par l'obligation des déclarations d'intérêts, constitue pour le législateur français l'outil permettant la proximité avec les secteurs régulés tout en préservant la crédibilité de l'expertise.

127. Cette transparence ne reste toutefois pas sans suite. En effet, le non-respect ou les défaillances liées à l'obligation de transparence peuvent conduire à ce que le soupçon suffise à annuler une recommandation d'une AAI. Par une décision du 27 avril 2011²⁷⁸, le Conseil d'État a annulé la décision par laquelle le président de la Haute autorité de santé avait refusé d'abroger une recommandation²⁷⁹. Pour justifier cette solution, le Conseil d'État a relevé que la requérante avait « produit à l'appui de ses allégations des éléments susceptibles d'établir l'existence de liens d'intérêts entre certaines personnes ayant participé au groupe de travail et des entreprises ou établissements intervenant dans la prise en charge du diabète » et qu'à aucun moment « la Haute Autorité de santé n'[avait] été en mesure de verser au dossier l'intégralité des déclarations d'intérêts dont l'accomplissement était pourtant obligatoire de la part des membres de ce groupe de travail ». L'absence de production d'éléments pertinents pour lever les soupçons que le requérant aurait fait naître conduit le juge à présumer que la critique est fondée. En l'espèce, un motif de forme, à savoir la non-exhaustivité des déclarations publiques d'intérêts des experts du groupe de travail, a été suffisant pour annuler la recommandation de la HAS. Après avoir

²⁷⁵ Rapport d'information n° 3552 (2010-2011) de J.-P. DOOR, Commission des affaires sociales, sur le Médiateur et la pharmacovigilance, Assemblée nationale, 22 juin 2011, p. 27.

²⁷⁶ Rapport n° 3725 (2010-2011) de A. ROBINET, au nom de la Commission des affaires sociales, sur le projet de loi relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, Assemblée nationale, 20 septembre 2011, 398 p.

²⁷⁷ Rapport d'information n° 3552 (2010-2011) de J.-P. DOOR, *op. cit.*, p. 27.

²⁷⁸ CE 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante* (FORMINDEP), n° 334396, Rec. Lebon p. 168 ; *AJDA* 2011, p. 877 ; *Ibid.*, 2011, p. 1326, concl. C. LANDAIS ; *D.*, p. 2565, obs. A. LAUDE ; *RDSS*, 2011, p. 483, note J. PEIGNÉ ; *JCP Administratif*, 2011, p. 2321, note M.-L. MOQUET-ANGER ; *JCP Administration et collectivités territoriales*, 2011, p. 2244, P. VILLENEUVE.

²⁷⁹ Sur les conditions d'annulation d'une recommandation d'une AAI : P2. T2. Ch.2.

retiré de sa propre initiative cette recommandation, la HAS annonça une série de mesures « fortes, destinées à renforcer la confiance dans l'indépendance de l'institution »²⁸⁰. Elle a ainsi procédé à un examen de toutes ses recommandations de bonnes pratiques élaborées entre 2005 et 2010 dans l'optique de déceler des faiblesses de forme dans la gestion des liens d'intérêts. Sur soixante-dix recommandations de bonnes pratiques, six présentaient des faiblesses de forme soit en raison d'une suspicion de conflit d'intérêts d'un expert soit en l'absence d'une ou plusieurs déclarations publiques d'intérêts²⁸¹.

128. En conclusion, la composition des autorités consiste à rechercher un équilibre entre l'impartialité de l'institution, d'une part, et l'originalité d'une composition ouverte sur la société civile, d'autre part. Si la présence de membres professionnels ou en provenance de la société civile ne fait pas obstacle à l'exigence d'impartialité au niveau du collège, une conception sévère de l'impartialité peut conduire à leur exclusion au motif que leur présence suffit à caractériser la partialité objective des autorités. Toutefois, l'ouverture est un des traits caractéristiques des AAI, une de leur originalité. Dès lors, l'instauration d'une sanction pour manquement aux obligations de déclaration d'intérêts et d'abstention en cas de conflits d'intérêts ainsi que l'aménagement d'une procédure de récusation adaptée est aujourd'hui considérée suffisante pour renforcer les garanties d'impartialité de l'autorité pour maintenir cette ouverture.

129. Un magistère d'influence résultant de l'indépendance organique, de la compétence et de l'impartialité des membres de l'institution ne suffit pas à identifier une magistrature d'influence, encore faut-il pour cela que l'autorité dispose d'une capacité d'influence.

²⁸⁰ HAS, communiqué de presse du 19 septembre 2011, « Indépendance de l'expertise : la Haute Autorité de Santé tient ses engagements », p.1 (has-sante.fr/portail/jcms/c_1097497/fr/independance-de-l-expertise-la-haute-autorite-de-sante-tient-ses-engagements, consulté le 15 juin 2013).

²⁸¹ HAS, communiqué de presse du 20 mai 2011, « Renforcer la transparence et la gestion des conflits d'intérêts », p.1. (has-sante.fr/portail/jcms/c_1056764/fr/renforcer-la-transparence-et-la-gestion-des-conflits-d-interets, consulté le 13 juillet 2016).

Chapitre 2. L'indépendance d'action, condition d'une capacité d'influence

130. Comme l'affirme Robert HERTZOG, « l'autonomie d'un pouvoir est un truisme. Tout pouvoir a, par définition, une existence séparée, une sphère propre de décision ou d'action, condition minimale de son existence même »¹. À l'inverse, de façon tout aussi évidente, il n'est pas pertinent de parler de pouvoir à propos d'un organe public si celui-ci n'a pas d'existence séparée de l'Administration. En ce qui concerne les AAI, « chacune d'entre elles constitue un *centre spécifique de pouvoir*, situé en marge des circuits administratifs classiques, construits sur un mode vertical, et dans les rets desquels sont prises l'ensemble des structures administratives de droit commun »². La magistrature d'influence consiste à exercer un pouvoir de manière non coercitive, sans d'ailleurs que les textes n'accordent expressément cette faculté. L'exercice d'un tel office résulte avant tout d'un statut assurant une autorité (légitimité) et une capacité (pouvoir) permettant d'établir des stratégies d'influence efficaces. C'est l'absence de lien hiérarchique et de contrôle de tutelle qui constituent les conditions d'une capacité d'influence pleinement autonome. Dès lors, outre les considérations et les règles liées à la composition des autorités indépendantes – à l'origine de leur magistère d'influence – l'ensemble des règles organisant le statut et les modalités de leur indépendance s'apprécie comme le droit statutaire mettant les autorités en mesure d'exercer un pouvoir d'influence dans leur domaine de compétence. En ce sens, les règles relatives à l'indépendance fonctionnelle assurent aux autorités une liberté de déterminer leur action et les conditions d'exercice de leur pouvoir de persuasion.

131. L'ensemble des règles organisant l'indépendance des AAI constitue en quelque sorte une habilitation à exercer une magistrature d'influence. De façon générale, l'habilitation consiste à « autoriser (quelqu'un) à (faire quelque chose) comme étant l'une de ses

¹ R. HERTZOG, « L'autonomie en droit: trop de sens, trop peu de signification? » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 457.

² J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 6 août 1986, n° 30, paragr. 21.

attributions »³, elle confère ainsi une capacité d'action⁴. Si l'exercice d'un « droit de commander » nécessite une habilitation explicite au regard des conséquences sur l'ordonnement juridique, l'exercice d'un pouvoir d'influence, tenant compte de son expression généralement informelle et en l'état du droit en vigueur, nécessite seulement la mise en place d'une structure indépendante en capacité d'exercer un tel pouvoir.

132. L'indépendance fonctionnelle doit permettre aux AAI d'établir précisément des stratégies diversifiées d'influence (Section 2). Avant d'étudier les conditions d'une capacité d'influence proprement dites, il convient de s'attarder sur les conditions de la pérennité de leur action (Section 1). Enfin, si l'absence de lien hiérarchique et de contrôle de tutelle leur donne une capacité d'action autonome et une faculté de libre détermination de leur action, cette indépendance ne doit pas être absolue. L'affirmation de principe d'un contrôle par le juge apparaît comme le « garde-fou » idoine, même si celui-ci demeure néanmoins relatif vis-à-vis des magistratures d'influence (Section 3).

Section 1. La stabilité institutionnelle comme garantie de l'indépendance d'action

133. Une instance qui exerce une magistrature d'influence, contrairement à un organe consultatif traditionnel ou une agence, doit d'abord manifester un détachement organique – une exteriorité – vis-à-vis de la personne sur laquelle s'exerce le pouvoir. En ce qui concerne les AAI, cette exteriorité se manifeste d'abord par l'impossibilité pour le pouvoir exécutif de remettre en question leur existence. En effet, la limite la plus évidente de leur influence réside dans les risques de suppression qui pèsent sur elles, mais aussi, de façon moins spectaculaire, dans la réorganisation de leur mode de fonctionnement par le pouvoir exécutif. Une autorité, pour exercer un pouvoir d'influence, doit pouvoir librement déterminer son action sans craindre en retour les représailles du pouvoir politique. En d'autres termes, une institution n'est indépendante que si son statut lui assure une certaine pérennité. Si, sur le principe, la pérennité et l'indépendance sont deux questions distinctes, il convient de constater que la première conditionne la seconde. Toute atteinte à la pérennité d'une AAI constitue en réalité une atteinte à son indépendance d'action. De façon évidente, la première limite, dans ce schéma, à l'exercice

³ Entrée « HABILITER », *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, atilf.fr/tlfi, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁴ J. CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », *Droits*, 1989, n° 10, p. 19.

d'une influence est la menace qui pèse, même sans le formuler explicitement, sur l'existence ou le fonctionnement des AAI⁵.

134. En résumé, le statut d'indépendance de l'organisme, qu'il soit réglementaire, législatif ou constitutionnel, conditionne de façon radicale la portée de son pouvoir d'influence. Doter une institution d'un statut d'indépendance implique de prévoir des garanties tant sur le plan de la structure que sur le plan du droit qui lui est applicable. À défaut, cette indépendance n'est qu'un mot et l'organe en question une administration ordinaire. Sur ce point, le statut législatif leur assure, tant que possible, une certaine durée et éloigne le risque d'une indépendance simplement postulée vis-à-vis du gouvernement (§1). La constitutionnalisation du statut des autorités ou d'une AAI en particulier dans un État où la Constitution est la norme juridique la plus élevée apparaît, sur le principe, comme la garantie la plus efficace de pérennisation de leur action (§2).

§1 La répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire

135. L'un des principaux apports de la loi organique du 20 janvier 2017 sur les AAI et les API réside dans la consécration, dans son article 1^{er}, du caractère exclusif de la compétence du législateur pour créer ou supprimer une AAI ou une API⁶. Toutefois, l'absence de définition matérielle des entités appelées à constituer la catégorie relativise quelque peu l'intérêt et la portée de cette disposition ; comme en témoigne le principe d'une liste limitative en annexe de la loi⁷. En « s'en remettant à une liste, on livre l'aveu d'une impossibilité de poser une notion opératoire »⁸. Il n'est donc pas permis d'affirmer que la création d'une entité indépendante à l'égard du gouvernement relève de la compétence exclusive du législateur. Et ce, même si la cohérence juridique voudrait que ces instances ne soit pas établie par un texte de nature réglementaire⁹. Au regard des nombreuses règles auxquelles ces organismes dérogent et l'exteriorité nécessaire à leur action, l'enjeu consiste donc à étendre l'exclusivité de la

⁵ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, op. cit., p. 456.

⁶ La loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 1.

⁷ Article 1 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2.

⁸ A. ROUYERE, « Le statut : une mise en ordre pragmatique (Lois du 20 janvier 2017) », art. cit., p. 413.

⁹ Dans ce sens, la commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du Président de la République ne peut pas être considérée comme une AAI. Créée par une norme réglementaire (décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, *JORF* n° 58 du 9 mars 2001 page 3772, texte n° 11), la Commission n'est pas une institution dont l'activité est effectivement indépendante ni permanente.

compétence du Parlement à l'ensemble des entités administratives indépendantes vis-à-vis du gouvernement, et ce quelle que soit leur qualification au regard de la loi du 20 janvier 2017¹⁰. La question n'est donc pas réglée. Sans disposition précise sur ce point, le caractère exclusif de la compétence du législateur dépend, au-delà donc des AAI et API au sens de la loi du 20 janvier 2017, des missions qui sont confiées à ces entités ou des règles auxquelles leur création est susceptible de déroger. Cette question concerne principalement les instances qui n'exercent qu'une magistrature d'influence, c'est-à-dire ne disposant que d'attributions consultatives. En effet, ces attributions ressortent traditionnellement de la compétence réglementaire (A). Aucune disposition ne garantit que les instances indépendantes créées par le législateur ne fassent pas l'objet d'interventions extensives du pouvoir réglementaire (B).

A. La compétence réservée au législateur de création ou de suppression des AAI

136. L'adoption des lois du 20 janvier 2017 relatives aux AAI et API est le résultat d'une prise en compte partielle des recommandations faites en 2006 sur les AAI émises par l'office parlementaire d'évaluation de la législation¹¹. Ce dernier justifiait sa recommandation par la mise en application du principe selon lequel « seul le Parlement peut consentir des exceptions au principe de responsabilité du Gouvernement devant lui, par la mise en place d'autorités échappant au contrôle hiérarchique du pouvoir exécutif »¹². Partielle car, en dépit d'une définition matérielle des AAI et des API articulée autour de leur statut d'indépendance et de leurs fonctions, cette prise en compte ne permet pas d'affirmer que toute entité indépendante à l'égard du gouvernement créée par le législateur se verra appliquer les règles spécifiques du statut général et devra de ce fait intégrer la catégorie soit des AAI soit des API. Le principe posé à l'article 1^{er} revient uniquement à réserver au législateur la compétence de créer ou supprimer des instances qu'il nomme AAI ou API et auxquelles il associe des règles statutaires communes. En d'autres termes, si la compétence est réservée, la catégorie n'est pas exclusive. Rien n'empêche le législateur de créer des instances indépendantes à l'égard du gouvernement, disposant de compétences équivalentes à celles des AAI ou des API, qu'il soustrait néanmoins au statut général des lois du 20 janvier 2017 : une « catégorie hybride d'ex-AAI ou de quasi-AAI »¹³ en somme. À cet égard, l'article 24 inscrit au chapitre 1^{er} intitulé « Suppression de la qualité d'autorité administrative indépendante » de la loi du 20 janvier 2017 illustrent

¹⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, §. 1.1.17.

¹¹ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, 15 juin 2006, Assemblée nationale et Sénat, p. 62.

¹² *Ibid.*

¹³

parfaitement ce paradoxe ; en effet, si le législateur refuse la qualification d'AAI à la CNCDH ou Médiateur du cinéma par exemple, il renforce dans le même temps leur indépendance en les soustrayant à toute hiérarchie administrative¹⁴. L'absence de définition opératoire des AAI et des API rend possible cette situation institutionnelle paradoxale.

137. Mises à part les autorités mentionnées en annexe de la loi du 20 janvier 2017, la compétence du législateur pour créer une instance indépendante à l'égard du gouvernement n'est exclusive que si les missions confiées à cette instance indépendante relèvent du domaine législatif tel qu'il est défini à l'article 34 de la Constitution. Par exemple, dans sa décision du 26 juillet 1984, le Conseil constitutionnel a reconnu que l'instauration d'une autorité de régulation du secteur audiovisuel, puisque celle-ci revêt le caractère de « garantie fondamentale pour l'exercice des libertés publiques », relève par définition de la compétence législative¹⁵. Quelles que soient sa fonction ou ses attributions, la création d'une instance chargée de veiller au respect des libertés entre dans le domaine de l'article 34 de la Constitution en vertu duquel la loi « fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »¹⁶. Ainsi, la création d'une magistrature d'influence indépendante, qu'il s'agisse d'un organe consultatif ou d'un « médiateur », peut relever du domaine de la loi dès lors qu'elle met en cause des principes fondamentaux entrant dans ledit domaine. Il en va ainsi, par exemple, de la Commission nationale du débat public (CNDP), instituée par la loi du 2 février 1995¹⁷ et mise en place le 4 septembre 1997. Cette commission a pour mission d'organiser un débat public sur les projets des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics. Puisque sa création met en cause les « principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources » qui relèvent du domaine de la loi conformément à l'article 34 de la Constitution, son existence et sa composition ressortent de la compétence exclusive du

¹⁴ L'article 24, V, 2° loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API insère un article dans le code du cinéma et de l'image animée relatif au Médiateur du cinéma qui prévoit que celui-ci « prend ses décisions sans recevoir d'instruction d'aucune autorité » (L213-6-1 CCIA). L'article 24, III modifie l'article 1^{er} de la loi no 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme en complétant celui-ci par une phrase ainsi rédigée : « Elle ne reçoit ni ne sollicite d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale ».

¹⁵ Cons. const., décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, considérant 4 ; *RDP*, mars-avril 1986, n° 2, p. 395, § 36 et 68, L. FAVOREU.

¹⁶ Rapport n° 236 (2006-2007) de P. GÉLARD, au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi relatif à la commission nationale consultative des droits de l'homme, Sénat, 14 février 2007, p. 14.

¹⁷ Article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *JORF*, n° 29, 3 février 1995, p. 1840.

législateur¹⁸. La CNDP avait, en première lecture de la loi portant statut général devant le Sénat, perdu sa qualification d'AAI avant que celle-ci soit rétablie par l'Assemblée nationale¹⁹. Cette garantie ne réside pas nécessairement dans l'acte de création et d'organisation d'un organe indépendant, mais peut parfois consister dans l'obligation de consulter une commission particulière. Ainsi, pour préciser ce point, on peut citer la décision du 8 décembre 1992 dans laquelle le Conseil constitutionnel a considéré que seule la disposition législative qui pose le caractère obligatoire de la consultation de la Commission des clauses abusives (CCA) préalablement à l'intervention des décrets en Conseil d'État susceptibles d'interdire, de limiter ou de réglementer certaines clauses dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, constitue une garantie essentielle qui relève du domaine de la loi ; et non, les dispositions relatives à la composition de la CCA et à ses modalités de saisine qui de ce fait relève du pouvoir réglementaire²⁰.

138. Ensuite, la création d'une instance indépendante ne relève de la compétence exclusive du législateur qu'à la condition que celle-ci soit dotée de compétences que seul le législateur peut conférer. Par exemple, s'il est fait le choix d'attribuer un pouvoir réglementaire à une autorité, celui-ci ne peut être conféré que par une loi, dans la mesure où une telle délégation porte atteinte à la compétence du Premier Ministre de diriger l'action du gouvernement. En outre, si l'autorité doit être dotée d'un pouvoir de sanction, le principe de la légalité des délits et des peines, basé tout à la fois sur l'article 8 de la DDHC et sur l'article 34 de la Constitution, implique que seul le législateur peut prévoir et organiser un tel pouvoir. Il le fait en visant les sanctions encourues, mais aussi nécessairement les mesures destinées à préserver les droits et libertés constitutionnellement garantis dont les personnes doivent pouvoir prétendre à l'encontre de l'autorité. Par conséquent, en ce qui concerne les commissions consultatives, elles n'entrent dans le domaine de compétence du législateur que si celle-ci dispose d'attributions

¹⁸ Cons. const., décision n° 99-184 L du 18 mars 1999 sur la nature juridique des dispositions du huitième alinéa de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (Commission nationale du débat public) – Réglementaire, considérant 2 ; *AJDA*, 1999, p. 496, J.-E. SCHOETTL ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, n° XV-1999, p. 592 et 610, M. FATIN-ROUGE STEFANINI.

¹⁹ Proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, modifiée par l'Assemblée nationale en première lecture, 28 avril 2016, Texte adopté n° 726 « Petite loi », p. 41.

²⁰ Cons. const., décision n° 92-170 L du 08 décembre 1992 sur la nature juridique de dispositions des articles 36 et 37 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services – Réglementaire, considérant 3.

spécifiques telles qu'un pouvoir d'avis conforme²¹ ou du pouvoir d'infirmer des décisions provisoires prises par l'autorité administrative²². Par conséquent, les attributions d'une magistrature d'influence, en ce qu'elles ne créent aucune obligation ni ne limitent aucun pouvoir, n'entrent pas par principe dans le domaine de la loi.

139. En dehors de ces hypothèses, c'est le pouvoir réglementaire qui est en théorie compétent pour créer une commission administrative dépourvue de compétences décisionnelles spécifiques. En ce qui concerne les autorités administratives indépendantes, avant l'entrée en vigueur des lois du 20 janvier 2017, cette compétence demeurait théorique si l'on s'en tient au constat selon lequel toutes les instances qualifiées comme telles avaient fait l'objet d'une création par la loi²³. Notons, qu'en matière de création d'une autorité, l'exécutif peut agir directement par voie d'ordonnances. Comme le rappelle Marie-Anne FRISON-ROCHE, c'est par une ordonnance du 8 septembre 2005²⁴ que le pouvoir exécutif a conféré la qualité d'autorité administrative indépendante au Haut conseil du commissariat aux comptes²⁵. Toutefois, il est « difficile de considérer que cet acte de qualification équivaut à un acte de création, mais enfin c'est bien ainsi que ce conseil est advenu Autorité administrative indépendante »²⁶ ; et ce bien avant de figurer dans la liste des AAI et des API annexé à la loi du 20 janvier 2017 portant statut général.

140. De façon générale, la consécration d'une compétence exclusive du législateur, même pour les instances indépendantes n'exerçant à titre principal qu'une magistrature d'influence, a vocation à prémunir ces commissions du risque de suppression ou de la révocation de ses membres par une simple disposition réglementaire. Dès lors, même si le domaine de la loi n'est pas dans l'absolu réservé sur ce point, la création d'un organisme « indépendant » à l'égard du gouvernement créé par une disposition réglementaire devrait par principe être discrédité. C'est d'abord l'adjectif « indépendant » qu'il conviendrait de remettre en question, avant de constater que celui d'« autorité » à propos d'une magistrature d'influence ne prend son sens qu'au regard d'un certain degré d'exteriorité. Cette condition a été très tôt mise en avant dans la

²¹ Cons. const., décision n° 82-124 L du 23 juin 1982 sur la nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution.

²² Cons. const., décision n° 76-88 L du 3 mars 1976 sur la nature juridique des dispositions de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière (composition des commissions régionales d'hospitalisation).

²³ Rapport n° 126 de J. MÉZARD, au nom de la CE Autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 67.

²⁴ Article 8 de l'ordonnance n° 2005-1126 du 8 septembre 2005 relative au commissariat aux comptes, *JORF*, n° 210, 9 septembre 2005, p. 14638, texte n° 12.

²⁵ Art. L821-1 du Code de commerce.

²⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, §. 1.1.9.

caractérisation de ce type d'instances et a abouti notamment à la formulation de préconisations visant à réserver la compétence au législateur²⁷. Cela peut aller jusqu'à inscrire dans la Constitution, ou dans une loi organique complétant l'article 34 de la Constitution, la compétence exclusive du législateur pour fixer les règles concernant la création et l'organisation d'une autorité indépendante à l'égard du gouvernement. Cette réserve générale de compétence devrait donc en principe exclure la possibilité d'user du pouvoir réglementaire pour créer ou modifier la composition et l'organisation d'un organisme indépendant, et ce même si l'instance ne dispose d'aucune autre compétence que celle d'émettre des avis ou des recommandations. On peut citer ici la situation des institutions de la médiation publique. Tiré du latin *mediare* qui signifie « être au milieu de », la médiation se distingue des autres modes de résolution amiable des différends, telle que la conciliation notamment, en ce qu'elle exige l'intervention d'un tiers « extérieur » aux parties. Cette condition d'extériorité, appliqué au secteur public précisément, impose que les autorités institutionnelles établies soient indépendantes à l'égard des parties, le cas échéant du ministère ou de l'autorité publique concernée ; ce qui revient à neutraliser les liens hiérarchiques et de dépendance (matérielle et financière) qui la rattachent au pouvoir ou à l'institution qui l'a mandaté. Dans le cas contraire, l'autorité en question ne serait qu'une commission ministérielle ou administrative de traitement des plaintes. Or, dans ce domaine, le moins que l'on puisse dire, c'est que les statuts des médiateurs institutionnels sont d'« inégales importances »²⁸. Si le Médiateur de l'énergie est une AAI au sens de la loi du 20 janvier 2017, il en va différemment des autres médiateurs publics. Le Médiateur du cinéma et le Médiateur du livre, bien que leurs missions soient mentionnées dans une loi, voient leur composition ainsi que leurs modalités d'organisation prévus par de simples décrets²⁹. Les médiateurs ministériels font l'objet d'un simple décret. Par exemple, le médiateur de l'éducation nationale, s'il est

²⁷ En ce qui concerne les instances indépendantes de protection des droits de l'homme, les « Principes de Paris » (Principes définis par la résolution A/RES/48/134 de l'Assemblée générale des Nations unies du 20 décembre 1993, annexe) invitent notamment à créer de telles instances sans prévoir l'attribution d'un pouvoir de décision, mais préconisent néanmoins pour que le mandat soit « clairement énoncé dans un texte constitutionnel ou législatif, déterminant sa composition et son champ de compétence » (Résolution A/RES/48/134, précitée, annexe, article 2). Le statut juridique de ces institutions doit ainsi leur assurer une pérennité effective ainsi qu'une réelle capacité d'influence dont dépend largement leur crédibilité (Emmanuel DECAUX, « Le dixième anniversaire des principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme dits "principes de Paris" », *Droit fondamentaux*, janvier 2003, n° 3, p. 21).

²⁸ S. MONNIER, « Le médiateur, nouvelle figure du droit public », *RFDA* 2015, p. 1177.

²⁹ Respectivement : décret n° 83-86 du 9 février 1983 portant application des dispositions de l'article 92 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif au médiateur du cinéma, *JORF*, 11 février 1983, p. 524 (codifié aux articles L213-1 à L213-8 du Code du cinéma et de l'image animée) ; décret n° 2014-936 du 19 août 2014 relatif au médiateur du livre, *JORF*, n° 0193 du 22 août 2014, p. 13962, texte n° 34.

présenté comme totalement indépendant³⁰, a été institué par un décret qui ne prévoit aucune garantie d'indépendance³¹.

B. La compétence du pouvoir réglementaire dans l'organisation et le fonctionnement des AAI

141. Si la création d'une instance indépendante ressort pour l'essentiel au pouvoir législatif, aucune règle ou principe n'impose au législateur de prévoir les détails de l'organisation et du fonctionnement des AAI. La loi organique du 20 janvier 2017 prévoit néanmoins, dans son article 1^{er} al. 2, que le législateur « fixe les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement » des AAI et des API. Dans ce domaine, le pouvoir réglementaire intervient de façon plus ou moins étendue pour préciser les modalités d'application de la loi créant une autorité indépendante. La question qui se pose est dès lors celle de savoir ce qui, hormis la création, la composition et les principes fondamentaux d'organisation, relève de la compétence du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire ; et dans quelle mesure l'étendue de la compétence du pouvoir réglementaire est susceptible de remettre en question l'indépendance statutaire des autorités indépendantes. Par exemple, institué en 1982³², le Médiateur du cinéma était considéré comme une autorité administrative indépendante jusqu'à la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, notamment par l'étude du Conseil d'État de 2001 ; et ce en raison de l'indépendance de ses membres³³ et de son pouvoir d'émettre des injonctions³⁴. Or, le statut du Médiateur n'offre qu'une garantie limitée quant à la stabilité de l'institution. En effet, les dispositions législatives – codifiées aux articles L.213-1 à 8 du Code du cinéma et de l'image animée – détaillent uniquement sa mission et les modalités de son intervention. Les dispositions relatives à sa composition et son mandat sont renvoyées à un décret en Conseil d'État, après

³⁰ Présentation du Médiateur sur le site Ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse (education.gouv.fr/cid3998/faire-appel-au-mediateur.html, consulté le 16 mars 2016).

³¹ Décret n° 98-1082 du 1^{er} décembre 1998 instituant des médiateurs à l'éducation nationale, *JORF*, n° 279, 2 décembre 1998, p. 18163.

³² Créé par l'article 92 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle modifié et codifié aux articles L213-1 et L213-2 du Code du cinéma et de l'image animée créés par l'ordonnance n° 2009-901 du 24 juillet 2009, *JORF*, n° 0170, 25 juillet 2009, p. 12443, texte n° 39.

³³ L'indépendance du médiateur du cinéma, si elle ne fait pas l'objet d'une consécration explicite accompagnée de garanties, ne pose pourtant pas de difficultés. Dans sa décision n° 2014-423 QPC du Conseil constitutionnel relative aux membres de la Cour de discipline budgétaire et financière, le Conseil a jugé que les membres provenant du Conseil d'État et de la Cour des comptes, « bénéficient des garanties d'impartialité et d'indépendance attachées à leur statut respectif » (Cons. const., décision n° 2014-423 QPC, 24 octobre 2014, *M. Stéphane R. et autres* [Cour de discipline budgétaire et financière], consid. 10 ; *RFDA*, 2014, p. 1218, A. ROBLOT-TROIZIER ; *JCP, Administrations et collectivités territoriales*, 2015, n° 16, p. 21, O. LE BOT). Cette solution est transposable au Médiateur du cinéma. Son indépendance réside dans la qualité de ses titulaires qui sont choisis parmi les membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes (art. R.213-1 du code du cinéma).

³⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 303.

avis de l’Autorité de la concurrence³⁵. Il faut ainsi se reporter à l’article 1^{er} du décret du 9 février 1983 précisant les modalités d’application de cette loi³⁶ – codifié à l’article R213-1 du Code du cinéma – pour consulter les règles liées à sa nomination, sa composition et la durée de son mandat. La loi ne fait, en effet, aucune mention de son indépendance vis-à-vis de l’autorité politique³⁷ ni n’en prévoit les modalités de fonctionnement et les principes de composition.

142. Malgré la création d’une autorité indépendante par le pouvoir législatif, il reste que les principales dispositions relatives à la composition, l’organisation et l’action d’une AAI n’exerçant à titre principal qu’une magistrature d’influence ressortent de la compétence du pouvoir réglementaire. En effet, en pratique, l’établissement des règles garantissant l’indépendance des autorités n’est pas « toujours perçu comme exclusive »³⁸. Or, cette lecture des compétences présente le risque de fragiliser l’indépendance de ces organismes. Pour garantir une indépendance effective à l’égard du gouvernement, le législateur doit être compétent pour fixer les règles concernant non seulement la composition, mais aussi l’organisation de ces instances. Or, l’établissement d’une procédure de consultation facultative ou obligatoire au profit de l’administration dans l’exercice de l’une de ses compétences décisionnelles relève, en théorie, de la procédure administrative non contentieuse et donc, à ce titre, ressort du domaine du pouvoir réglementaire conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution. Le principe de répartition des compétences en matière de création de tels organismes accorde, sous réserve des développements précédents, la compétence au pouvoir réglementaire. Par conséquent, si le législateur crée un organisme consultatif, ce dernier pourra tout de même faire l’objet d’une modification voire d’une suppression par le pouvoir réglementaire dans l’hypothèse où le Conseil constitutionnel confirme la nature réglementaire des dispositions en question *via* la procédure de délégalisation consacrée à l’article 37 al. 2 de la Constitution. Partant, dans le cas d’attributions consultatives ou de la mise en place d’une étape consultative dans un processus de décision, le Conseil constitutionnel fera une application du principe selon lequel si une commission intervient à titre purement consultatif, sa

³⁵ Article L213-8 du Code du cinéma et de l’image animée.

³⁶ Article 1 du décret n° 83-86 du 9 février 1983 portant application des dispositions de l’article 92 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif au médiateur du cinéma, *JORF*, 11 février 1983, p. 524.

³⁷ Par la loi du 20 janvier 2017, le législateur a créé un nouvel article L213-6-1 dans le Code du cinéma qui prévoit que le Médiateur « intervient au règlement des litiges et prend ses décisions sans recevoir d’instruction d’aucune autorité ». Toutefois, il lui refuse néanmoins l’étiquette d’AAI : le médiateur ne figure pas dans la liste exhaustive des 26 AAI et API en annexe de la loi (Article 24, V, 2° de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2).

³⁸ Rapport d’information n° 616 (2013-2014) de P. GÉLARD, au nom de la Commission des lois, sur les autorités administratives indépendantes, « 2006-2014 : un bilan », Sénat, 11 juin 2014, p. 15.

composition relève par principe du domaine réglementaire³⁹. En effet, une commission qui dispose seulement d'attributions consultatives qui ne lient pas l'autorité administrative n'a pas, en principe, pour effet de mettre en cause l'un des principes fondamentaux ou l'une des règles que l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi⁴⁰.

143. Par exemple, en ce qui concerne la détermination de l'autorité compétente pour fixer la composition de la Commission nationale du débat public (CNDP), le Conseil constitutionnel a fait application, bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 janvier 2017, de cette jurisprudence⁴¹. En l'occurrence, les pouvoirs de la CNDP se réduisent à l'exercice d'une magistrature d'influence. À l'issue du débat public organisé pour chaque projet par une commission particulière, le président de la Commission dresse un bilan de ce débat et en publie le compte-rendu qui est mis à la disposition du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête. Dès lors, le Conseil constitutionnel a estimé que la composition de la Commission ne mettait pas en cause des principes qui relèveraient du domaine de la loi⁴². Il ressort de cette décision que même s'il incombe au législateur de créer la commission, de prévoir l'obligation de sa consultation ou de fixer les principes généraux relatifs à sa composition, le pouvoir réglementaire n'en conserve pas moins une compétence étendue pour énumérer ses membres, préciser les modalités concrètes d'organisation et de fonctionnement, ainsi que les règles de procédure à observer⁴³. La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir si le Conseil constitutionnel aurait adopté une décision équivalente si au moment où il s'est prononcé, la CNDP avait été qualifiée expressément d'AAI par la loi. En effet, depuis la loi Démocratie de proximité du 27 février 2002, la Commission est explicitement une autorité administrative

³⁹ Cons. const., décision n° 2013-241 L du 05 novembre 2013 sur la nature juridique de dispositions relatives à des conseils consultatifs.

⁴⁰ Cons. const., décision n° 2003-194 L, 22 mai 2003 sur la nature juridique de dispositions relatives à la composition des commissions administratives de reclassement des fonctionnaires ayant servi en Afrique du Nord ; *AJDA*, 2003, p.1268, J.-E. SCHOETTLE ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2003, n° XIX-2003, p. 715, C. SEVERINO.

⁴¹ Cons. Const., décision n° 99.184 L, 18 mars 1999 sur la nature juridique des dispositions du huitième alinéa de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (Commission nationale du débat public) ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1999, n° XV-1999, p. 592 et p.610, S. M. FATIN-ROUGE ; *AJDA*, 1999, p. 496, J.-E. SCHOETTLE.

⁴² En l'occurrence, il était question des dispositions du huitième alinéa de l'article 2 de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement qui impose qu'une commission particulière constituée par la CNDP pour un projet soit « présidée par un de ses membres ». Le Conseil a estimé que ces dispositions étaient de nature réglementaire (Cons. Const., décision n° 99.184 L, *précitée*, considérant 4).

⁴³ Cette solution avait déjà connu un précédent avec la Commission des clauses abusives (CCA). Dans sa décision du 8 décembre 1992 (Décision n° 92-170 L du 8 décembre 1992), le Conseil avait eu l'occasion de juger que les dispositions relatives à la composition de la CCA n'étaient pas de nature législative.

indépendante⁴⁴ et, surtout, la Commission figure désormais parmi les 26 instances mentionnées en annexe de la loi du 20 janvier 2017, et dont la composition, conformément à l'article 1^{er} de la loi organique du même jour, relève désormais de la compétence réservée du législateur. Or, depuis ces modifications, aucune décision du Conseil constitutionnel ne mentionne de procédure de déclassification d'une commission expressément qualifiée d'AAI par le législateur. La décision serait sans aucun doute différente. Toutefois, concernant les instances indépendantes, non mentionnées en annexe de la loi du 20 janvier 2017, rien ne permet d'affirmer que le Conseil constitutionnel, dans cette situation, adopterait une conception de la répartition des compétences entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif tenant compte de la nécessité de garantir l'indépendance de ces instances. Si le principe de l'indépendance d'une autorité administrative est conforme à la Constitution, l'existence d'instances indépendantes ne répond à aucune exigence constitutionnelle. Dès lors, il est loisible au législateur d'opérer des modifications de tout ordre quant à leurs garanties d'indépendance voire même de les supprimer purement et simplement. De même, la remise en question de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire ne vaut que pour les AAI et API mentionnées en annexe de la loi du 20 janvier 2017, pas pour les autres instances indépendantes (CNCDDH, Médiateurs, etc.). En résumé, seule une modification de la Constitution inscrivant une dérogation à la répartition actuelle des compétences entre législatif et réglementaire, tenant compte notamment de l'institutionnalisation de la magistrature d'influence de certains organismes consultatifs, pourrait constituer une garantie efficace contre les intrusions de l'exécutif dans la composition, le fonctionnement des autorités indépendantes⁴⁵.

§2 L'apport relatif de la constitutionnalisation de l'indépendance des autorités

144. Si le pouvoir exécutif ne peut, dans la majorité des cas, pas modifier le statut des AAI, le législateur, quant à lui, ne rencontre aucune contrainte l'empêchant de modifier le statut voire de remettre en question l'existence de ces institutions. De plus, on ne peut s'interroger sur ce sujet sans tenir compte du fait qu'en régime de gouvernement majoritaire, l'absence de constitutionnalisation revient à « laisser à l'entière discrétion du législateur et du gouvernement, l'existence et l'indépendance des AAI », plaçant ainsi les AAI « en situation de dépendance

⁴⁴ La CNDP a été qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'article 134 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité et codifié à l'article L121-1 du code de l'environnement.

⁴⁵ Pour un exemple de proposition en ce sens : A. MONTEBOURG et B. FRANÇOIS, *La Constitution de la VIe République. Réconcilier les Français avec la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2005, p. 116.

organique à l'égard de l'ensemble du pouvoir politique et du Gouvernement en particulier »⁴⁶. On comprend dès lors l'affirmation selon laquelle la consécration législative de l'indépendance d'une autorité ne constitue qu'une « garantie précaire »⁴⁷. Au contraire des magistrats et des universitaires, les autorités indépendantes demeurent en définitive dépendantes du pouvoir politique ordinaire, ce qui constitue, pour reprendre la formule de Michel GENTOT, une « fragilité congénitale »⁴⁸.

145. Nonobstant l'intérêt de soustraire l'existence et l'indépendance des autorités aux fluctuations des alternatives politiques, des résistances, parfois mêmes des obstacles juridiques, s'érigent face à leur constitutionnalisation (A). À cet égard, l'exemple du Défenseur des droits – première autorité constitutionnelle indépendante – a mis en lumière la différence qui existe entre la pérennisation d'une institution, d'une part, et le renforcement de son indépendance, d'autre part (B).

A. Les résistances à la constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes

146. Bien que le juge constitutionnel ait participé dans sa jurisprudence à la reconnaissance⁴⁹ et à l'encadrement⁵⁰ de l'action des AAI, il n'est pas allé jusqu'à consacrer la valeur constitutionnelle du principe d'indépendance de ces institutions. Dans sa décision du 18 septembre 1986 relative à la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), le Conseil a néanmoins posé une limite au pouvoir du législateur quant à la modification ou la suppression de mécanismes de protection des droits et libertés. Ce dernier ne peut, en effet, supprimer ou remplacer une autorité administrative indépendante qu'à la condition que cela n'aboutisse pas « à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »⁵¹. Le Conseil constitutionnel limite son contrôle des éventuelles modifications législatives à celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁵². Certains ont vu dans cette décision

⁴⁶ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, *op. cit.*, p. 453.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 450.

⁴⁸ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁹ Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel confirment que les AAI ne sont pas contraires à la Constitution : Cons. const., décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, La loi relative à la liberté de communication, considérant 22 ; Cons. const., décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, La loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, considérant 18.

⁵⁰ L'encadrement du pouvoir réglementaire des AAI : Cons. const., décision n° 88-248 DC du 1988 sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 16 (à propos du CSA) ; Cons. const., décision n° 2004-497 DC du 01 juillet 2004 sur la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, considérant 6-8 (à propos de l'ART, devenue ARCEP).

⁵¹ Cons. const., décision n° 86-217 DC, *précitée*, considérant 4 et 5.

⁵² Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, p. 153-259.

une constitutionnalisation implicite de l'institution dès lors que le degré de protection assuré à une liberté publique par la présence de l'autorité qui s'y consacre n'aurait pas d'équivalent en son absence⁵³. Toutefois, la garantie ici consacrée ne concerne pas l'existence ou l'indépendance d'une autorité administrative indépendante, mais uniquement la protection de la liberté publique que le législateur doit mettre en oeuvre. Il demeure « loisible »⁵⁴ au législateur de mettre en place ou de supprimer une autorité administrative indépendante dès lors que le dispositif qu'il lui substitue est jugé au moins équivalent dans ses effets.

147. En dépit de cet état du droit, il est permis de penser que les garanties législatives relatives au statut d'indépendance des autorités ne doivent être considérées comme sérieuses dans un ordre juridique dans lequel la norme constitutionnelle est la norme juridique la plus élevée, que dans la mesure où elles sont l'application d'une exigence constitutionnelle spécifique limitant ainsi l'action du pouvoir législatif dans ce domaine. La volonté de tenir à distance les pouvoirs politiques constitués nécessite d'inscrire les AAI, ou du moins leur indépendance, dans la norme la plus élevée de l'ordre juridique en tant que la Constitution est le texte qui institue les différents organes qui composent l'État. Si, comme le rappelle Aude ROUYÈRE ou Nino LONGOBARDI⁵⁵, l'indépendance d'une institution tient davantage à son régime juridique qu'à la nature du texte qui en reconnaît l'existence⁵⁶, la constitutionnalisation conserve néanmoins un intérêt en ce qu'elle inscrit l'organisme concerné dans un processus d'institutionnalisation qui passe par la pérennisation de son action⁵⁷.

148. Paradoxalement, les réticences à inscrire les AAI ou une AAI dans la norme constitutionnelle perdurent⁵⁸. Elles trouvent plusieurs justifications dont aucune ne s'avère, sur

⁵³ J. CHEVALLIER, « Constitution et communication », *D*, 1991, chron., p. 247.

⁵⁴ Cons. const., décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 27.

⁵⁵ N. LONGOBARDI considère que « l'équilibre constitutionnel des pouvoirs n'explique [...] pas à lui seul l'indépendance (relative mais effective) d'un grand nombre de figures subjectives publiques ; l'explication doit en être recherchée surtout dans la conception des fonctions et dans leur mode d'exercice » (N. LONGOBARDI, « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'Administration publique », *RFDA*, 1^{er} février 1995, n° 1, p. 175).

⁵⁶ A. ROUYÈRE, « Faut-il faire figurer les AAI dans la Constitution ? », *Les Petites Affiches*, 4 mai 1992, n° 55, p. 59 ; A. ROUYÈRE, « La constitutionnalisation des AAI : Quelle signification ? », *RFDA*, octobre 2010, p. 886.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 886. L'impact sur leur légitimité ne s'avère pas déterminant. Pour des points de vue contraires : Pierre (de) MONTALIVET, « Constitutions et autorités de régulation », *Revue du droit public*, 2014, n° 2, p. 323 ; Dimitri LÖHRER, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Pau, Pau, 2013, p. 278.

⁵⁸ Si le statut législatif de 2017 n'exclut pas la possibilité de constitutionnaliser certaines AAI ou API, il traduit néanmoins le choix du législateur de garder la main sur un phénomène législatif « qui leur avait en partie échappé ». Comme le remarque Aude ROUYÈRE, la « question d'une constitutionnalisation des AAI et API est de la sorte réglée, du moins en ce que le choix est fait de ne pas conférer au procédé institutionnel un statut

le plan juridique, insurmontable. La proposition de constitutionnaliser une autorité a été évoquée pour la première fois à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). François MITTERRAND, dans *Lettre à tous les français*, considérait qu'il fallait « songer à pérenniser l'institution en l'intégrant dans la Constitution »⁵⁹. Cette proposition faisait suite au destin mouvementé des précédentes autorités de régulation du secteur audiovisuel. En effet, créé par la loi du 17 janvier 1989, le CSA a succédé à la Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA), instituée en 1982, et à la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), mise en place en 1986. Le remplacement de la HACA par le CNCL se justifiait notamment car son indépendance était parue sujette à caution aux yeux de l'opposition lors de sa création⁶⁰. C'est pour ces raisons également que Georges VEDEL, président du comité de révision de la Constitution en 1993, préconisait la constitutionnalisation du CSA. Toutefois, il présentait cette proposition comme une « exception à son refus de constitutionnaliser les autorités indépendantes »⁶¹. Plutôt que de renforcer directement l'indépendance de l'institution dans son fonctionnement, ses propositions consistaient davantage à la protéger du risque de suppression ou de substitution lié à des considérations politiques.

149. De façon générale, de nombreux auteurs, sur la base de leur conception de la catégorie des AAI, ont justifié d'une manière plus ou moins convaincante le caractère inopportun de leur constitutionnalisation. Ainsi, Herbert MAISL considérait, en 1988, que les AAI, en tant qu'elles sont, selon lui, des administrations de mission, doivent disparaître une fois leur mission accomplie⁶². Or, cette analyse se heurte à la nature de leurs missions. On ne peut considérer que la protection des libertés publiques ou économiques soit une activité provisoire. D'ailleurs, à l'exception de fusions d'autorités ou de substitutions, aucune autorité n'a été supprimée à ce jour. Ensuite, l'un des arguments s'opposant à la constitutionnalisation trouve son fondement dans « la crainte de figer un modèle imparfait »⁶³. La possibilité d'une réintégration de leurs missions dans l'administration traditionnelle ou d'une reprise des compétences par les

constitutionnel » (A. ROUYERE, « Le statut : une mise en ordre pragmatique (Lois du 20 janvier 2017) », *RFDA*, p. 413).

⁵⁹ François MITTERRAND, « Lettre à tous les Français », 7 avril 1988 (vie-publique.fr/documents-vp/mitterrand07041988.shtml, consulté le 16 septembre 2014).

⁶⁰ Y. CANNAC, *Le juste pouvoir. Essai sur les deux chemins de la démocratie*, Paris, éd. Jean-Claude Lattès, 1983, p. 21 et s.

⁶¹ Rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, *JORF*, 15 février 1993, p. 2542, § 10.

⁶² H. MAISL, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », art cit, p. 99.

⁶³ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, op. cit., p. 458.

juridictions est un sujet régulièrement débattu au Parlement⁶⁴ ou dans la littérature juridique contemporaine⁶⁵. En effet, l'évolution des structures, des compétences ou des missions conduit à douter de l'intérêt de consacrer une catégorie qui est amenée à disparaître par fragmentation. Une solution a été avancée permettant de ne pas intégrer toutes les autorités dans la Constitution, mais plutôt de protéger leur indépendance. La constitutionnalisation de l'indépendance, et non d'une AAI en particulier, a été présentée comme une solution permettant de « conférer aux AAI les moyens d'une indépendance mieux garantie sans bloquer toute perspective d'évolution »⁶⁶. Ce mode de constitutionnalisation consisterait à adopter une loi organique relative à l'indépendance des AAI. Dans ce cas, le législateur ordinaire demeurerait compétent pour déterminer la physionomie et les compétences des organes. Il s'agit donc de consacrer uniquement les fondements de la catégorie : l'indépendance d'action et d'esprit.

150. Un autre argument consiste à rappeler que les AAI présentent des caractéristiques qui sont contraires à certaines dispositions de la Constitution, et ce malgré l'intervention du juge constitutionnel pour en minimiser la portée. Ainsi leur soustraction au principe de subordination de l'Administration contredit l'article 20 de la Constitution et l'octroi à certaines de ces AAI d'un pouvoir réglementaire se révèle contraire à l'article 21 qui confie exclusivement ce pouvoir au Premier ministre et ne l'autorise à le déléguer qu'aux seuls ministres. Par conséquent, la réserve exigée par le Conseil consistant à encadrer strictement les pouvoirs de réglementation et de sanction confiés par pragmatisme à certaines autorités « trahit l'inconfort que causerait leur inscription dans la Constitution »⁶⁷. Sans doute, cette raison explique, en partie, que seul le Défenseur des droits – une magistrature d'influence à titre principal – ait pu faire l'objet d'une constitutionnalisation. En effet, inscrire des AAI dans la Constitution impliquerait une reformulation des articles 20 et 21 de la Constitution.

151. Enfin, certains voient dans les causes de leur apparition, à savoir la remise en cause de la légitimité et de l'efficacité des modes d'action traditionnels de l'État, une explication des réticences du législateur. Régulièrement, des parlementaires expriment leur défiance à l'égard

⁶⁴ Rapport n° 126 (2015-2016) de M. Jacques MÉZARD, au nom de la CE Autorités administratives indépendantes, *op. cit.*

⁶⁵ S. TRAORÉ, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *Droit Administratif*, août 2004, n° 8, étude 16 ; J.-P. FELDMAN, « Les « autorités administratives indépendantes » sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *art cit.*

⁶⁶ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, *op. cit.*, p. 461.

⁶⁷ M. HERVIEU, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *LPA*, 6 juillet 2010, n° 133, p. 12.

des AAI⁶⁸. Selon eux, chaque délégation de pouvoir au profit d'une autorité indépendante participe à jeter le discrédit sur les structures administratives classiques, jugées inaptées à saisir la réalité du terrain, ou sur les juges, qui seraient dépassés par la technicité de certains secteurs. Suivant cette idée, « constitutionnaliser le modèle des AAI reviendrait donc à reconnaître au plus haut niveau les lacunes de l'action de l'État »⁶⁹. L'argument des « lacunes de l'action de l'État » comporte un biais. Les AAI sont des autorités étatiques et partant constituent une forme singulière d'intervention de l'État qui participe à renforcer *in fine* la légitimité de l'État lui-même⁷⁰. Comme le rappelle très justement Didier TRUCHET, « les AAI sont encore l'État, sous une autre forme, qui échappe au pouvoir politique »⁷¹. Or, les réticences à la constitutionnalisation résident précisément dans la crainte d'une dépossession des autorités politiques de certains sujets et d'une perte de contrôle sur ces autorités. En résumé, les arguments portent moins sur des obstacles constitutionnels que sur un manque d'opportunité politique⁷².

152. Néanmoins, les AAI ont pour la plupart une tâche de contrôle, de surveillance qui participe à garantir une ou plusieurs libertés, qu'il s'agisse des libertés économiques, sociales et politiques, qui trouvent toutes une consécration dans la norme constitutionnelle. Un souci de cohérence juridique voudrait que la valeur juridique de la norme consacrant l'indépendance corresponde à la finalité de cette indépendance⁷³. La consécration en 2008⁷⁴ du Défenseur des droits à l'article 71-1 de la norme constitutionnelle fait de cette institution la première autorité administrative indépendante à figurer dans la Constitution. Pour autant, rien n'indique que le constituant ait l'intention de lancer un mouvement de constitutionnalisation des AAI. Si tel avait été le cas, sans doute aurait-il suivi la proposition du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve d'y faire entrer le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et la Commission des sondages sous la figure d'un « Conseil

⁶⁸ On trouve parfois dans les rapports parlementaires des manifestations de cette méfiance. Par exemple : Rapport d'information n° 2925 (2010-2011) de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁹ M. HERVIEU, « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », art cit.

⁷⁰ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, France, LGDJ, 1998, p. 170.

⁷¹ D. TRUCHET, « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? » dans *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1043.

⁷² J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Revue administrative*, 1988, p. 333-338.

⁷³ J.-L. AUTIN, « Le statut du Défenseur des droits », *RFAP*, 1 décembre 2011, n° 139, n° 3, p. 425.

⁷⁴ Article 41 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, *JORF* n° 0171, 24 juillet 2008, p. 11890.

du pluralisme »⁷⁵. La constitutionnalisation du Défenseur des droits doit, au contraire, sa spécificité à son modèle d'inspiration – l'*Ombudsman* suédois ou le Défenseur du Peuple espagnol – plutôt qu'à son rattachement à la catégorie des AAI. En effet, de nombreux pays européens, à l'instar de l'Espagne⁷⁶ ou de la Pologne⁷⁷ ont donné à leur *Ombudsman* un statut constitutionnel.

153. La consécration de l'indépendance des AAI, en tant que catégorie ou d'une AAI en particulier, dans la Constitution doit apporter une plus-value. Dans le cas contraire, cette pérennisation n'apporte que peu de stabilité à l'autorité en question.

B. La neutralisation des effets de la constitutionnalisation du Défenseur des droits

154. Dans la théorie de l'institution développée par Maurice HAURIOU, l'institution est une expression formalisée d'une attente spécifique du corps social autour d'un projet commun qui appelle une structure durable et un droit applicable⁷⁸. Si l'on accorde une importance à la notion d'État de droit qui s'incarne dans le constitutionnalisme et qui se définit comme la théorie selon laquelle il existe au-dessus des gouvernants un droit supérieur à la loi, fixe et permanent, inscrit dans une constitution écrite qui sépare les pouvoirs et dont le respect est garanti par un mécanisme juridictionnel, alors l'inscription dans la norme la plus élevée participe d'un mouvement renforçant ces deux aspects de l'institution. Cette consécration se justifie notamment au regard des développements liés à l'État de droit et à l'importance désormais acquise des exigences constitutionnelles dans les démocraties libérales. Par contre, il convient de relativiser l'apport en termes de légitimité d'une consécration des AAI dans la Constitution. Ainsi, selon Pierre de MONTALIVET, la constitutionnalisation aurait pour effet de « renforcer leur légitimité » en ce que le constituant, en tant que pouvoir souverain, exerce une fonction de légitimation démocratique⁷⁹. Même si elles apparaissent comme de simples « contrespouvoirs fonctionnels » pour reprendre la formule de Marie-Christine ROQUES-BONNET, les AAI concernées deviendraient alors de véritables « contrespouvoirs organiques »⁸⁰. Ce point est

⁷⁵ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, op. cit., p. 127.

⁷⁶ Article 54 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978.

⁷⁷ Articles 208-212 de la Constitution polonaise du 2 avril 1997.

⁷⁸ Voir : M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social » dans *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté (1933)*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 89-128.

⁷⁹ P. (de) MONTALIVET, « Constitutions et ... », art cit, p. 327.

⁸⁰ M.-C. ROQUES-BONNET, *Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrespouvoirs ?*, Atelier n° 6, *Constitution, pouvoirs et contrespouvoirs*, VII^e Congrès français de droit constitutionnel, Congrès de Paris, 2008, p. 15.

moins évident. En réalité, la proposition qui consiste à constitutionnaliser l'existence d'une AAI, et non plus de leur statut général, garantit avant tout la durabilité de l'instance.

155. Toutefois, l'intérêt de la constitutionnalisation doit être relativisé au regard de la décision du Conseil constitutionnel portant sur la loi organique relative au Défenseur des droits⁸¹. Dans sa décision du 29 mars 2011, il a tranché la question concernant le Défenseur en se prononçant sur la signification de la qualification d'« autorité constitutionnelle indépendante » à l'article 2 de la loi. Il considère qu'« en érigeant le Défenseur des droits en “autorité constitutionnelle indépendante”, le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ». Faisant écho à un débat ancien sur la nature juridique du Médiateur de la République, le Conseil réaffirme un aspect controversé de la jurisprudence *Retail* du Conseil d'État⁸². En effet, il ne voit dans le Défenseur rien de plus qu'une autorité administrative dont, en l'espèce, l'existence est « constitutionnellement » garantie. Il neutralise ainsi les effets non désirés de la réforme constitutionnelle de 2008 et ceux liés à l'emploi dans la loi organique de la locution « autorité constitutionnelle indépendante »⁸³. Ne retenant qu'un placement du Défenseur hors de portée du pouvoir législatif, le Conseil constitutionnel réduit l'entreprise de constitutionnalisation de cette institution à un aspect relativement symbolique. Ce faisant, il met un coup d'arrêt à la volonté de quelques parlementaires d'organiser un régime commun à tous les organes constitutionnels indépendants non intégrés encore à la catégorie des « Pouvoirs publics »⁸⁴. Que cette interprétation neutralisante nous convainque ou pas, la qualification d'« autorité constitutionnelle indépendante » doit désormais s'entendre « comme de pure façade et n'emportant aucune conséquence »⁸⁵. Il ressort de cette décision que la reconnaissance d'une AAI en particulier dans la Constitution ne saurait déterminer sa nature

⁸¹ Cons. const., décision n° 2011-626 DC, 29 mars 2011, Loi organique relative au Défenseur des droits ; *AJDA*, 2011, n° 15, p. 817, B. DELAUNAY ; *JCP G*, 25 avril 2011, n° 17, p. 823, M. VERPEAUX ; *RFDA*, 2011, n° 3, p. 611, A. ROBLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; *RRJ*, 2014, n° 2014-1, p. 307, H. DAÏMALLAH ; *LPA*, 31 juillet 2012, n° 152, p. 20, A.-L. CASSARD-VALEMBOIS.

⁸² CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, Rec. Lebon, p. 303, *RDP*, 1981, p. 1441 concl. M. FRANC.

⁸³ À l'occasion de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes (1), le législateur organique, tenant compte de l'interprétation du Conseil et conformément à son objectif d'unification de la catégorie, a modifié l'article 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits en remplaçant le mot « constitutionnelle » par le mot « administrative ».

⁸⁴ Intervention de P. GELARD : compte-rendu de la commission des lois, S., 23 sept. 2009, audition de M. J.-L. NADAL (senat.fr/compte-rendu-commissions/20090921/lois.html#toc3, consulté le 14 mars 2014).

⁸⁵ B. DELAUNAY, « Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives », *AJDA*, 2011, p. 817.

constitutionnelle⁸⁶. En termes juridiques, cette solution relativise l'intérêt de consacrer l'indépendance d'une institution par son inscription dans la Constitution. Elle confirme ainsi l'idée selon laquelle la « constitutionnalisation n'est pas, en elle-même, gage d'indépendance, elle est en réalité seulement une garantie de la pérennité de l'institution »⁸⁷. Ceci rejoint les observations d'Aude ROUYÈRE, lorsqu'elle constate que « l'indépendance de l'autorité judiciaire, si elle existe, ne doit rien à sa consécration constitutionnelle ; tandis que celle de la juridiction administrative s'est affirmée en dépit du silence de la Constitution »⁸⁸. Pourtant, il convient de ne pas rejeter trop vite l'idée selon laquelle la pérennisation de l'institution est sans effet ni portée sur l'indépendance de l'institution, car, comme l'affirme Stéphane MANSON, « l'indépendance réelle ne peut faire l'économie de la durée : sans une garantie de pérennité qui permettra à l'agent de "se rôder" et de démontrer au quotidien son indépendance, les mécanismes juridiques risquent d'être réduits à l'état de pétitions de principe »⁸⁹.

156. Enfin, de façon accessoire, la démarche de constitutionnalisation conserve un intérêt en ce qui concerne l'établissement d'une magistrature d'influence, au-delà d'un possible renforcement de son autorité. En effet, les discussions sur l'inscription d'une autorité dans la norme la plus élevée se doublent nécessairement d'un débat sur la rationalisation de la catégorie des AAI. Si le Défenseur des droits est désormais une institution plus visible, cela résulte du regroupement des missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS). La multiplication des AAI, sans statut clairement déterminé, comporte, ainsi que le relèvait déjà Guy BRAIBANT, le danger d'alourdir le système de garantie des libertés et de banaliser à outrance le modèle des AAI⁹⁰. Or, l'inscription d'une autorité dans la Constitution implique des discussions sur le statut et les compétences, mais surtout sur les missions de l'institution. Si la magistrature d'influence repose principalement sur le soutien de l'opinion publique, cette dernière doit préalablement identifier et reconnaître la légitimité de l'AAI en question. Or, la prolifération des autorités va à l'encontre

⁸⁶ Dans le cas contraire, comme l'analyse Benoît DELAUNAY, cela reviendrait, par parallélisme, à considérer que les AAI présentent un caractère législatif et non administratif au motif que c'est la loi qui les a créées (B. DELAUNAY, art. cit., p. 817).

⁸⁷ C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art. cit., p. 153.

⁸⁸ A. ROUYÈRE, « Faut-il faire figurer les AAI dans la Constitution ? », *LPA*, 4 mai 1992, n° 54, p. 56 ; A. ROUYÈRE, « La constitutionnalisation des AAI : Quelle signification ? », *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 886.

⁸⁹ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, op. cit., p. 456.

⁹⁰ Cité par J. CHEVALLIER dans « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, n° 30, 6 août 1986, I 3254, paragraph. 25.

du besoin de visibilité d'une magistrature d'influence⁹¹. Comme le rappellent les rapporteurs de l'étude de 1983-84 sur les AAI, « on ne saurait multiplier la création des autorités administratives indépendantes sans qu'un effet de saturation se produise et qu'elles finissent par se nuire entre elles. Plus elles sont nombreuses, plus le soutien, qui leur est nécessaire, de l'opinion publique se disperse et se dilue. Que devient l'impact d'un rapport annuel s'il est noyé dans une longue série de rapports analogues dont la publication s'échelonne tout au long de l'année »⁹². Le processus de constitutionnalisation des AAI a au moins eu pour effet de susciter ce type de discussion. Toutefois, les projets de fusion ou d'absorption peuvent se heurter à l'institutionnalisation réussie d'une AAI, aussi petite soit-elle. En effet, lorsque cette dernière apparaît reconnue et acceptée par l'opinion publique, notamment *via* la figure de son titulaire, son intégration dans une autorité constitutionnelle apparaît moins opportune aux yeux du législateur⁹³. Par exemple, la question s'est posée de l'absorption du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) au sein du Défenseur des droits lors de la révision constitutionnelle de 2008. Le législateur a privilégié, au contraire, un renforcement du statut et des pouvoirs du CGLPL⁹⁴. Lorsque les autorités sont solidement implantées dans le système institutionnel, il n'apparaît guère opportun au législateur de procéder à de tels rapprochements.

Section 2. Les autonomies fonctionnelles nécessaires à l'exercice d'une magistrature d'influence

157. Évoquer l'indépendance d'action d'une institution implique de s'intéresser à plusieurs segments de pouvoirs qui manifestent son degré d'autonomie. On parle couramment d'autonomie pour évoquer en droit le pouvoir dont dispose une personne de faire quelque chose sans que cette dernière lui soit dictée. Dans le cadre de l'exercice d'une magistrature d'influence, les AAI doivent être libres d'élaborer et de maintenir des stratégies de pouvoir. Ces dernières recouvrent, pour reprendre les mots de Michel FOUCAULT, « l'ensemble des moyens mis en œuvre pour faire fonctionner ou pour maintenir un dispositif de pouvoir. On peut aussi parler de stratégie propre à des relations de pouvoir dans la mesure où celles-ci

⁹¹ M. MOLINER-DUBOST, « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté. JO 31 oct. 2007, p. 17891 », *AJDA*, 2008, n° 2, p. 88.

⁹² J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », art. cit., paragr. 25.

⁹³ Sauf évidemment si l'objectif est sa disparition ou sa neutralisation pour des motifs politiques.

⁹⁴ B. GONÇALVES, « Un rapport d'activité 2013 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté en forme de bilan du mandat de Jean-Marie DELARUE », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, 11 mars 2014 (revdh.revues.org/623, consulté 23 mars 2014).

constituent des modes d'action sur l'action »⁹⁵. Pour élaborer et maintenir une action, les AAI doivent disposer d'une capacité d'agir autonome. Toutefois, cette capacité peut varier d'une autorité à l'autre. Les pouvoirs attachés à l'autonomie des AAI ne dépendent pas seulement des choix du législateur français, mais trouvent leurs sources, pour certaines d'entre elles, dans des obligations européennes⁹⁶ ou internationales⁹⁷.

158. En l'occurrence, la capacité d'influence, outre la qualité et les garanties attachées aux membres de l'institution, dépend des ressources que l'institution sera en mesure de mobiliser : le pouvoir de décider ; le pouvoir de gérer ; le pouvoir de déterminer ses besoins. Tous ces segments correspondent à des types spécifiques d'autonomie. Les trois principales sont : l'autonomie décisionnelle (A) ; l'autonomie de gestion (B) ; et enfin, dans une moindre mesure, l'autonomie d'action (C).

§1 Les incertitudes de l'autonomie décisionnelle

159. Du point de vue de l'autonomie décisionnelle, les AAI ne sont pas objectivement des autorités dites « administratives ». L'originalité de la catégorie réside précisément dans le fait que les AAI sont placées hors de la hiérarchie administrative. Elles n'ont, dans le cadre de leur compétence, aucun ordre à recevoir ni sous la forme d'instruction ni sous celle de circulaire d'aucune sorte provenant d'un organe de l'État. Elles disposent donc de moyens divers dans un domaine précis qu'elles mettent en œuvre en toute indépendance suivant les termes et l'encadrement éventuel prévus par la loi qui les institue. Cette soustraction vaut aussi bien pour les autorités dotées d'un pouvoir décisionnel que pour les autorités exerçant principalement une magistrature d'influence.

160. Cette règle de non-interférence est généralement garantie par la loi instituant l'autorité. Toutefois, elle ne fait pas toujours l'objet d'un rappel dans les textes constitutifs des AAI⁹⁸. On peut lire à l'article 2 de la loi organique relative au Défenseur des droits que cette « autorité

⁹⁵ M. FOUCAULT, « Sujet et pouvoir (1982) » dans *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, p. 1060.

⁹⁶ 13 AAI sur les 42 sont expressément prévues par un texte européen (Rapport n° 126 (2015-2016) de M. Jacques MÉZARD, *op. cit.*, p. 17), parmi lesquels l'ARCEP, la CRE ou encore l'ex-HALDE.

⁹⁷ Ainsi, le statut d'autorité indépendante du CGLPL est conforme à l'article 18 du Protocole facultatif de la Convention des Nations Unies contre la torture qui préconise la mise en place d'une institution indépendante. De la même façon, la CNCDH répond aux exigences de la résolution de 1993 dite « Principes de Paris » en ce qui concerne son mode d'organisation (Rapport n° 126 (2015-2016) de M. Jacques MÉZARD, *op. cit.*, p. 18).

⁹⁸ Désormais, ce principe trouve une base textuelle applicable à l'ensemble des 18 AAI et 8 API mentionnées en annexe de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017. Ainsi, peut-on lire à l'article 9 al. 2 de ladite loi que « dans l'exercice de leurs attributions, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité » (*JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2).

constitutionnelle indépendante, ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction »⁹⁹ ou encore à l'article 21 de la loi établissant la CNIL que « dans l'exercice de leurs attributions, les membres de la commission ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité »¹⁰⁰. Si toutes les lois ne prévoient pas explicitement cette soustraction des membres des autorités à l'ordre administratif hiérarchisé, cette disposition n'en constitue pas moins l'indice déterminant emportant la qualification d'AAI. Au regard de son fondement constitutionnel à l'article 20 de la Constitution, le pouvoir hiérarchique ne nécessite pas de rappel pour s'appliquer. Au contraire, son exclusion au profit d'un organisme étatique tel qu'une AAI devrait faire l'objet d'une mention expresse dans le texte constitutif¹⁰¹. La loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API dispose désormais, dans son article 9 al. 2, que « dans l'exercice de leurs attributions, les membres des AAI et des API ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité ». Toutefois, sur ce point, Patrick WACHSMANN relève que la contradiction entre la position institutionnelle des AAI et l'article 20 de la Constitution semble, pour le moment, n'avoir jamais trouvé de résolution, le Conseil constitutionnel ayant évité d'apprécier précisément la portée de l'article 20 de la Constitution¹⁰². En l'état du droit positif, l'indépendance décisionnelle est une prérogative qui trouve une consécration constitutionnelle uniquement au profit de l'autorité judiciaire¹⁰³. Dès lors, il est permis d'en conclure que les dispositions légales interdisant d'interférer dans l'activité des AAI sont « constitutionnellement suspectes »¹⁰⁴. Sur un plan pratique, cette règle de non-interférence est susceptible de se heurter aux pratiques de collaboration ou au suivi de leur activité par la présence d'un commissaire du Gouvernement. En effet, si le principe d'indépendance des AAI n'exclut pas qu'un commissaire du Gouvernement soit présent auprès de certaines d'entre elles¹⁰⁵, afin principalement de permettre au pouvoir exécutif de faire valoir

⁹⁹ Article 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

¹⁰⁰ Article 21 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée (version consolidée au 30 mars 2016 ; dans la version initiale du texte : article 13 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée, *JORF*, 7 janvier 1978, p. 228).

¹⁰¹ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 80 ; P. WACHSMANN, « Sur l'«indépendance» des autorités administratives d'État », art cit, p. 488.

¹⁰² P. WACHSMANN, « Sur l'«indépendance» des autorités administratives d'État », art cit, p. 488 ; l'auteur cite notamment en appui de ce constat une observation de Jean Louis AUTIN faite dans « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JC Libertés*, Fasc. 300, 1 mai 2009, p. 3.

¹⁰³ J. DOUVRELEUR et O. DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance: de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes » dans *Mélanges Jacques Robert « Libertés »*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 323.

¹⁰⁴ A. SAJÓ, « Les autorités indépendantes », art cit, p. 341.

¹⁰⁵ Tel est le cas notamment pour l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés ou encore de la Commission de la régulation de l'énergie.

ses intérêts fondamentaux, il est parfois difficile d'appréhender les différences qui peuvent exister entre une collaboration qui implique nécessairement une influence mutuelle des pouvoirs et un réel pouvoir d'influence exercé sur l'activité des AAI par l'autorité gouvernementale à travers la présence d'un commissaire du Gouvernement par exemple¹⁰⁶ ou la participation de représentants du Premier ministre sans voix délibérative¹⁰⁷.

161. L'exigence d'autonomie décisionnelle trouve sa source pour certaines autorités dans des obligations européennes et internationales. En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la Commission et le juge communautaire apportent ainsi une distinction quant aux autorités concernées : il y a d'un côté les autorités de régulation qui interviennent dans le domaine économique ou, pour être plus précis, les autorités de régulation sectorielles ; et, de l'autre, les autorités de protection des libertés. Le degré d'indépendance exigé vis-à-vis de l'exécutif n'est pas le même. Seules les instances de protection des libertés nécessitent un statut d'indépendance vis-à-vis tant du secteur régulé que de l'État dans ses fonctions traditionnelles. Dans une affaire opposant la Commission des Communautés européennes à l'Allemagne, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser sa position. Elle devait examiner la compatibilité du système de contrôle et de protection des données mis en place par les autorités allemandes avec l'exigence d'indépendance consacrée à l'article 28 de la directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995¹⁰⁸ 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. La Commission reprochait à l'Allemagne d'avoir adopté une interprétation neutralisante de l'exigence d'indépendance. Le dispositif allemand soumettait à la tutelle de l'État les autorités de contrôle intervenant dans le secteur non public. En d'autres termes elle consacrait l'indépendance de l'instance de contrôle uniquement vis-à-vis des organismes contrôlés. La Cour de justice de l'Union européenne lui oppose une conception plus stricte de l'indépendance qui jouerait à l'égard de « toute influence extérieure ». Dans sa décision¹⁰⁹, par une interprétation téléologique, la Cour propose une conception européenne de l'indépendance des

¹⁰⁶ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 82.

¹⁰⁷ Article 1 al. 5 de la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme, *JORF*, n° 55, 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 6.

¹⁰⁸ Ainsi peut-on lire que « chaque État membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les États membres en application de la présente directive. Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies » (Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, 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, *JOCE*, n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31).

¹⁰⁹ CJUE 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07.

autorités de régulation en affirmant que pour agir de « manière objective et impartiale » les autorités doivent « jouir d'une indépendance qui leur permette d'exercer leurs missions sans influence extérieure »¹¹⁰. Le juge européen considère, en effet, « que le seul risque que les autorités de tutelle puissent exercer une influence politique sur les décisions des autorités de contrôle suffit pour entraver l'exercice indépendant des missions de celles-ci. D'une part, comme l'a relevé la Commission, il pourrait y avoir une "obéissance anticipée" de ces autorités eu égard à la pratique décisionnelle de l'autorité de tutelle. D'autre part, le rôle de gardiennes du droit à la vie privée qu'assument lesdites autorités exige que leurs décisions, et donc elles-mêmes, soient au-dessus de tout soupçon de partialité »¹¹¹. C'est une approche de l'indépendance qui accorde une large place aux apparences¹¹². La Cour exprime une conception de l'indépendance qui institue une méfiance vis-à-vis de l'État pour des activités où il n'est pas une des parties prenantes¹¹³ et dans lesquelles la protection d'une liberté ou d'un droit fondamental est en cause. Cette conception européenne conforte la conception française de l'indépendance de la catégorie des autorités administratives indépendantes. Dans le domaine économique, les fondements de l'indépendance à l'égard du pouvoir politique sont quelque peu différents. Historiquement, cette exigence d'indépendance du régulateur s'est imposée en raison de la présence sur le marché d'opérateurs publics. Dans cette hypothèse, l'État cumule des fonctions de régulateur et d'opérateur. Ce qui conduit à remettre en cause l'égalité de traitement ou, tout au moins, l'égalité des chances entre les opérateurs sur le marché concerné. C'est pour remédier à cette atteinte que le droit de l'Union européenne exige une stricte dissociation entre les fonctions d'opérateur et de régulateur¹¹⁴. L'indépendance est donc la

¹¹⁰ M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques », *AJDA*, 10 mai 2010, n° 17, p. 938-939 ; F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? À propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », *Revue Europe*, juillet 2010, 7, étude 9.

¹¹¹ CJUE 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-518/07, §36.

¹¹² Il convient de relever que l'avocat général, Ján MAZÁK, proposait dans ses conclusions de reconnaître la tutelle comme compatible avec les exigences du droit communautaire à condition que le régime de tutelle soit compatible avec les objectifs de la directive. Selon lui, « l'indépendance ne peut pas se confondre avec une absence de la possibilité d'être contrôlé » (J. MAZÁK, Conclusions générales présentées le 12 novembre 2009, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, Affaire C-518/07, §29). Cette conception européenne de l'indépendance esquissée par la Cour n'en demeure pas moins relative. Selon les termes de l'arrêt, les autorités de contrôle doivent être « plus ou moins » indépendantes du gouvernement, autrement dit la nomination demeure une prérogative de ce dernier (F. KAUFF-GAZIN, « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? ... », art cit, p. 22).

¹¹³ Le droit communautaire impose que l'État qui conserve des intérêts patrimoniaux dans les secteurs visés par les directives mette en place des institutions de régulation en veillant à séparer les fonctions de l'État opérateur de celles de l'État régulateur (Cf. CJCE, 19 mars 1991, République française c/ Commission, aff. C-202/88).

¹¹⁴ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012/3, n° 143, pp. 629-643.

condition de l'impartialité du régulateur. Par la force des choses, « l'indépendance par rapport à l'opérateur public devient une indépendance par rapport à l'autorité politique qui contrôle cet opérateur. Mais ce n'est là qu'une conséquence de la séparation des fonctions et non une exigence en soi »¹¹⁵. Si l'on s'en tient à cette approche : la régulation ne doit être confiée à une autorité indépendante qu'à partir du moment où l'État entend demeurer opérateur, que si ce dernier conserve des intérêts patrimoniaux – on trouve ici la figure de l'État opérateur dont le repli au profit de l'État régulateur a fait l'objet de nombreux développements¹¹⁶. Par exemple, les directives européennes de libéralisation intervenues dans certains secteurs économiques spécifiques¹¹⁷ imposent aux États membres de désigner une autorité réglementaire nationale dont l'indépendance ne s'apprécie que vis-à-vis du secteur régulé. Si l'on s'en tenait à cette position, dès lors que l'État n'est plus opérateur, il serait ainsi loisible au législateur français de retenir pour ces instances de régulation le statut d'agence publique et non celui d'AAI¹¹⁸. Toutefois, on observe pour des motifs liés à l'efficacité et la crédibilité de la régulation sectorielle un renforcement des exigences du droit de l'Union européenne vis-à-vis de l'indépendance du régulateur, et ce même s'il n'exerce aucune tutelle sur un opérateur du marché¹¹⁹. Une conception plus sévère qui « propose l'idéal d'une gestion des affaires publiques dont la politique aurait été évacuée au profit d'une neutralité fantasmée, que l'autorité indépendante prend en charge avec ostentation »¹²⁰. Cette évolution de la conception de l'indépendance du régulateur a pu être présentée comme le résultat de l'emprise des théories économiques dans ce domaine¹²¹. Sur le plan juridique, cette conception de l'indépendance tant vis-à-vis des pouvoirs politiques que des pouvoirs économiques fait du modèle des AAI le statut idoine pour les régulateurs.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 631.

¹¹⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 59.

¹¹⁷ Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil des communautés européennes du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387 et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, *JOCE* n° L 295, 29 octobre 1997 ; directive 2002/21/CE du Parlement européen et Conseil de l'Union européenne du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *JOCE* n° L.108 du 24 avril 2002.

¹¹⁸ En pratique les agences s'avèrent autonomes dans leur fonctionnement, c'est-à-dire qu'elles ne reçoivent pas d'instruction directement, en droit, leur fonctionnement demeure sous la tutelle administrative. On ne peut parler d'indépendance au même titre que les AAI à propos de ces agences publiques, car le législateur n'organise pas un régime particulier, se contentant de leur attribuer la personnalité morale (Cf. Conseil d'État, *Les agences publiques: nouvelle gestion?*, Paris, La Documentation française, 2012, 291 p).

¹¹⁹ G. ECKERT, art. cit., p. 632.

¹²⁰ P. WACHSMANN, « Sur l'indépendance des autorités administratives d'État », art. cit., p. 483.

¹²¹ G. ECKERT, art. cit., p. 634.

162. Enfin, l'autonomie décisionnelle soulève la question du contrôle ou, pour le dire autrement, de la reddition de comptes des AAI. De prime abord, les notions de contrôle et d'indépendance apparaissent comme deux notions contradictoires. Toutefois, dans son arrêt du 9 mars 2010, le juge européen estime à ce propos que « l'absence de toute influence parlementaire ne saurait se concevoir »¹²², ce qui rejoint l'opinion majoritaire en France qui voit dans le renforcement du contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes la contrepartie de leur sortie de la hiérarchie administrative. Dans ce cas, le contrôle légitime est celui du Parlement qui s'opère en amont et en aval de l'activité annuelle des AAI : en amont, par l'effectivité d'un droit de regard sur les nominations¹²³ ; et en aval par l'évaluation, lors du vote la loi de finances, de l'adéquation entre les moyens et les missions de AAI, ainsi que par une obligation de rendre compte de leurs activités devant les commissions parlementaires permanentes. Cette exigence implique que les autorités soient soumises à des obligations d'information ; et, plus largement, que l'information du Parlement soit pertinente et bien documentée. La plupart des autorités établissent un rapport annuel d'activité qu'elles remettent aux assemblées concernées. Sur ce point, la loi du 20 janvier 2017 portant statut général a généralisé à l'ensemble des autorités mentionnées en annexe de la loi l'obligation de transmettre chaque année au gouvernement et au Parlement un rapport d'activité¹²⁴. Il est prévu que celui-ci comporte un volet relatif à sa gestion financière¹²⁵. L'article 22 prévoit également la possibilité d'une « reddition de comptes » d'une AAI ou d'une API devant une commission parlementaire permanente¹²⁶. Enfin, le statut général prévoit que l'examen du coût de l'autorité

¹²² CJUE 9 mars 2010, Commission c/ Allemagne, aff. C-518/07, § 43.

¹²³ Après l'adoption du statut général des AAI et des API, le contrôle parlementaire de la composition des autorités demeure limité. Par exemple, concernant le mode de désignation des parlementaires membres des AAI et des API, le législateur n'a pas retenu la proposition de la Commission d'enquête prévoyant une élection à la majorité absolue des suffrages exprimés par l'assemblée à laquelle ils siègent. Il a été préféré d'en rester à un mode de désignation diversifié. Enfin, en ce qui concerne la nomination des présidents des AAI et des API, la loi se contente de simples modifications apportées au tableau annexé à la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. Pour rappel, l'article 13 prévoit qu'une « loi organique détermine les emplois ou fonctions [...] pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». Ainsi, parmi les autorités mentionnées en annexe de la loi, six encore ne font pas l'objet de cette procédure de désignation impliquant une possibilité de veto parlementaire. En effet, la commission des lois de l'Assemblée nationale n'avait pas estimé que la présidence de toutes les autorités administratives ou publiques indépendantes représentait une fonction dont « l'importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation » justifiant le recours à cette procédure de l'art. 13 de la Constitution.

¹²⁴ Article 21 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*.

¹²⁵ Article 21 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*.

¹²⁶ Article 22 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*.

indépendante fait l'objet d'un rapport présenté par le gouvernement en annexe générale au projet de loi de finances¹²⁷. Par ailleurs, la rédaction de l'article 24 de la Constitution, tel que modifié à la suite de la révision constitutionnelle de 2008, dispose que, outre le vote de la loi et le contrôle du gouvernement, le Parlement procède à l'évaluation des politiques publiques. Dans le cadre de cette mission, il peut bénéficier le cas échéant de l'assistance de la Cour des comptes ainsi que le prévoit l'article 47-2 dans sa rédaction issue de la même révision constitutionnelle. Parmi les sujets traités, les AAI ont fait l'objet d'un consensus inédit¹²⁸. Le contrôle parlementaire des AAI, loin de porter atteinte à leur indépendance, est considéré apporter une réponse au problème récurrent de leur légitimité – conférer une légitimité par le contrôle d'une instance démocratique¹²⁹. Toutefois, au regard des compétences du Parlement – et tenant compte de la non application du statut aux 16 instances indépendantes disqualifiées suite à l'adoption du statut général –, ce contrôle et cette reddition devant les « autorités politiques légitimes » demeure « plus formelle que réelle »¹³⁰ ; et ce malgré les propositions du Sénat émises pour renforcer le statut général sur ce point¹³¹, ainsi que celles des différents rapports parlementaires à ce sujet¹³². Le constat fait par Yves GAUDEMET EN 2008 selon qui le contrôle par le Parlement s'apparente en définitive plus à une information qu'à un véritable contrôle¹³³ vaut encore après l'adoption du statut général ; tout au plus est-il « mieux mis en évidence et mieux documenté »¹³⁴. En dépit de cela, le renforcement du contrôle parlementaire apparaît néanmoins comme le seul moyen de concilier l'indépendance des autorités

¹²⁷ Article 23 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*.

¹²⁸ P. DAUTRY, « Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire », RFDA, 5 novembre 2010, n° 5, p. 884.

¹²⁹ Voir : Martine LOMBARD, « Autorités administratives indépendantes et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 530 ; P. DAUTRY, « Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire », RFDA, 5 novembre 2010, n° 5, p. 884-887 ; S. DUBITON, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes : une solution démocratique ?*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 315 et s. ; J.-L. AUTIN, « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *Droit et Société*, 2016, n° 93, pp. 287-290 ; J. CHEVALLIER, « Autorités administratives indépendantes et État de droit », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, pp. 143-154.

¹³⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, p. 10.

¹³¹ Rapport n° 332 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi organique relative aux AAI et API, Sénat, 27 janvier 2016, p. 17 et s.

¹³² Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, op. cit., p. 10 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., §§ 19.1.14 ; Rapport d'information n° 616 (2013-2014) de P. GÉLARD, op. cit., p. 22 et s. ; Rapport d'information n° 2925 (2010-2011) de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, op. cit., p. 93 et s. ; Rapport n° 126 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la CE Autorités administratives indépendantes op. cit., p. 79 et s.

¹³³ Y. GAUDEMET, « Autorités administratives indépendantes » dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2008, p. 96. Voir également sur ce sujet : S. DUBITON « Titre II : Du contrôle à l'évaluation » dans *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, Paris, LGDJ, 2016, p. 315 et s.

¹³⁴ P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, p. 1120.

indépendantes vis-à-vis du gouvernement avec le nécessaire respect du principe démocratique. Sur ce sujet, il convient de constater que le statut général applicable aux AAI et API mentionnées en annexe de la loi n'apporte pas d'exigences supplémentaires à celles déjà existantes, tout au plus généralise-t-il celles-ci à l'ensemble des AAI et API mentionnées en annexe de la loi du 20 janvier 2017.

§2 Une autonomie de gestion ajustée

163. Une fois affirmé le principe d'une capacité à agir sans influence extérieure, il convient d'étudier la capacité effective à poursuivre une activité. Comme le rappelle Robert HERTZOG, « l'autonomie peut aussi être vue comme une capacité à faire, laquelle est du domaine de l'économie et dépend de conditions matérielles »¹³⁵. Sans moyens financiers et matériels suffisants ou encore sans la capacité de mobiliser leurs moyens librement, les autorités administratives indépendantes doivent être considérées *de facto* comme des autorités administratives dépendantes, et ce malgré la consécration textuelle de leur indépendance. Ensuite, dès l'instant où les AAI sont dotées de crédits suffisants, « l'enjeu le plus concret »¹³⁶ réside dans l'autonomie de programmation et de gestion financière qui permet à l'autorité d'opérer les achats, de solliciter des organismes extérieurs d'expertise ou encore de signer les baux.

164. L'autonomie des AAI en matière budgétaire appelle quelques précisions quant à son étendue et sa portée. Passé le rappel de l'évidence, à savoir que les autorités doivent disposer librement des crédits nécessaires à la réalisation de leurs missions, le constat s'impose selon lequel l'autonomie financière, c'est-à-dire celle concernant les modes de financement, ne peut être considérée en soi comme une condition *sine qua non* de leur indépendance d'action. En effet, l'autonomie budgétaire se décline sous deux aspects : l'autonomie financière, d'une part, et l'autonomie de gestion, d'autre part ; recouvrant respectivement la détermination du budget et la programmation financière et la gestion des fonds à disposition de l'autorité. Si l'autonomie de gestion est indispensable pour la réalisation d'une activité en toute indépendance, l'autonomie financière apparaît pour la plupart des AAI comme peu réaliste voire comme excessivement contraignante (la recherche de ressources propres). En l'état du droit public financier, il existe deux moyens d'obtenir une autonomie financière à proprement parler : sortir du budget de l'État ou prévoir à l'intérieur de celui-ci des pouvoirs spécifiques dérogeant à la

¹³⁵ R. HERTZOG, « L'autonomie en droit: trop de sens, trop peu de signification? », art. cit., p. 466.

¹³⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., §. 16.0.3.

compétence exclusive du gouvernement telle que réaffirmée à l'article 38 de la loi organique relative aux lois de finances (LOFL)¹³⁷. L'affirmation d'une autonomie financière au sein du budget de l'État, au regard des exigences de performance et d'évaluation imposées par la LOLF, apparaît plus comme une contrainte objective que comme une condition de renforcement de l'indépendance des autorités. En tant qu'autorité constitutionnelle, le Défenseur des droits s'est vu reconnaître expressément l'« autonomie budgétaire », mais sans que cette autonomie ne trouve de portée spécifique ou ne diffère de celle reconnue en pratique aux autres AAI¹³⁸. Les membres de l'institution n'ont d'ailleurs pas revendiqué la reconnaissance de l'autonomie financière lors des auditions parlementaires comme constituant un enjeu déterminant de leur indépendance d'action¹³⁹.

165. La sortie du budget de l'État réside dans l'attribution par le législateur de la personnalité morale. Ces instances se distinguent des autres autorités indépendantes par le qualificatif d'« autorité publique indépendante » (API). Cette catégorie est apparue pour la première fois au profit de l'Autorité des marchés financiers (AMF) dans la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière¹⁴⁰. La qualité d'autorité publique indépendante à côté de celle d'AAI apparaît aux yeux de certains comme la consécration achevée de l'indépendance en ce qu'elle se caractérise par la personnalité morale et l'autonomie financière¹⁴¹. La loi du 20 janvier 2017 portant statut général prévoit explicitement que « Le budget de l'autorité publique indépendante est arrêté par le collège sur proposition de son président »¹⁴². Ce statut n'est pourtant pas

¹³⁷ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, version consolidée au 15 juin 2016.

¹³⁸ Voir sur ce sujet : V. AMALRIC, *L'autonomie financière des autorités indépendantes : contribution à la notion d'autonomie financière en droit public*, Thèse de droit public, Université Toulouse 1 Capitole, 2014, 610 p. J. MOUCHETTE, « L'«autonomie budgétaire» du Défenseur des droits : complément ou obstacle à son indépendance ? », *RFDC*, vol. 99, n° 3, 2014, pp. 557-580.

¹³⁹ Avis n° 112 (2011-2012) de V. KLÈS, au nom de la commission des Lois constitutionnelles, sur le projet de loi de finances pour 2013, tome XVII, « Protection des droits et libertés », 17 novembre 2011, Sénat, p. 14.

¹⁴⁰ Article L621-5-2 et 3 du CMF.

¹⁴¹ Huit autorités ont le statut d'API : l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) ; l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) ; l'Autorité des marchés financiers (AMF) ; le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ; le Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C) ; la Haute autorité de santé (HAS) ; le Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) ; et le Médiateur national de l'énergie.

¹⁴² Article 19 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2. Le Sénat avait proposé une rédaction de cet article qui procédait à une consécration législative de l'autonomie financière des API (perception de taxes) et réglait les modalités d'adoption de leur budget (vote par le collège). Ce version du texte n'a finalement pas été retenue. L'exécutif exprima ses craintes que le terme « d'autonomie financière » soit mal interprété, rappelant au passage que cette autonomie, si elle existe (perception de taxes), n'est pas sans limite. Du reste, il considère cette disposition redondante dans la mesure où l'article 36 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) permet déjà l'affectation d'une taxe à une « autre personne morale » que l'État, cette référence incluant sans équivoque les API. Seule la procédure d'adoption du budget de l'autorité publique a donc finalement été inscrite dans le texte (Rapport n° 633 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi organique

généralisable à l'ensemble des AAI et ses apports s'avèrent limités pour l'indépendance fonctionnelle des autorités indépendantes, tant sur le plan financier que sur celui de la gestion de leurs ressources¹⁴³. Les API disposent d'un budget constitué en théorie exclusivement de ressources propres. Par exemple, celui de l'AMF est alimenté exclusivement par des taxes perçues sur les personnes soumises à son contrôle¹⁴⁴. Accorder la personnalité juridique à une autorité administrative indépendante conduit donc à distinguer son budget de celui de l'État. Son indépendance s'en trouve dès lors nettement renforcée si l'instance est capable de mobiliser des ressources financières autres qu'étatiques, autrement dit des ressources propres. Dans le cas contraire, si les subventions étatiques demeurent la principale source du budget de l'autorité, cette personnalité a une portée avant tout « purement symbolique »¹⁴⁵. Les API peuvent se financer sur des taxes affectées ou encore par des ressources propres tirées d'une redevance perçue. Plutôt que d'indépendance financière, il est plus rigoureux de parler d'autonomie, car un lien financier et juridique avec l'État demeure. En effet, ces taxes font partie des « impositions de toute nature » dont le Parlement autorise annuellement la perception à l'article premier de la loi de finances de l'année et les emplois de ces autorités, depuis la loi de finances 2012¹⁴⁶, font l'objet d'un plafond budgétaire. On peut s'interroger de manière plus générale sur la nécessité d'un tel dispositif dans le renforcement de l'indépendance de ces organes. En effet, lorsqu'elle est envisageable, cette figure de l'autonomie censée instaurer une indépendance quasi complète de l'administration vis-à-vis de l'État s'avère imparfaite. Les ressources propres, au regard des constats figurant dans les rapports parlementaires relatifs aux AAI (2006 et 2009), ne correspondent généralement qu'à un apport symbolique du budget global de ces autorités, l'un des rapporteurs allant jusqu'à parler d'« autonomie financière partielle, voire fictive »¹⁴⁷. Dès lors, cette attribution n'apparaît pas être « une condition véritablement nécessaire à l'indépendance »¹⁴⁸, voire peut constituer un « facteur d'opacité à l'égard du

relative aux AAI et API, Sénat, 25 mai 2016, p. 49). Sur ce point, Aude ROUYERE estime que « l'argument de la redondance [est] discutable compte tenu, d'une part, de la position spécifique des API et, d'autre part, du souci de rassembler en un seul texte commun l'ensemble des éléments du statut des AAI et API » (A. ROUYERE, « Le statut : une mise en ordre pragmatique (Lois du 20 janvier 2017) », art. cit., p. 413).

¹⁴³ M. DEGOFFE, « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, n° 12, p. 622-630.

¹⁴⁴ O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'autorité des marchés financiers », *RFAP*, 2012, n° 143, p. 747-758.

¹⁴⁵ Avis n° 154 (2012-2013) de V. KLÈS, au nom de la Commission des Lois, sur le projet de loi de finances pour 2013, tome XVII, « protection des droits et libertés », 22 novembre 2012, Sénat, p. 39.

¹⁴⁶ Article 46 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, *JORF*, n° 0301, 29 décembre 2011, p. 22441, texte n° 1.

¹⁴⁷ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 71.

Parlement, ce qui n'est pas en tout état de cause un gage d'indépendance accrue »¹⁴⁹. En effet, la discussion budgétaire devant le Parlement constitue, avec la remise du rapport annuel, un moment crucial du contrôle démocratique des instances d'État indépendantes. En d'autres termes, individualiser ces organes ne devrait pas conduire uniquement à les soustraire à tout contrôle, mais présenter, pour elle et pour l'État, un réel avantage juridique et financier. Par ailleurs, ce modèle n'est pas généralisable à toutes les AAI, celles intervenant dans le domaine des droits et libertés pouvant difficilement recueillir leur propre financement et constituer leur budget indépendamment de celui de l'État. Au regard de leur mission et de leur secteur d'activité, elles n'apparaissent pas éligibles à un tel dispositif. Comme le rappelle très justement Martine LOMBARD, les juridictions administratives ne jouissent pas de la personnalité morale et n'en sont pas moins considérées comme indépendantes dans leur fonctionnement¹⁵⁰.

166. Les textes constitutifs des autorités indépendantes, le plus souvent, se contentent de rappeler l'exigence selon laquelle elles doivent disposer des crédits nécessaires à l'accomplissement de leur mission dans les conditions fixées par la loi de finances¹⁵¹. L'exigence de crédit suffisant apparaît comme une évidence politique, mais juridiquement n'implique pas de dispositif particulier. Ainsi, est-il inscrit dans les Principes de Paris que les institutions nationales de défense des droits de l'homme, telles que la CNCDH par exemple, « doivent disposer d'une infrastructure adaptée au bon fonctionnement de leurs activités, en particulier de crédits suffisants. Ces crédits doivent leur permettre de se doter de leur propre personnel et de leurs propres locaux, afin d'être indépendantes du Gouvernement et de n'être pas soumises à un contrôle financier qui pourrait compromettre cette indépendance »¹⁵². Si l'indépendance d'une instance est conditionnée par l'attribution de crédits suffisants à l'exercice de ses missions, c'est à travers l'autonomie de gestion que l'indépendance fonctionnelle trouve une expression concrète. L'affranchissement de toute tutelle budgétaire implique que ne soit opéré sur les AAI aucun contrôle financier *a priori* sur le fonctionnement

¹⁴⁹ M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP/CJEG*, n° 619, avril 2005, p. 130.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ Certaines autorités disposent du pouvoir de proposer directement leur budget lors de l'élaboration du projet de loi de finances de l'année. Il en va ainsi du CSA en vertu de l'article 7 al. 3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) (version consolidée au 13 octobre 2016). Il convient toutefois de relativiser la portée de cette disposition en ce qu'elle ne constitue en rien une compétence co-décisionnaire.

¹⁵² Concernant les locaux, il convient de relever que beaucoup d'AAI tenant un rôle essentiel dans la garantie des libertés publiques siègent rue Saint-Dominique parmi les services du Premier ministre. En termes d'apparence, la condition n'est clairement pas remplie. Il en va ainsi de la CNCDH ou encore du CCNE.

quotidien et la marche de l'institution¹⁵³. Les autorités administratives indépendantes échappent à ce titre à l'application de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées¹⁵⁴. En d'autres termes, leurs dépenses ne sont pas soumises au contrôle *a priori* d'un contrôleur financier du ministère des Finances. Les seuls contrôles acceptables en matière budgétaire sont des contrôles *a posteriori*¹⁵⁵. Comme le souligne le rapporteur Jacques Mézard, cette absence de contrôle a vocation à leur conférer « une marge de manoeuvre supérieure à celle des services administratifs “classiques” dans l'engagement de leurs dépenses »¹⁵⁶.

167. Par ailleurs, l'autorité directe du président sur les services constitue un indicateur essentiel de l'effectivité d'une autonomie de gestion. À l'instar des ministres, le président des autorités indépendantes est généralement l'ordonnateur principal des dépenses¹⁵⁷. Ils sont également, le plus souvent, gestionnaires d'un budget opérationnel de programme (BOP). Cet échelon budgétaire ne figure pas expressément dans la LOLF. Il constitue « une segmentation d'un programme déclinant, sur un périmètre d'activité [...] et sous l'autorité d'un responsable, les actions et les objectifs et les indicateurs du programme auxquels ils se [rattachent] »¹⁵⁸. Par exemple, au sein du programme « protection des droits et libertés », chaque autorité d'une certaine taille constitue à elle seule un BOP. Cette segmentation s'apparente, selon Luc SAÏDJ, à une sorte de « “mini-programme” mais avec allocation de moyens par le responsable de programme »¹⁵⁹. Dans ce schéma, le responsable du BOP, après avoir été préalablement désigné par le responsable du programme¹⁶⁰, gère librement une enveloppe de crédits globalisés alloués

¹⁵³ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁴ Cette disposition est reprise à l'article 18 al. 2 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2.

¹⁵⁵ Ainsi, la Cour des comptes opère un tel contrôle de plein droit à l'égard des AAI. Un contrôle politique sur la gestion des crédits a également lieu lors de la discussion et du vote de la loi des finances.

¹⁵⁶ Rapport n° 633 (2015-2016) de J. MÉZARD, au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi organique relative aux AAI et API, Sénat, 25 mai 2016, p. 47.

¹⁵⁷ Le cadre comptable est établi à l'article 18 al.1 de la loi qui dispose que « Le président de l'autorité publique indépendante est ordonnateur des recettes et des dépenses » (loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF*, n° 0018, 21 janvier 2017, texte n° 2). Avant cette loi, cette mesure faisait l'objet d'une mention dans le texte institutif de certaines autorités. Par exemple, en vertu de l'article L243-6 du Code de sécurité intérieure, « le président est ordonnateur des dépenses de la CNCIS ».

¹⁵⁸ MINEFI, Rapport sur la préparation de la mise en œuvre de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances en application de l'article 109 de la loi de finances pour 2003, juin 2004, p. 19.

¹⁵⁹ L. SAÏDJ, *art. cit.*, § 177.

¹⁶⁰ Voir : C. PIERUCCI, « Le choix des gestionnaires de budget opérationnel de programme, la gestion publique entre empirisme et réglementation », dans *Mélanges en l'honneur de R. HERTZOG*, Paris, Economica, 2010, p. 439-451.

par le même responsable, avec une possibilité d'appliquer la fongibilité au sein même du BOP, à cette différence près qu'il ne rend pas de comptes au Parlement ou au ministère de rattachement directement mais au responsable du programme – intermédiaire institué¹⁶¹. Cet aspect de l'autonomie de gestion est déterminant pour l'exercice d'une magistrature d'influence car elle conditionne la marge d'action de l'instance dans la mise en œuvre et le maintien d'une stratégie d'influence par le recours, en fonction des besoins du moment, à des expertises extérieures ou à des recrutements permettant la recherche de l'information, sa mise en forme, sa diffusion ainsi que la communication de l'autorité notamment.

168. En ce qui concerne les moyens humains, la loi du 13 juillet 1983 permet aux AAI de s'affranchir des contraintes du droit de la fonction publique. En principe, les emplois à temps complet doivent être occupés par des fonctionnaires¹⁶², il en va toutefois différemment « des emplois de certaines institutions administratives spécialisées de l'État dotées par la loi d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission »¹⁶³, autrement dit ceux des AAI. Cette loi ouvre la voie au recrutement d'agents contractuels y compris pour occuper des emplois permanents¹⁶⁴. La plupart des autorités recourent à cette faculté dans des proportions plus ou moins importantes. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), par exemple, dans une modeste mesure, s'attache le service de quelques dizaines de collaborateurs permanents ou occasionnels non titulaires. Le plus souvent les tâches essentielles sont assurées par des fonctionnaires, mis provisoirement à disposition du CSA par le Ministère de rattachement budgétaire, ce qui selon Jean-Louis AUTIN conforte « la thèse d'une autonomie de gestion limitée »¹⁶⁵.

169. En tout état de cause, une magistrature d'influence repose en grande partie sur la qualité et la fiabilité de l'expertise de l'instance en question. Ces différents éléments de l'autonomie budgétaire sont importants quant à la possibilité de réaliser une telle expertise¹⁶⁶. Une autorité

¹⁶¹ Ainsi peut-on lire dans le *Guide pratique des déclinaisons d'un programme (GPDP)* que « pour exercer la fongibilité asymétrique [...], le responsable de BOP doit requérir l'autorisation : soit de la direction des affaires financières ; soit du responsable du programme » (*GPDP, les BOP*, janvier 2005, Ministère de l'Économie, Direction de la réforme budgétaire (minefi.gouv.fr/lolf, consulté le 26 mai 2013).

¹⁶² Article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.

¹⁶³ Article 3, 3° de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, version consolidée au 10 août 2016.

¹⁶⁴ Cette possibilité a fait l'objet d'une consécration spécifique dans le statut général des AAI et des API à l'article 16 qui pose le cadre relatif aux moyens humains (loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, *précitée*).

¹⁶⁵ J.-L. AUTIN, « Le conseil supérieur de l'audiovisuel en France », *Revista catalana de dret públic*, 2007, n° 34, p. 98.

¹⁶⁶ Cf. P1. T2. Ch.1. Sect.1. « Une information diversifiée ».

administrative indépendante insuffisamment dotée en moyens d'expertise autonome pourrait se trouver « en situation de faiblesse face à des secteurs professionnels susceptibles de mobiliser des ressources importantes »¹⁶⁷. L'asymétrie des moyens entraînerait une asymétrie d'information qui « est le plus grand risque pour l'efficacité, la légitimité et l'indépendance d'une autorité »¹⁶⁸.

§3 Le renforcement de l'autonomie d'action

170. L'auto-saisine, caractéristique de l'autonomie d'action d'une autorité administrative, n'apparaît pas précisément comme une condition de l'indépendance d'action des AAI à l'instar de l'autonomie décisionnelle ou de l'autonomie de gestion. Toutefois, il demeure pertinent de l'évoquer à ce stade de l'étude en ce qu'elle constitue un mécanisme déterminant dans le renforcement des pouvoirs et la réalité de la liberté d'action des autorités qui en sont détentrices.

171. L'auto-saisine est présentée souvent comme « une technique naturelle »¹⁶⁹ des autorités administratives indépendantes, une technique attachée précisément à leur statut d'instance indépendante. Comme son nom l'indique, cette procédure recouvre plusieurs cas d'interventions qui ont pour point commun l'identité entre l'autorité qui saisit et celle qui agit¹⁷⁰. Dans les textes constitutifs des AAI, cette technique se trouve sous deux formulations différentes – saisine d'office ou de « sa propre initiative » – sans pour autant qu'elles ne recouvrent de réalités intrinsèquement différentes. Dans les premiers temps de leur développement, les AAI étaient le plus souvent limitées dans leur action par la nécessité d'être saisies directement ou indirectement par ceux qui sollicitaient leur intervention, qu'il s'agisse d'exercer une magistrature d'influence ou un pouvoir de décision. Cette limitation est très tôt apparue en contradiction avec leur statut d'indépendance et au regard de l'impératif d'efficacité attaché à leur mission de surveillance et d'expertise. Ainsi peut-on lire dans le rapport du Conseil d'État 1983-84 sur les AAI que la faculté d'auto-saisine est une prérogative nécessaire au renforcement de l'indépendance des AAI¹⁷¹. Dans son étude bilan sur le AAI de 2006, Marie-Anne FRISON-ROCHE a d'ailleurs préconisé l'attribution systématique aux AAI d'une « telle

¹⁶⁷ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, §. 7.1.3.

¹⁶⁹ J.-F. KERLÉO, « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, mars 2014, n° 2, p. 298.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 293.

¹⁷¹ Elle est parmi les « prérogatives nécessaires de toute autorité indépendante » (Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 36).

puissance processuelle »¹⁷² au motif que les missions des AAI imposent que ces dernières veillent en permanence sur un secteur, ou sur une profession, ou sur un type de comportement à décourager ou à promouvoir. Là où l'autonomie décisionnelle consiste à pouvoir statuer en dehors de toute influence sur une situation ou une question, l'autonomie d'action permise par l'auto-saisine consiste pour l'autorité intervenante à pouvoir déterminer le temps, l'objet et le destinataire de sa décision. En d'autres termes, l'autonomie d'action consiste à ne pas conditionner l'action et l'objet de l'instance à l'intervention d'un tiers. Cette technique renforce donc le pouvoir et la liberté d'action des autorités qui en sont détentrices. Or, le succès des stratégies d'influence implique précisément la possibilité de déterminer le moment et les modalités de son intervention.

172. En ce qui concerne l'exercice d'une fonction de conseil, cette faculté d'agir sans saisine spécifique constitue la principale distinction entre un organisme consultatif traditionnel et une magistrature d'influence. L'instance en question étant seul maître du déclenchement d'une telle procédure, elle dispose dès lors d'une grande latitude dans le choix d'y recourir ou non ainsi que dans le choix des sujets qu'elle entend traiter. Contrairement à un organe consultatif traditionnel, l'instance indépendante n'a pas besoin d'attendre d'être saisie d'une question par un tiers pour donner son avis. Au contraire, le conditionnement de l'action de l'autorité à la saisine par un tiers pourrait s'interpréter comme une limitation – parfois abusive – de la fonction de conseil des magistratures d'influence, appliquant ainsi une contrainte d'exercice à un pouvoir se caractérisant par une expression libre. À ce titre, l'Autorité de la concurrence s'est vue conférer, à l'occasion de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008¹⁷³, le pouvoir de déclencher une procédure consultative de sa propre initiative. L'article L461-4 du Code de commerce issu de cette loi prévoit ainsi que l'Autorité de la concurrence peut « prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence », tandis que selon le même texte, l'Autorité « peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés ». Le texte prévoit également que l'avis adopté « est rendu public ». La consécration au profit de l'Autorité de la concurrence d'une telle faculté en matière consultative manifeste sans équivoque la volonté du législateur d'établir celle-ci comme la magistrature d'influence la plus importante dans le domaine

¹⁷² M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, §. 10.1.1.

¹⁷³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181, 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

économique au-delà de l'action des autres autorités sectorielles (ARAFER, CRE, etc.)¹⁷⁴. En effet, c'est précisément la combinaison du pouvoir d'émettre un avis de sa propre initiative et de le « rendre public » qui caractérise, selon le Conseil d'État, l'exercice d'un « pouvoir d'influence »¹⁷⁵. Les avis ou décisions rendus sur son fondement portent la marque d'une liberté d'expression qui traduit une « dimension critique élevée »¹⁷⁶. Il n'est plus question d'un organisme « en sommeil » qui attend qu'on le sollicite ; mais d'une instance en éveil permanent, agissant en temps réel, qui, dès qu'elle le juge nécessaire, délivre le produit de son expertise à tous les pouvoirs publics ou opérateurs économiques qu'elle juge concernés. À cet égard, Bruno LASSERRE, ancien président de l'Autorité de la concurrence, décrit l'auto-saisine comme un pouvoir qui « constitue [...] un levier d'exercice de “soft power”, permettant à l'Autorité d'adresser des signaux aux entreprises, qui peuvent en tirer des enseignements et modifier leurs comportements sur le marché, et de faire part de son analyse concurrentielle lorsqu'émergent de nouveaux secteurs économiques ou lorsque se dessinent de nouvelles stratégies commerciales »¹⁷⁷.

173. Du reste, la reconnaissance d'une capacité d'auto-saisine aux AAI ne ferme pas les discussions relatives à l'élargissement de leur saisine ou, même si elle est moins fréquente, la question d'une « saisine universelle »¹⁷⁸. En effet, l'élargissement de la saisine permet d'associer plus étroitement certains acteurs à la mission de surveillance et d'expertise de l'autorité en question. Ainsi, le Défenseur des enfants saluait l'élargissement de la saisine aux membres de la famille ainsi qu'aux services médicaux et sociaux par la loi du 5 mars 2007 réformant la Protection de l'enfance¹⁷⁹ en ce que cet élargissement confortait « le rôle de vigilance et d'alerte de ces acteurs autour de l'enfant »¹⁸⁰. Cette modification a eu pour conséquence immédiate de faire baisser le nombre d'auto-saisine du Défenseur¹⁸¹. Par ailleurs, si dans certains cas l'auto-saisine permet de pallier les insuffisances du système proposé quant aux personnes autorisées à saisir l'autorité, elle ne s'apparente pas à une saisine de plein droit,

¹⁷⁴ J.-J. MENURET, « Autorité de la concurrence », *JC Concurrence - Consommation*, Fasc.60, Février 2010, paragr. 95.

¹⁷⁵ Le Conseil d'État associe l'exercice d'une magistrature d'influence avec le pouvoir d'auto-saisine lorsqu'il affirme que le pouvoir d'influence s'exerce « par un pouvoir d'auto-saisine avec publicité de l'avis donné » (Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 290).

¹⁷⁶ J.-F. KERLÉO, « L'auto-saisine en droit public français », art cit, p. 302.

¹⁷⁷ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2011*, Paris, Autorité de la concurrence, 2012, p. V.

¹⁷⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, §. 11.1.1.

¹⁷⁹ Article 7 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JORF*, n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 7.

¹⁸⁰ Défenseur des enfants, *Rapport d'activité 2008*, Paris, Défenseur des enfants, 2008, p. 48.

¹⁸¹ *Ibid.*

c'est-à-dire à l'assurance de la mise en œuvre des compétences de contrôle, d'expertise ou de résolution des litiges dont dispose l'instance en question¹⁸². Lorsqu'elle se saisit d'office, l'autorité utilise les informations qu'elle détient pour déclencher une procédure qui aurait normalement été initiée par la saisine d'une partie ou d'un tiers. Par exemple, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), hormis le cas des saisines par les autorités publiques limitativement énumérées à l'article 6 alinéa 2, ne peut pas être « saisi » par une personne physique ou morale. Ces dernières ne peuvent que « porter à la connaissance » du Contrôleur une atteinte ou un risque d'atteinte aux droits fondamentaux des personnes privées de liberté¹⁸³. Dans ce cas, l'autorité apprécie de façon discrétionnaire les suites qu'il entend donner aux informations reçues¹⁸⁴. Son pouvoir d'auto-saisine lui permet donc de donner suite ou pas, s'il le juge nécessaire, aux informations qui lui sont communiquées par toute personne physique ou morale s'étant donné pour objet le respect des droits fondamentaux¹⁸⁵. Les signalements au Contrôleur ne donnent pas lieu à une véritable saisine dans la mesure où ils n'impliquent pas que l'autorité se prononce sur la situation dont elle est informée¹⁸⁶, et ce, même si, en pratique, l'institution tend à réserver un traitement aux signalements qui se rapproche de celui destiné à une saisine proprement dite¹⁸⁷. Or, certains auteurs voient dans le fait qu'une autorité ne puisse agir que par voie d'auto-saisine la cause potentielle d'un manque d'efficacité des AAI : cette faculté pourrait être source d'inaction si elle n'est pas mobilisée¹⁸⁸. Cette remarque n'est pertinente qu'à la condition que l'auto-saisine constitue l'unique moyen permettant l'intervention d'une AAI. Or, ce n'est jamais le cas. L'auto-saisine, dans l'hypothèse la plus commune, complète les saisines plutôt qu'elle tend à se substituer à des modes de saisines par des instances tierces. Par exemple, concernant l'Autorité de la concurrence, il convient de constater le faible nombre des avis ou des interventions sur auto-saisine et le mettre

¹⁸² J.-F. KERLÉO, « L'auto-saisine en droit public français », art cit, p. 295.

¹⁸³ Article 6-1 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, version consolidée au 31 mars 2016.

¹⁸⁴ É. SENNA, « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, avril 2015, paragraphe. 131.

¹⁸⁵ Rapport n° 414 (2006-2007) de J.-J. HYEST, sur le projet de loi instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 43.

¹⁸⁷ Dans le silence de la loi, le Contrôleur général a développé une pratique, formalisée dans son Règlement de service, relative aux suites à donner à ces courriers de « signalement ». Il a en effet souhaité que, même en l'absence d'obligation légale, toute lettre qui lui est adressée reçoive une réponse et que, le cas échéant, des vérifications soient entreprises par ses équipes pour vérifier la véracité des faits allégués (Rapport n° 286 (2013-2014) de C. TASCA, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi de Mme Catherine TASCA et plusieurs de ses collègues modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Sénat, 15 janvier 2014, p. 13)

¹⁸⁸ J.-F. KERLÉO, « L'auto-saisine en droit public français », art cit, p. 299.

en relation avec la centaine d'avis rendus par l'Autorité sur une même période pour comprendre que cette procédure est avant tout complémentaire aux saisines externes et aux avis sur demande¹⁸⁹. Dès lors, l'attribution d'une faculté d'auto-saisine ou sa reconnaissance implicite ne remet pas en cause l'intérêt d'une discussion sur l'accès aux AAI *via* une saisine par un tiers¹⁹⁰. L'auto-saisine consiste à leur octroyer une liberté à dépasser la demande d'intervention pour aller là où les enjeux apparaissent, au regard de l'intérêt public qu'elles promeuvent, cruciaux ou problématiques.

174. Si l'émancipation à l'égard des saisines parachève l'autonomie d'action des AAI, l'apport de l'auto-saisine n'en demeure pas moins conditionné à une bonne information de l'autorité. Comme le rappelle Marie-Anne FRISON-ROCHE, « l'attribution d'une puissance d'action n'a de sens que si elle est assortie des moyens concrets de son exercice. C'est pourquoi les informations doivent pouvoir être apportées à l'Autorité, ou constituées par elle-même grâce à des services de veille ou d'enquête pour que le pouvoir d'auto-saisine soit effective »¹⁹¹. À ce titre, dans le cadre de leurs attributions consultatives, la « saisine effective »¹⁹² s'apparente à celle qui repose sur l'obligation faite à l'autorité décisionnelle de solliciter l'expertise de l'instance en question. Par exemple, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) dispose de la faculté de s'auto-saisir depuis un décret du 31 janvier 1989 pour toute question de sa compétence dans les cas où le Gouvernement n'aurait pas jugé opportun de la solliciter¹⁹³. Toutefois, régulièrement la CNCDDH déplore dans ses avis l'absence de saisine gouvernementale l'empêchant de rendre ses avis « dans le temps politique »¹⁹⁴. Lorsqu'elle rend un avis sur un projet ou une proposition de loi à la suite de son auto-saisine, la CNCDDH ne manque pas de signaler le temps perdu et la difficulté d'apporter une expertise

¹⁸⁹ Voir : C. FAVRE, « L'auto-saisine de l'autorité de la concurrence pour avis : une procédure qui ne fait pas grief », *Concurrences*, juillet 2013.

¹⁹⁰ Peu d'autorité semble se saisir de cette capacité, même lorsque celle-ci est expressément reconnue, comme l'Autorité de la concurrence. On observe ainsi que le nombre d'avis rendus sur saisine d'office de l'Autorité depuis 2009 reste peu élevé : 1 en 2009, 3 en 2010, 2 en 2011, 0 en 2012 et 1 en 2013 (données extraites du Rapport annuel de l'ADLC pour l'année 2014 : Autorité de la concurrence, *Rapport d'activité 2014*, Paris, Autorité de la concurrence, 2015, p. 17).

¹⁹¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 10.1.2.

¹⁹² *Ibid.*, § 10.0.

¹⁹³ Le décret n° 89-52 du 31 janvier 1989 l'a ensuite directement rattachée au premier ministre et a porté sa composition à 70 membres. Il lui a également été accordé la faculté d'auto-saisine pour toute question de sa compétence

¹⁹⁴ Catherine LAZERGES, présidente de la CNCDDH, « Violation des droits de l'homme en France : la CNCDDH sur tous les fronts », entretien mené par C. FLEURIOT et S. AUFRAY, *Dalloz actualités*, 15 février 2013 (daloz-actualite.fr/interview/violation-des-droits-de-l-homme-en-france-cncdh-sur-tous-fronts#.WYx48xjpNp8, consulté le 14 avril 2014).

approfondie lorsque celle-ci a été adoptée dans la précipitation¹⁹⁵. Si le pouvoir d'auto-saisine de la CNCDH permet à cette dernière de soumettre au gouvernement ou au parlement ses propositions ou ses recommandations concernant l'amélioration de la protection des droits et des libertés, le plus souvent ce pouvoir pallie difficilement les carences en matière de saisine gouvernementale. Un avis rendu sur un projet de loi après la discussion parlementaire n'a quasiment plus aucune portée. La mise en place d'une obligation pour le gouvernement de transmettre tout projet de loi susceptible de porter atteinte aux droits et libertés constitue la seule solution pour assurer l'efficacité de sa mission de conseil¹⁹⁶.

175. Enfin, toutes les AAI ne disposent pas explicitement d'un tel pouvoir. Les motivations d'une habilitation législative diffèrent d'une autorité à l'autre, « entre hasard et nécessité »¹⁹⁷, principalement guidées par des considérations d'opportunité¹⁹⁸. La constante réside néanmoins dans la volonté d'assurer une action continue et efficace des AAI¹⁹⁹. L'auto-saisine résulte parfois de l'abandon de certaines limites jugées inadéquates à la fonction exercée par l'autorité. Par exemple, la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (dite « DCRA »)²⁰⁰ avait permis au Médiateur d'exercer son pouvoir de proposer des réformes sans se fonder sur une réclamation dont il avait été régulièrement saisi²⁰¹. Néanmoins, il convient de souligner que la pratique révèle que le Médiateur s'auto-saisissait déjà dans les faits. De la même manière, le Défenseur des enfants dans certains cas s'auto-

¹⁹⁵ CNCDH, Avis sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, Assemblée plénière, 17 mars 2016, Paris, Commission nationale consultative des droits de l'homme, p. 5.

¹⁹⁶ En 2006, cette question s'était posée en des termes similaires à propos du Défenseur des enfants lors de l'examen d'une proposition de loi relative à la protection de l'enfance. Il était notamment proposé de modifier la loi établissant le Défenseur des enfants afin de permettre que son avis soit systématiquement recueilli pour tout projet de loi ou texte réglementaire comportant une incidence en matière de droits des enfants (Rapport n° 3256 (2005-2006) de V. PÉCRESSÉ, au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur le projet de loi (n° 3184) réformant la protection de l'enfance, Assemblée nationale, 5 juillet 2006, p. 34).

¹⁹⁷ F. de P. TÉTANG, « L'auto-saisine des autorités de régulation », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2012, n° 4, p. 1952.

¹⁹⁸ La prévision dans le texte constitutif de l'autorité d'un tel pouvoir peut être motivée par une volonté de protéger cette modalité d'action lorsque l'Autorité fait l'objet d'une consécration constitutionnelle. Ainsi, le pouvoir d'auto-saisine du Défenseur des droits constitue une condition nécessaire à sa mission de défense objective des droits et libertés, et à ce titre la Commission des lois a souhaité l'inscrire dans la Constitution à l'article 71-1 al.2 afin qu'il ne puisse faire l'objet d'une limitation quelconque par le législateur (C. TEITGEN-COLLY, « Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *LPA*, décembre 2008, n° 254, p. 125).

¹⁹⁹ Ainsi, l'autorité en question n'est pas obligée d'attendre une hypothétique saisine pour garantir le respect des droits et libertés.

²⁰⁰ Article 26, 3° de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF*, n° 0088, 13 avril 2000, p. 5646.

²⁰¹ Cf. P3. T1. Ch.2. Sect.3.

saisissait également en dehors de toute base légale²⁰² afin principalement de pallier les insuffisances des modalités de saisine préjudiciales aux administrés susceptibles de bénéficier de son action. Ce n'est qu'à partir de la loi du 5 mars 2007²⁰³ que le Défenseur des enfants a pu officiellement se saisir d'office de cas qui lui étaient rapportés notamment par « une association non reconnue d'utilité publique ou un membre de l'entourage non familial de l'enfant »²⁰⁴. Dans le cadre d'une fonction incantatoire, fonction caractéristique des magistratures d'influence, cette capacité d'auto-saisine constitue la condition d'une véritable « liberté d'expression »²⁰⁵.

176. Toutefois, l'auto-saisine des AAI ne va pas nécessairement de soi. À l'instar de celle des juridictions, cette faculté d'auto-saisine suscite des critiques lorsqu'elle participe à la mise en œuvre de pouvoirs répressifs au regard notamment du droit à un procès équitable. Le juge administratif a surmonté l'obstacle lié à l'absence de mention d'un pouvoir d'auto-saisine dans les textes constitutifs des AAI à la fin des années 1990. L'auto-saisine trouve une consécration indirecte au profit des AAI dans la jurisprudence. Le commissaire du gouvernement Alain SEBAN affirmait dans ses conclusions sur l'arrêt *Didier*, que « la possibilité d'auto-saisine est l'un des principes constitutifs du droit des autorités administratives indépendantes et l'une des conditions essentielles de l'efficacité de leur pouvoir disciplinaire »²⁰⁶. Cette affirmation trouvera une confirmation dans une ordonnance du Conseil d'État du 19 février 2008 dans laquelle ce dernier considère que l'auto-saisine n'a pas besoin d'être expressément consacrée pour être mobilisée²⁰⁷. Toutefois, Jean-François KERLEO soulève à juste titre le caractère contestable de cette jurisprudence²⁰⁸. Elle conduit en effet à faire du juge l'arbitre entre l'intérêt et le danger de la reconnaissance d'un tel pouvoir ; alors qu'en principe, cet arbitrage, lorsqu'il est question de la mise en œuvre d'un pouvoir de décision ou d'une procédure contraignante de contrôle, revient en premier et dernier lieu au législateur. Dans le cas où ce pouvoir serait implicite, l'octroi par le législateur d'une telle faculté n'aurait d'autre portée que symbolique²⁰⁹.

²⁰² Défenseur des enfants, *Rapport annuel de la Défenseure des Enfants au Président de la République et au Parlement année 2006*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 35.

²⁰³ Article 7 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, version consolidée au 6 août 2016.

²⁰⁴ Défenseur des enfants, *Rapport d'activité 2010*, Défenseur des enfants, 2010 p.62.

²⁰⁵ J.-F. KERLEO, « L'auto-saisine en droit public français », art cit, p. 302.

²⁰⁶ A. SEBAN, conclusions sur CE, Ass., 3 déc. 1999, n° 207434, *Didier*, Rec. Lebon p. 399 ; *RFDA*, 2000, p. 584.

²⁰⁷ CE, ord., 19 février 2008, n° 311974, *Société Profil France*, inédit au Rec. Lebon.

²⁰⁸ J.-F. KERLEO, « L'auto-saisine en droit public français », art cit, p. 298.

²⁰⁹ À la rigueur cette explicitation constituerait dans le cas d'une fonction d'expertise une incitation à dépasser les conceptions traditionnelles de l'avis dans la mesure où le droit administratif enseigne que, par nature, les avis sont sollicités, secrets et que seuls leurs destinataires peuvent décider de les rendre publics, à défaut de toute obligation textuelle contraire.

Appliquée de façon indifférenciée à toutes les AAI, cette lecture apparaît discutable. En effet, au regard de la puissance d'action que cette technique confère aux AAI, elle ne va pas sans susciter des réserves voire l'établissement de garanties selon les pouvoirs mis en œuvre par les AAI concernées²¹⁰. On constate un durcissement des conditions d'exercice au fil de la jurisprudence nationale et européenne voire à la fin du droit d'auto-saisine. Consacrant explicitement le principe selon lequel « nul ne peut être juge et partie », le Conseil constitutionnel, dans sa décision 7 décembre 2012, *Société Pyrénées Services*²¹¹, a censuré comme contraire à la Constitution une disposition permettant à celui qui juge de s'auto-saisir en ce qu'une telle faculté fait de celui qui juge « une partie » au procès. Si cette décision portait sur le cas des tribunaux de commerce, il est évident qu'elle invite à s'interroger sur la fonction de « juger » *lato sensu* qui ne concerne par uniquement les « juridictions » à proprement parler, mais certaines AAI dans le cadre de leur fonction disciplinaire²¹².

177. Hormis ces cas spécifiques liés à la mise en œuvre de pouvoirs répressifs, l'encadrement d'un tel pouvoir peut néanmoins s'avérer nécessaire afin de garantir les droits des administrés dans le cadre d'attributions consultatives. En effet, il n'est permis d'apprécier les « vertus de l'auto-saisine »²¹³ que dans la mesure où le respect des droits des individus est assuré. Il convient de distinguer les cas où l'autorité exprime une opinion sur des situations individuelles

²¹⁰ Malgré une jurisprudence plus clémente au profit des AAI du fait notamment de la séparation des fonctions, il est évident que des modifications interviendront à terme dans ce domaine. La Cour EDH n'a pas contredit ce point de vue - sous réserve d'un encadrement approprié- en estimant que « le Conseil d'État a répondu sur la question de l'auto-saisine en la justifiant par la particularité des AAI dans leur rôle de régulation des marchés » (Cour EDH, 11 juin 2009, *Dubus (Sté) c/ France*, n° 5242/04 ; *D*, 2009, p. 2247, note A. COURET ; *AJ pénal* 2009, p. 354, étude J. LASSERRE CAPDEVILLE). Néanmoins, si les AAI ne semblent pas concernées par ce mouvement de recul de l'auto-saisine dans ces matières, c'est à la condition que les fonctions de poursuite et les pouvoirs de sanction soit séparées sur le plan de la structure. Néanmoins, il n'a pas été jugé contraire au principe d'impartialité le fait que la décision d'auto-saisine prise par l'Autorité de la concurrence ait été adoptée par le président de l'Autorité et trois des vice-présidents membres du collège, alors même que ces personnalités ont, par la suite, participé au délibéré de la décision de sanction (CE, 24 juin 2013, n° 360949, *Société Colruyt France et étab. FR Colruyt*, Rec. Lebon, p.180 ; *AJDA*, 2013, p. 1370, obs. S. SPRUNGARD), pas plus que ne l'a été la circonstance que le rapporteur chargé de rassembler les éléments permettant à l'Autorité d'apprécier l'intérêt de se saisir d'office ait ensuite été désigné aux fins d'instruire cette saisine (CE, Ass., 21 déc. 2012, n° 353856, *Société Groupe Canal Plus*, Rec. Lebon p. 430 ; *AJDA*, 2013, p. 215, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RFDA*, 2013, p. 55, concl. V. DAUMAS ; *Ibid.* p. 576, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE de BOULOIS et L. MILANO). Voir : A. REYGROBELLET, « Feu l'auto-saisine ? », lettre creda-societes, 7 avril 2014, n° 2014-11, p. 2.

²¹¹ Cons. const., Décision n° 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres*, considérant 7 ; *D*, 10 janvier 2013, n° 1, p. 28, comm. M.-A. FRISON-ROCHE ; *D*, 7 février 2013, n° 5, p. 338, J.-L. VALLENS ; *LPA*, 7 mai 2013, n° 91, p. 11, C. TABOUROT-HYEST ; *JCP G*, 14 janvier 2013, n° 3, p. 78, N. GERBAY.

²¹² M.-A. FRISON-ROCHE, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D*, janvier 2013, n° 1, p. 32.

²¹³ J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », art cit, p. 59.

de ceux où elle exprime son opinion sur des sujets d'intérêt général²¹⁴, même si, en pratique, la distinction n'est pas aussi nette²¹⁵. Dans le cas de la fonction d'expertise liée à l'intérêt général, l'instance ne trouve *a priori* aucune limitation et ne nécessite aucune habilitation pour délivrer un tel avis. Les AAI peuvent toutefois chercher à légitimer leur intervention. Pour ce faire, elles peuvent prévoir des critères objectifs conditionnant leur auto-saisine. La détermination de tels critères participe à éloigner tout soupçon d'arbitraire ou de partialité. C'est le cas notamment de la CNCDH²¹⁶ en ce qui concerne les questions internationales. Toutefois, ces « lignes directrices » n'ont aucune portée juridique, l'autorité indépendante conservant l'entière maîtrise de son expertise²¹⁷.

178. Il en va différemment lorsque l'expertise porte sur des situations individuelles impliquant des moyens d'investigation importants. L'auto-saisine trouve une limitation afin de permettre d'amoindrir les effets négatifs d'une telle action qui pourrait donner l'impression d'être le fait d'une autorité partielle, de présenter le risque d'assurer la publicité d'une situation ou d'une affaire contre la volonté du principal intéressé. Par exemple, conformément à la loi du 29 mars 2011, complétée par le décret du 29 juillet 2011, le Défenseur des droits ne peut, lorsqu'il se saisit d'office, intervenir qu'à la condition que cette personne ou, le cas échéant, ses ayants droit aient été avertis et ne se soient pas opposés à son intervention²¹⁸. Pour ce faire, il les informe par tout moyen. En l'absence d'accord explicite, le Défenseur ne peut faire usage des moyens

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Par exemple, un mois après la mort d'un manifestant tué par un tir de grenade offensive dans le cadre d'une opération de maintien de l'ordre, le Défenseur des droits s'est saisi d'office de cette affaire après avoir obtenu l'autorisation des ayants droit et celle du procureur. En l'espèce, le Défenseur s'est saisi d'un cas individuel mais c'est la portée générale de l'affaire qui a suscité son intérêt. Comme il le précise lors de son audition par les membres de la Commission d'enquête, il « ne s'agit pas de mener une deuxième enquête judiciaire. Mais cet événement à la fois terriblement douloureux et très complexe, comme le montrent les rapports administratifs, peut alimenter notre réflexion sur la doctrine du maintien de l'ordre. En France comme en Europe, certaines situations posent indiscutablement des problèmes nouveaux dans ce domaine » (Commission d'enquête chargée d'établir un état des lieux et de faire des propositions en matière de missions et de modalités du maintien de l'ordre républicain, dans un contexte de respect des libertés publiques et du droit de manifestation, ainsi que de protection des personnes et des biens, 16 avril 2015, Séance de 11 heures, Compte rendu n° 27, Assemblée nationale, p. 13). Pour un exemple relatif à l'Autorité de la concurrence : Cf. P3. T2. Ch.2. Sect.3. §3.

²¹⁶ CNCDH, avis du 21 mars 1991 sur les critères et modalités d'auto-saisine portant sur les violations des Droits de l'Homme dans le monde, 1 p.

²¹⁷ Lorsque le président de l'Autorité de la concurrence, dans son rapport annuel, indique les priorités liées au pouvoir d'initiative de l'Autorité, il manifeste le caractère éminemment discrétionnaire de la mise en œuvre des attributions consultatives via l'auto-saisine (Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2011*, Paris, Autorité de la concurrence, 2012, p.V).

²¹⁸ Article 8 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497.

d'information ni des pouvoirs dont il dispose avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du moment où il a informé cette personne ou, le cas échéant, ses ayants droit²¹⁹.

179. En définitive, l'auto-saisine « incarne la volonté juridique libre et indépendante des autorités administratives indépendantes. Ce pouvoir se traduit par le caractère discrétionnaire de la décision d'auto-saisine qui appartient à la seule autorité détentrice, sans contrôle juridictionnel, lui attribuant ainsi une faculté de gestion, d'organisation et de décision autonome »²²⁰.

Section 3. La soumission des magistratures d'influence indépendantes au contrôle du juge administratif

180. De nombreux auteurs ont souligné la contradiction qui existe entre les notions d'administration et d'indépendance. Conformément à la tradition politique française, il n'existe d'administration que subordonnée au Gouvernement, et à travers lui, au Parlement. Toutefois, le législateur ne peut pas créer des autorités totalement indépendantes à l'égard des pouvoirs existants en ce qu'une telle consécration se heurte à des principes constitutionnels et, ensuite, au « principe de soumission au droit qui marque notre tradition juridique [...] »²²¹. Selon ce principe, les autorités, quel que soit leur office, doivent trouver leur juge.

181. Toutefois cette question ne s'est pas posée dans les mêmes termes concernant les autorités n'exerçant qu'une magistrature d'influence. En effet, « le titulaire d'une magistrature d'influence ne devrait être soumis à aucun contrôle, parce que le rôle intrinsèque de régulation qu'il assume, devrait s'affirmer en dehors de toute attache et subordination ou bien parce qu'il ne possède réellement aucune autorité juridique et qu'il n'est l'auteur d'aucun acte juridique pouvant faire grief »²²². La question de la soumission des magistratures d'influence au contrôle du juge s'est posée à travers le cas du Médiateur de la République. La création de cette institution s'inspirait du modèle d'institution parlementaire – l'*Ombudsman* – et s'apparentait, sous de nombreux aspects, à une « novation » dans le paysage institutionnel français²²³, des conditions suffisantes pour consacrer sa nature *sui generis*.

²¹⁹ Article 2 du Décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits, *JORF*, n° 0175, 30 juillet 2011, p. 13020, texte n° 26.

²²⁰ J.-F. KERLÉO, « L'auto-saisine en droit public français », art cit, p. 303.

²²¹ C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », art cit, p. 218.

²²² C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public? », *RIEJ*, 1993, n° 30, p. 146.

²²³ R. PLEVEN, ministre de la Justice, Débats parlementaires, Assemblée nationale, *JORF*, 1972, p. 6209.

182. Dans sa décision *Retail* du 10 juillet 1981²²⁴, le Conseil d'État, pour affirmer son contrôle, s'est prononcé sur la question de la nature de l'institution sans tenir compte de sa nature *sui generis*, ni de sa qualité de magistrature d'influence à titre principal. Paradoxalement, la décision *Retail*, au regard de sa portée, a contribué au succès de l'expression d'« AAI » au détriment d'une dénomination de la catégorie moins ambiguë²²⁵, tout en étant une des causes, par une approche élargie de la notion d'autorité administrative, de la difficulté de conceptualiser la catégorie. L'apport principal de cette décision consiste à exclure toute immunité juridictionnelle, même lorsque l'autorité n'exerce qu'une magistrature d'influence (§1). Cette soumission au contrôle du juge, si elle apparaît hypothétique en ce qui concerne les autorités n'exerçant qu'une magistrature d'influence, ouvre néanmoins la possibilité d'un regard sur l'usage que ces autorités font de leurs compétences. À cet égard, le juge exerce de façon exceptionnelle un contrôle de l'excès de pouvoir des refus d'exercer une magistrature d'influence (§2).

§1 La nature administrative des autorités indépendantes

183. Le principe du contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes, s'il ne prête plus à discussion, était conditionné au fait de surmonter la contradiction entre la notion d'« autorité administrative » et celle d'indépendance. Cette contradiction est apparue à l'occasion d'une discussion portant sur le statut du Médiateur de la République. La nature de l'institution n'avait fait l'objet d'aucune précision par la loi du 4 janvier 1973 qui l'a créé ni par celle du 24 décembre 1976 qui lui conféra sa dénomination définitive. La controverse n'a pas porté directement sur la nature de l'institution, mais s'est posée à propos du régime contentieux des actes adoptés par le Médiateur. C'est dans son étude sur les rapports entre le Médiateur et le juge administratif que Guy BRAIBANT, alors membre de la Haute assemblée, amorça la discussion en considérant, au détour de son exposé, que le Médiateur avait le caractère d'une autorité administrative par défaut²²⁶. En réponse à cette opinion, Yves GAUDEMET défendit, au contraire, la thèse de l'autonomie du Médiateur, « avec pour

²²⁴ CE, Ass., 10 juillet 1981, n° 05130, *Retail*, Rec. Lebon, p. 303 ; *RDP*, 1981, p. 1441, concl. M. FRANC ; *Revue administrative*, 1981, p. 493, note S. RIALS ; *RDP*, 1981, p. 1687, note J.-M. AUBY ; *AJDA* 1981, p. 486 et 487, chron. F. TIBERGHIEN et B. LASSERRE.

²²⁵ Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *JCP G - entreprise et affaires*, juillet 1987, n° 27, 14987, paragr. 7.

²²⁶ Guy BRAIBANT, « Les rapports du médiateur et du juge administratif », *AJDA*, 1977, p. 283.

conséquence l'incompétence absolue du juge administratif sur les actes du Médiateur »²²⁷. Son argumentation se fondait principalement sur la volonté du législateur de mettre en place un « "pouvoir" indépendant des autres pouvoirs »²²⁸. Cette immunité juridictionnelle devait, en définitive, garantir l'indépendance et l'originalité de cette institution qui, après une étude de ses caractéristiques, s'avèrait ne disposer aucun des attributs habituels d'une autorité administrative.

184. Sur le plan juridique, aucune loi n'apporte de définition définitive de la notion d' « autorité administrative », préférant l'énumération à la définition générale de la notion²²⁹. Malgré cette absence, il est possible de relever des constantes en s'appuyant sur la jurisprudence et les écrits consacrés à cette notion, ainsi qu'en référence à la définition de l'« autorité » généralement admise en droit public, c'est-à-dire comme le « pouvoir de commander appartenant aux gouvernants et à certains agents publics »²³⁰ : la notion d' « autorité administrative » apparaît dès lors comme étant indissociable de l'exercice d'un pouvoir de décision²³¹. À ce stade, force est de constater, avec Yves GAUDEMET, qu'il existe une contradiction apparente entre l'exercice d'une magistrature d'influence à titre principal et la notion d'« autorité administrative ». Cette argumentation vaut d'ailleurs pour toutes les autorités indépendantes n'exerçant en principe qu'une magistrature d'influence (CCNE, CGLPL, Médiateur de l'énergie, etc.). De plus, un des aspects de la définition de la notion d'« autorité administrative » met avant une dimension représentative en plus du pouvoir de décision. À ce titre, une autorité administrative est « un organe d'une personne morale ou un agent de cette personne qui a le pouvoir de prendre des décisions unilatérales au nom de cette personne, ou au nom d'une autre personne morale, en agissant dans l'exercice d'une fonction soumise au droit administratif »²³². Au regard de l'indépendance de ces institutions vis-à-vis de l'exécutif, c'est plus spécifiquement son caractère représentatif – traduit par l'adjectif « administratif » – qui va susciter des oppositions de principe, car une « autorité

²²⁷ Y. GAUDEMET, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du médiateur et du juge administrative » dans *Mélanges Robert-Édouard CHARLIER. Service public et libertés*, Paris, Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 128.

²²⁸ R. DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », art. cit., §7. René PLEVEN, alors Garde des sceaux lors de la mise en place du Médiateur, exprimait la volonté du Gouvernement de l'époque qui souhaitait tenter « la greffe d'un organe nouveau [...] une institution juridique originale dans notre droit et différente des schémas auxquels nous sommes habitués » (R. PLEVEN, *JORF*, Débat, A.N., 1972, p. 6209-6210).

²²⁹ D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Institutions administratives*, Paris, PUF, 2011, p. 31.

²³⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 108.

²³¹ P.-B. SABOURIN, *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*, Paris, LGDJ, 1966, p. 373.

²³² D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, *Institutions administratives*, *op. cit.*, p. 31.

administrative » est avant tout un organe administratif représentant les intérêts de l'administration et qui est habilité à adopter un acte d'autorité en ce sens²³³. Au regard du statut d'indépendance qui est le leur, les AAI, soustraites à tout pouvoir hiérarchique, ne représentent que les intérêts publics reconnus dans la loi qui les a instituées.

185. Dans sa décision du 10 juillet 1981²³⁴, le Conseil d'État trancha la discussion et déclencha par là même « une controverse qui n'a jamais été totalement apaisée »²³⁵. En affirmant que le Médiateur de la République était une « autorité administrative », il a « fixé le droit positif »²³⁶ de manière définitive. Toutefois, cette qualification ne va pas de soi en ce que le juge l'applique à une institution située « en dehors » de l'administration d'une part et n'exerçant aucune compétence décisionnelle dans le cadre de sa fonction d'autre part²³⁷. Par ailleurs, la justification de la solution « ne semble pas de nature à forcer absolument la conviction »²³⁸ en ce qu'elle repose sur un syllogisme jugé « quelque peu simpliste »²³⁹. En effet, le juge estima, dans un considérant laconique, que le Médiateur était une autorité administrative, « notamment à raison de son mode de nomination », et ce même si en pratique les actes positifs adoptés dans le cadre de sa mission échappent à son contrôle. Dans ses conclusions, Michel FRANC confirme ainsi le raisonnement par défaut opéré par Guy BRAIBANT quelques années plus tôt. Le Médiateur ne procédant pas d'une nomination par le Parlement, il ne peut pas être rattachée au pouvoir législatif ; et, ne disposant d'aucun pouvoir juridictionnel, il ne peut pas s'apparenter au pouvoir judiciaire. Par déduction, « faute de pouvoir appartenir au pouvoir judiciaire ou au pouvoir législatif »²⁴⁰, il conclut que le Médiateur relève du pouvoir

²³³ J.-L. AUTIN, « Le statut du Défenseur des droits », art cit, p. 427-429.

²³⁴ CE, Ass., 10 juillet 1981, n° 05130, *Retail*, Rec. Lebon, p.303 ; *RDJ*, 1981, p.1441, concl. M. FRANC ; *Revue administrative*, 1981, p.493, note S. RIALS ; *RDJ*, 1981, p.1687, note J.-M. AUBY ; *AJDA* 1981, p.486 et 487, chron. F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE.

²³⁵ J.-L. AUTIN, « Le statut du Défenseur des droits », art cit, p. 422.

²³⁶ P. LEGATTE, « Le médiateur de la République. Situation actuelle », *Revue administrative*, 1986, p. 431.

²³⁷ La crispation autour de la notion d'« autorité administrative » réside en partie dans le fait qu'à l'époque du prononcé de la décision, les termes du débat étaient déterminés par les dispositions relatives à la compétence de Conseil d'État. Ainsi, jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de justice administrative (CJA) (Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie Législative du code de justice administrative), le Conseil d'État était, aux termes des dispositions de l'ordonnance de 1945, le « juge de droit commun en matière administrative » et sa mission consistait à statuer « souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives » (Article 32 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État. Cette disposition a été abrogée par l'article 4 de l'ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie Législative du code de justice administrative). Si cette référence a fait place désormais à la notion de « contentieux administratif » sans plus de précision au chapitre du Code de justice administrative sur les attributions contentieuses, le développement de la catégorie des AAI et son contrôle repose en partie sur la notion d'« autorité administrative » au regard de l'interprétation qu'en a faite le juge administratif.

²³⁸ J.-M. AUBY, « Note sur l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 10 juillet 1981 », *RDJ*, 1981, p. 1687.

²³⁹ R. DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », art cit, §. 7.

²⁴⁰ M. FRANC, conclusions sur CE, Ass, 10 juillet 1981, *Retail*, *RDJ*, 1981, p. 1446.

exécutif. Ce raisonnement par élimination ne convainc pas une partie importante des observateurs en ce que le caractère administratif de l'institution « ne serait pas vraiment démontré, mais seulement déduit »²⁴¹. Par ailleurs, les critiques rappelaient que cette solution ne correspondait pas à la volonté initiale du législateur qui avait entendu précisément faire de cette institution une autorité indépendante non administrative²⁴². Il était notamment soulevé que le raisonnement du Conseil d'État se fondait sur une conception tripartite de la séparation des pouvoirs qui ne peut, par principe, être qu'exclusive. Elle constitue ainsi une résistance à l'émergence de « pouvoirs neutres » au nom d'une conception figée de la séparation des pouvoirs – la « sainte trilogie »²⁴³. Or l'émergence de « pouvoirs neutres » constitue irrémédiablement un défi à la compréhension traditionnelle de la séparation des pouvoirs telle qu'on l'enseigne dans les facultés de droit²⁴⁴. Dans son étude, Yves GAUDEMET rappelle, à juste titre, que si les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par l'exécutif, l'instance ne constitue pas pour autant une autorité administrative²⁴⁵. En effet, la nature d'une institution ne peut dépendre uniquement de l'autorité de nomination, surtout si l'on tient compte du fait que la désignation des membres des autorités inclut de nombreuses autres autorités²⁴⁶. Michel FRANC concédait d'ailleurs que ce classement auprès de l'administration se faisait « faute de mieux »²⁴⁷. Cette solution revient à considérer que dans tous les cas la nomination emporte la fonction. Le maintien de cette solution confirme les analyses de Paul AMSELEK selon qui « la fonction administrative c'est ce qui reste des fonctions de l'État quand on a effacé les activités législatives et juridictionnelles »²⁴⁸. Il en résulte que la singularité du Médiateur, et partant de l'ensemble des autorités administratives indépendantes, ne peut s'apprécier en dehors d'une

²⁴¹ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution » dans Gérard TIMSIT et Claude-Albert COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 51.

²⁴² B. DELAUNAY, *Le Médiateur de la République*, Paris, PUF, 1999, p. 46.

²⁴³ S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 425.

²⁴⁴ S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, novembre 2012, vol. 143 - La séparation des pouvoirs, p. 25 ; depuis la relecture de MONTESQUIEU opérée par Charles EISENMANN, on sait que l'auteur de *De l'Esprit des lois* n'a jamais prétendu donner au principe de la séparation des pouvoirs la signification d'une séparation tripartite des pouvoirs (C. EISENMANN, « L'esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », dans *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, 1933, Libr. du Recueil Sirey, Paris, p.163-192).

²⁴⁵ Y. GAUDEMET, « Le médiateur est-il une autorité administrative? À propos des rapports du médiateur et du juge administrative », art cit.

²⁴⁶ S. RIALS, commentaire sous CE, 10 juillet 1981, Ass., *Retail, Revue administrative*, octobre 1981, n° 203, p. 495.

²⁴⁷ M. FRANC, conclusions sur CE, Ass, 10 juillet 1981, Retail, RDP, 1981, p. 1446.

²⁴⁸ P. AMSELEK, « Le service public et la puissance publique », *AJDA*, 1968, p.500 cité par P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 275.

conception tripartite des pouvoirs. Cette conception est principalement motivée par des considérations pratiques à savoir que toute institution doit trouver son juge.

186. L'apport principal de la décision réside ainsi dans le fait d'assumer le paradoxe qui résulte de l'affirmation de la compatibilité entre le statut d'indépendance et la nature administrative de l'institution²⁴⁹. En effet, si le Médiateur s'insère dans un cadre administratif, le commissaire du Gouvernement précise toutefois qu'il « ne s'agit pas d'affirmer que le Médiateur est une sorte de démembrement des services du Premier ministre ou qu'il s'agit d'une administration classique au sens où l'entend le droit administratif. Le Médiateur ne s'insère dans aucune hiérarchie administrative existante et ne fait sans doute pas partie au sens strict du terme de "l'administration" dont dispose le Premier ministre en vertu de l'article 20 de la Constitution »²⁵⁰. Le point essentiel de cette jurisprudence réside dans le fait que le juge y affirmait de cette manière la soumission du Médiateur à son contrôle. C'est donc au titre de la garantie des droits des administrés que la thèse de l'immunité juridictionnelle fut contestée. Dans la continuité des réflexions sur le statut des AAI, s'interrogeant pour savoir si le médiateur peut « être autre chose qu'une autorité administrative ? », Jean-Paul COSTA considéra dans ce sens que « ce contrôle est la contrepartie de l'absence de toute subordination, de toute possibilité donnée au gouvernement d'adresser au médiateur des instructions ; et supprimer toute soumission au juge créerait curieusement une zone supplémentaire de non-recours, alors que l'institution est née, notamment pour réduire celles-ci »²⁵¹. L'intérêt d'une telle qualification s'est ainsi d'abord révélé sur le plan contentieux. Le législateur avait accordé certaines compétences qui ne pouvaient par principe sortir du champ de contrôle du juge administratif telles que les décisions relatives à son personnel ou encore le pouvoir d'injonction dont pouvait faire usage le Médiateur en cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée²⁵².

²⁴⁹ Voir sur ce point : M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, France, L.G.D.J., 2003, 397 p.

²⁵⁰ M. FRANC, conclusions sur CE, Ass, 10 juillet 1981, Retail, RDP, 1981, p. 1446.

²⁵¹ J.-P. COSTA, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *AJDA*, mai 1987, p. 342. Pour une position équivalente : D. LABETOULLE, « Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes: le rôle du juge administratif » dans *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, p. 15 ; C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution » dans G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 228 ; P. WACHSMANN, « Sur l'"indépendance" des autorités administratives d'État », art cit, p. 488.

²⁵² M. FRANC, conclusions sur CE, Ass., 10 juillet 1981, Retail, RDP, 1981, p. 1448-1450.

187. Face à la controverse suscitée par la décision, entretenue par les critiques du Médiateur de l'époque²⁵³, le législateur est intervenu pour corriger les effets négatifs de la solution *Retail*. Ainsi, par la loi du 13 janvier 1989 portant diverses mesures d'ordre social²⁵⁴, il qualifia le Médiateur d'autorité indépendante, abandonnant ainsi le qualificatif « administrative ». Sans aller jusqu'à évoquer un « démenti législatif catégorique »²⁵⁵ à la jurisprudence *Retail*, l'intervention du législateur consista surtout à combler les lacunes de la loi de 1973 en affirmant clairement l'indépendance de l'institution, à l'instar de Commission nationale de l'informatique et des libertés. En effet, le Conseil d'État ne devait pas renoncer à sa position qu'il maintint jusqu'à l'instauration du Défenseur des droits²⁵⁶. Elles n'impliquaient donc aucunement des conséquences spécifiques quant au contrôle que le juge administratif opère sur l'activité du Médiateur. Plus largement, plusieurs propositions pour remplacer l'expression « autorité administrative indépendante »²⁵⁷ avaient d'ailleurs été avancées pour dénoter l'originalité de ces institutions vis-à-vis de l'administration, dont celle d'« autorité d'État indépendante »²⁵⁸. En définitive, l'indépendance n'exclut pas l'appartenance à l'administration, mais implique « uniquement de distinguer entre des administrations subordonnées et des administrations indépendantes »²⁵⁹.

188. Pour conclure, il convient de noter que la controverse autour de la qualification d'autorité administrative était spécifique au Médiateur de la République. La position d'Yves GAUDEMET n'était pas applicable à l'ensemble des AAI mais seulement au Médiateur de la République. En effet, comment contester la nature d'autorité administrative de la CNIL alors même que le législateur l'a explicitement qualifiée comme telle à l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 ? Yves GAUDEMET considérait à propos du Médiateur que « si classification il doit absolument y avoir, si le Médiateur doit entrer, “volens nolens”, dans le triptyque bien

²⁵³ Paul LEGATTE, médiateur de 1986 à 1992, rejette le qualificatif d'« autorité administrative » en se fondant tant sur le modèle parlementaire de l'institution de l'Ombudsman ayant inspiré la création du Médiateur que sur le caractère *sui generis* de l'institution. Selon lui « l'institution est unique, la fonction personnalisée, l'indépendance dans l'exercice de la mission est absolue, le pouvoir du Médiateur ne prend pas la forme de “décisions” exécutoires, mais il dispose de moyens de pression certains » (P. LEGATTE, « Le médiateur de la République. Situation actuelle », art cit, p. 432).

²⁵⁴ Article 69 de la loi n° 89-18 du 13 janvier 1989 portant diverses mesures d'ordre social, *JORF*, 14 janvier 1989, p. 542. La formule d'« autorités indépendantes » est utilisée désormais pour qualifier d'autres instances (CGLPL, CSA, etc.).

²⁵⁵ J.-L. AUTIN, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? » dans *Environnements*, Grenoble, PUG, 2004, p. 1553.

²⁵⁶ CE, 18 octobre 2006, n° 277597, *M. et Mme Miller*, Rec. Lebon p. 430 ; *AJDA* 2006, p. 1980 ; *D*, 2007. somm. 2418, obs. B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE.

²⁵⁷ J.-L. AUTIN, « Le statut du Défenseur des droits », art cit, p. 427.

²⁵⁸ P. LEGATTE, « Le médiateur de la République. Situation actuelle », art cit.

²⁵⁹ S. MANSON, *La notion d'indépendance en droit administratif*, op. cit., p. 61.

contraignant qui n'a pas été conçu pour lui, c'est au législatif, plus qu'à l'exécutif que le rattachement semblerait naturel »²⁶⁰. Par ailleurs, reconnaître la nature *sui generis* de l'institution n'aurait pas conduit à supprimer toute soumission au contrôle du juge administratif. En effet, il aurait été possible de considérer que le Médiateur était susceptible dans certains cas de « se comporter en autorité administrative »²⁶¹ tout en présentant une nature juridique intrinsèquement différente²⁶². Il en va ainsi, par exemple, des assemblées parlementaires qui agissent dans le cadre de leur organisation ou les relations avec leur personnel « comme des autorités administratives » et en tant que telles sont soumises au contrôle du juge administratif. Les actes, dans cette situation, sont susceptibles de trouver une sanction devant le juge administratif alors même que ce dernier ne contrôle pas les actes adoptés dans le cadre de la fonction parlementaire²⁶³.

§2 Le contrôle des refus d'exercer une magistrature d'influence

189. Jusqu'aux décisions du 21 mars 2016, les mesures positives prises dans le cadre d'une magistrature d'influence étaient insusceptibles de recours, car elles ne peuvent d'aucune manière être décisives au sens où la jurisprudence de juge administratif comprend cette expression²⁶⁴. D'ailleurs, c'est le sens des conclusions de Michel FRANC qui rappelle que, dans la plupart de ses initiatives, le Médiateur échappe au contrôle du juge administratif. En effet, il n'adopte pas formellement de décision susceptible de faire grief selon la formule consacrée. Néanmoins, il convient de s'attarder sur plusieurs décisions du juge administratif acceptant la recevabilité des recours dirigés contre des décisions négatives des AAI adoptées dans le cadre

²⁶⁰ Y. GAUDEMET, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du médiateur et du juge administratif », art cit, p. 520.

²⁶¹ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1992, vol. 2/2, p. 240.

²⁶² J.-L. AUTIN, « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? », art cit, p. 1552-1553.

²⁶³ Il en va ainsi, par exemple, des assemblées parlementaires qui agissent dans le cadre de leur organisation ou les relations avec leur personnel « comme des autorités administratives » et en tant que telles sont soumises au contrôle du juge administratif (CE, Ass., 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. Lebon p. 41). Même si, traditionnellement le juge administratif refusait de statuer sur les litiges concernant la situation du personnel administratif des assemblées (J.-S. BODA, « Le régime contentieux des actes parlementaires relatifs aux agents des assemblées retour sur un droit administratif "spécial" », *RDP*, 2011, n° 4, p. 839-862), cette jurisprudence critiquée a trouvé une issue dans l'ordonnance du 17 novembre 1958, relayée par la loi du 13 septembre 1983 (loi sur le statut de la fonction publique) qui a posé des limites à cette incompétence. La compétence du juge administratif s'est ainsi imposée pour les litiges concernant la situation du personnel des assemblées : Conseil d'État, Ass., 12 janvier 1968, n° 70881, *Dlle Barbier*, Rec. Lebon p. 39. Pour un exemple récent : Conseil d'État, 09 décembre 2005, n° 271315, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. Lebon p. 557.

²⁶⁴ Cf. P2. T2. Ch.2.

de l'exercice de leur magistrature d'influence, c'est-à-dire des refus de mettre en œuvre des attributions manifestant l'exercice d'un tel office.

190. Michel FRANC suggérait dans ses conclusions sur l'arrêt *Retail* de faire une exception et d'ouvrir uniquement le recours pour excès de pouvoir contre les refus d'intervention du Médiateur de la République²⁶⁵. Il invoquait en cela le motif suivant lequel refuser le contrôle conduirait « en réalité à admettre qu'une institution administrative – pour originale qu'elle soit – puisse régler elle-même sa propre compétence dont les limites sont fixées dans un texte législatif »²⁶⁶. Il admettait cependant que l'intérêt d'un tel recours serait en pratique limité pour le requérant, car dans l'hypothèse où le juge annulerait la décision de refus du Médiateur ce ne serait qu'un « succès de principe puisque la recevabilité de la réclamation n'implique évidemment pas qu'une recommandation aurait dû être prise »²⁶⁷. Le Conseil d'État ne l'a pas suivi puisqu'il a estimé que les réponses adressées par le Médiateur aux parlementaires qui le saisissent de réclamations « n'ont pas le caractère de décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours par la voie contentieuse »²⁶⁸. La haute juridiction a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer cette solution en 2006 à l'occasion d'un recours dirigé contre une lettre du Médiateur dans laquelle celui-ci se bornait à rappeler aux requérants qu'il avait procédé à la clôture de leur dossier au motif que le litige portait sur des rapports de droit privé n'entrant pas dans son champ de compétence²⁶⁹. Dans le cadre de la même affaire, les requérants avaient contesté également une lettre du médiateur de l'Autorité des marchés financiers (AMF) par laquelle il faisait savoir que l'autre partie ne souhaitait pas s'engager dans un processus de médiation, ce qui fut l'occasion pour le juge, très logiquement, d'étendre la solution aux refus de médiation de l'AMF considérant que « la décision par laquelle celle-ci refuse de donner suite à une demande de conciliation ou de médiation n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir »²⁷⁰.

²⁶⁵ M. FRANC, conclusions sur CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, RDP, 1981, p. 1450-1451.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 1450.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 1451.

²⁶⁸ CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, précité.

²⁶⁹ CE, 18 octobre 2006, n° 277597, *M. et Mme Miller*, Rec. Lebon p. 430 ; *AJDA*, 2006, p.1980 ; *Rev. Trésor*, 2007, p.171, obs. J.-L. PISSALOUX ; *D*, 2007, Somm.2418, obs. B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE.

²⁷⁰ CE, 18 octobre 2006, *M. et Mme Miller*, précitée. Cette solution trouve une confirmation dans la décision du 13 juillet 2007 se prononçant sur la recevabilité d'un recours contre une lettre de la HALDE refusant de donner suite à une réclamation (CE, 13 juillet 2007, n° 297742, *Mme Abric*, Rec. Lebon p.992). La fermeture du recours pour excès de pouvoir ne signifie pas que la personne qui s'estime discriminée ne dispose d'aucun recours. En effet, elle peut porter les faits devant le juge pénal puisque les discriminations donnent lieu, sous certaines conditions, à des incriminations pénales (article 225-1 et s. du Code pénal). Toutefois, les discriminations ne sont pas faciles à établir. C'est précisément la raison pour laquelle la lettre de refus de la HALDE est déterminante pour la personne intéressée. La HALDE dispose d'importantes prérogatives pour recueillir des informations pertinentes

191. Ces solutions à propos de refus de mettre en œuvre ses pouvoirs d'influence s'expliquent car le juge administratif suit une logique « géométrique »²⁷¹. Soit l'acte refusé aurait fait grief s'il avait été adopté, dans ce cas le refus fait lui-même grief ; soit, au contraire, l'acte demandé n'aurait pu remplir les critères de recevabilité du recours auquel cas le recours dirigé contre le refus est lui aussi jugé irrecevable²⁷². Le juge ne contrôle pas l'appréciation qu'opère une autorité administrative sur la mise en œuvre de ses pouvoirs si ces derniers sont insusceptibles de produire une quelconque modification de l'ordonnement juridique. Dès lors, tous les actes liés à l'exercice d'une magistrature d'influence, par nature non contraignants, étaient exclus du champ des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; et ce quelle que soit leur portée, qu'il s'agisse d'une mise en œuvre positive des pouvoirs d'une magistrature d'influence ou d'un refus de les exercer.

192. En dépit de ce principe, à plusieurs reprises, le juge administratif a rompu avec la logique géométrique dans des cas spécifiques. Il s'est déclaré, à l'occasion de plusieurs affaires, compétent pour contrôler le bien-fondé d'un refus de mettre en œuvre des magistratures d'influence, introduisant ainsi une nuance remarquable dans l'étendue de son contrôle. Dans sa décision *Dakar* du 28 juillet 2000²⁷³, le juge a accepté de contrôler une décision de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) – désormais remplacée par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)²⁷⁴ – par laquelle cette dernière avait refusé de mettre en œuvre ses pouvoirs de contrôle, alors même que ceux-ci ne débouchaient que sur le rendu d'un avis simple. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2015²⁷⁵, les écoutes téléphoniques dites administratives ou de sécurité étaient autorisées à titre exceptionnel à condition de poursuivre l'un des motifs que la loi du 10 juillet 1991 énumérait tels que la prévention du terrorisme ou la recherche de renseignements intéressant la sécurité nationale²⁷⁶. Si l'interception devait être autorisée par le Premier ministre, dans tous les cas, la décision d'interception était communiquée dans les 48

sur la situation de discrimination, dont la personne qui se prétend victime d'une discrimination ne pourra pas bénéficier dans le cas d'un refus de la HALDE de se saisir de son cas.

²⁷¹ M. COLLET, « De la consécration à la légitimation » dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 49.

²⁷² *Ibid.*, p. 48.

²⁷³ CE, 28 juillet 2000, n° 212941, *Dakar*, Rec. Lebon p.330 ; *RFDA*, 2000, p. 1158.

²⁷⁴ La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a créé la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) dont l'avis, conformément aux nouveaux articles L. 821-1 et s. du code de la sécurité intérieure, est désormais rendu à la demande d'un ministre avant la décision du Premier ministre.

²⁷⁵ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, *JORF*, n° 0171, 26 juillet 2015, p. 12735.

²⁷⁶ Article 3 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, version consolidée au 5 août 2016.

heures au président de la CNCIS, habilitée à recommander son interruption dans l'hypothèse où ce dernier la considérait comme illégale au regard des dispositions du Code de sécurité intérieure encadrant les écoutes²⁷⁷. Par ailleurs, conformément à l'article 15 de la loi, la Commission pouvait, de sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt, procéder au contrôle de toute interception de sécurité en vue de vérifier si celle-ci avait été effectuée dans le respect de la légalité. Si elle estimait qu'une interception de sécurité était effectuée en violation des dispositions du présent titre, elle adressait au Premier ministre une recommandation tendant à ce que cette interception soit interrompue²⁷⁸. L'activité de la CNCIS consistait donc à exercer une magistrature d'influence à l'égard du Premier ministre. Dans l'affaire *Dakar*, la demande de la requérante soupçonnait l'existence d'écoutes téléphoniques opérées sur les lignes téléphoniques de ses relations. Toutefois, le président de la CNCIS refusa de donner suite à cette saisine considérant que celle-ci dépassait le cadre de ses compétences. Le juge confirma cette interprétation. Si le juge s'en était tenu à suivre une logique géométrique, il aurait dû assimiler l'hypothèse de la mise en œuvre des compétences à celle du refus de leur mise en œuvre. Or la décision adoptée à l'issue du contrôle s'apparentant en l'espèce à une recommandation (une simple invitation à agir), il aurait dû déclarer irrecevable le recours intenté contre le refus de la CNCIS d'ouvrir une procédure de vérification. Au contraire, le Conseil d'État, dans cette affaire, accueillit le recours dirigé contre le refus de la Commission *in fine* d'édicter un acte dénué de tout caractère contraignant. Pour le dire autrement, il accepta d'examiner la légalité du refus d'effectuer un contrôle alors même qu'il aurait refusé d'en contrôler le résultat si celui-ci avait eu lieu, à savoir l'avis que la Commission aurait adopté à l'issue de la procédure de contrôle.

193. Sans s'attarder sur la nature de l'activité de la CNCIS, le juge se contente de fonder sa compétence de premier et dernier ressort en raison de la nature de l'institution à savoir un « organisme collégial à compétence nationale ». En effet, conformément à l'article 2, 6° du décret du 30 septembre 1953²⁷⁹, codifié à l'article R. 311-1 du CJA, le Conseil d'État était compétent pour connaître « des recours en annulation dirigés contre les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale ». En l'espèce, il se contenta de constater que la CNCIS était l'un de ces organismes avant d'apprécier la légalité de la décision attaquée. Le même jour, le juge administratif tiendra le même raisonnement à propos d'un refus de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) d'opérer un

²⁷⁷ Article L243-8 du Code de la sécurité intérieure.

²⁷⁸ Article L243-8 al.2 Code de la sécurité intérieure.

²⁷⁹ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif.

contrôle. Dans l'affaire *Mme Troyon*²⁸⁰, la requérante demandait au Conseil d'État d'annuler la décision en date du 15 juin 1999 par laquelle le président de la CNIL avait clos le dossier relatif à sa demande de vérification portant sur la finalité et l'usage d'un fichier nominatif de l'association des anciens élèves du Centre d'études littéraires et scientifiques appliquées (CELSA). En application de l'article 2 du décret du 30 septembre 1953, le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour connaître en premier et dernier ressort d'une requête tendant à l'annulation de la décision car la CNIL est assimilable à un « organisme collégial à compétence nationale »²⁸¹. Cette analyse a été réitérée dans plusieurs arrêts ultérieurs²⁸². Depuis une modification de l'article par le décret du 22 février 2010²⁸³, la formulation de l'article R. 311-1 du CJA relatif à la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'État a été modifiée. La CNCIS y est désormais explicitement mentionnée²⁸⁴. En effet, le 4^{ème} alinéa se contente d'énumérer les autorités dont les décisions, prises « au titre de leur mission de contrôle ou de régulation », relèvent en premier et dernier ressort du Conseil d'État. L'article vise ainsi les principales AAI et API pour lesquelles il n'y a plus lieu de distinguer selon que l'organe ayant pris la décision attaquée est collégial ou non²⁸⁵. Tout porte à penser que cette liste n'est pas indicative, mais limitative. En effet, l'établissement d'une telle liste dans un texte normatif, à défaut de mention contraire, doit être considéré comme étant limitative. On peut dès lors s'étonner de l'absence de certaines AAI exerçant une mission de contrôle telle que la Commission consultative nationale du secret de la défense nationale (CCSDN). À cet égard, la référence explicite à « la mission de régulation » conserve sa part de mystère. En ce qui concerne la décision du Conseil d'État à propos du refus de la CNCIS, il convient de conclure que le juge distingue en l'espèce la décision de contrôle – une sanction ou une recommandation – de l'activité de contrôle en question – une activité qui implique nécessairement la mise en

²⁸⁰ CE, 28 juillet 2000, n° 210311, *Mme Troyon*, Rec. Lebon, p.329 ; CCE, n° 3, mars 2001, comm.31, note A. LEPAGE.

²⁸¹ Désormais codifié à l'article R311-1 du CJA.

²⁸² Contre la décision du directeur général de l'ARCEP de classer sans suite sa demande de sanction : CE, 19 janvier 2009, n° 301148, *Société Saint Martin Cable TV FWI*, T. Lebon p. 677 et 870.

²⁸³ 4° de l'article R311-1 du CJA.

²⁸⁴ Article 1^{er} du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, *JORF*, n° 0045, 23 février 2010, p. 3325, texte n° 15. La liste est relativement mystérieuse. Il est difficile de saisir ce qui justifie précisément leur inscription. En effet, la CCSDN ne figure pas parmi les organes remplissant une « mission de contrôle ou de régulation », alors que sa mission se rapproche de celle de l'ancienne CNCIS, et de l'actuelle CNCTR.

²⁸⁵ J.-H. STAHL et J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives », *RFDA*, 2010, p. 389.

œuvre d'actes dont la portée est le plus souvent impérative. Suivant cette analyse, la logique géométrique n'est pas véritablement remise en question par cette décision.

194. De façon plus surprenante, le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour contrôler les refus de la Commission nationale du débat public (CNDP) de mettre en œuvre ses compétences, alors même que la mission qui lui est confiée s'apparente exclusivement à l'exercice d'« une magistrature d'influence en matière de participation du public »²⁸⁶. Dans une décision du 17 mai 2002²⁸⁷, le Conseil d'État a estimé qu'étaient recevables les recours contre les décisions de la CNDP d'organiser ou de refuser d'organiser des débats publics. Cette décision manifeste ainsi la volonté du Conseil d'État de contrôler la lecture que la CNDP fait du périmètre de ses compétences, et ce sans tenir compte de la nature de l'activité de l'instance en question. Dans cette décision relative à la CNDP, le Conseil d'État met ainsi en pratique la proposition de Michel FRANC formulée dans ses conclusions sur l'arrêt *Retail*, sans toutefois manifester l'intention de la généraliser. Dans sa jurisprudence postérieure à cette décision, loin de remettre en question cette interprétation, le Conseil précisa au cas par cas la façon dont doivent s'appliquer les textes de procédure relatif à l'organisation du débat public²⁸⁸. Il limita, par exemple, la portée de son contrôle en déclarant irrecevable un recours dirigé contre les mesures relatives aux modalités de déroulement d'un débat, tout en demeurant silencieux quant aux fondements de cette irrecevabilité²⁸⁹.

195. En définitive, si la recevabilité des recours contre les décisions de refus de mettre en œuvre des compétences conserve une logique symétrique, le Conseil d'État y a dérogé à de multiples reprises. Ces dérogations jurisprudentielles puisent leur fondement précisément dans l'idée qu'une autorité administrative, même si elle n'exerce à titre principal qu'une magistrature d'influence, ne doit pas régler elle-même sa propre compétence ; et à plus forte raison lorsqu'il existe un cadre d'exercice fixé par le législateur.

²⁸⁶ Commission particulière du débat public, Projet ferroviaire Bordeaux-Espagne, le débat public mode d'emploi (debatpublic-projetferroviaire-bordeaux-espagne.org, consulté le 14 mars 2015).

²⁸⁷ CE, 17 mai 2002, n° 236202, *Association France nature environnement*, T. Lebon p. 881 et 964 ; *RJ envir.*, 4/2002, p.641 ; *LPA*, 2003, n° 142, p. 13, note V. INSERGUET-BRISSET.

²⁸⁸ P. VIALATTE, « Dix ans de débat public. Un bilan global positif », *Revue Environnement et Développement durable*, décembre 2007, n° 12, étude 13, paragr. 8.

²⁸⁹ CE, 14 juin 2002, n° 215154, *Assoc. pour garantir l'intégrité rurale restante*, T. Lebon p. 963 ; *LPA*, 2003, n° 142, note V. INSERGUET-BRISSET ; *RDI*, 2002 p.426, obs. L. DEREPAAS.

Conclusion du titre I

197. Généralement, les exposés relatifs aux garanties d'indépendance des autorités portent sur leur degré d'inachèvement, leurs imperfections²⁹⁰ ou encore, plus simplement, soulignent la précarité de leur indépendance vis-à-vis du pouvoir politique²⁹¹. Certes, il est entendu qu'en ce qui concerne le statut des membres des AAI, plusieurs aspects s'avèrent perfectibles. Il en va ainsi du mode de nomination – conférant un important pouvoir discrétionnaire au Président de la République lorsque l'autorité est unipersonnelle –, de la diversité du profil des membres lorsqu'elles sont collégiales ou encore des mécanismes qui garantissent leur indépendance à l'égard du secteur soumis à leur surveillance. À cela, il convient d'ajouter les critiques relatives aux leviers financiers dont disposent l'exécutif et le législatif leur permettant de peser plus ou moins directement sur l'action des autorités. En effet, envisager l'effacement de tout lien de subordination implique de se poser la question de l'indépendance effective des AAI. À cet égard, le degré d'indépendance d'une AAI s'évalue au regard des obstacles juridiques qui se dressent devant leur action : un statut précaire ; la faiblesse des moyens humains et financiers ; ou encore la mise en œuvre conditionnée de leurs attributions ; qui sont autant de motifs susceptibles de limiter leur action.

198. Ce constat simple se double généralement de celui de la pertinence de l'hétérogénéité des statuts d'indépendance. Si cette indépendance se conçoit d'abord, et principalement, à l'égard du Gouvernement qui, aux termes de l'article 20 de la Constitution, « dispose de l'administration », les autres aspects – composition, durée du mandat, etc. – apparaissent rétifs à toute systématisation à l'échelle de la catégorie. Ainsi, si l'on observe une convergence des sources relatives aux principes organisant cette manifestation de l'indépendance des AAI, il n'en demeure pas moins à la lecture des textes constitutifs des AAI que le législateur privilégie une approche sensible à la spécificité des missions et des secteurs concernés, ce qui implique la consécration de régimes variés. Si la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API parachève cette convergence des règles communes, il convient cependant de constater que n'est pas remis en question la diversité des modèles. Par exemple, ni la durée des mandats ni la composition n'ont été uniformisés à l'échelle de la catégorie. Loin d'y voir une harmonisation statutaire en demi teinte, nous prenons acte du fait que le législateur a entendu

²⁹⁰ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, 1993, p. 635.

²⁹¹ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », art cit, p. 24.

maintenir le principe d'une organisation des AAI « sur mesure ». En effet, il souscrit ainsi à l'idée selon laquelle la souplesse d'organisation des AAI permet d'en optimiser l'efficacité, et ce « selon une démarche pragmatique inhérente à ce qui fait, par-delà leurs disparités, figure de dénominateur commun aux AAI et API : leur insertion dans une démarche régulatrice »²⁹².

199. Enfin, sous l'angle d'une étude sur la magistrature d'influence, l'examen de leur indépendance se heurte aux limites de l'analyse juridique, c'est-à-dire d'une démarche qui consiste à l'appréhender à travers les textes de loi et, le cas échéant, la jurisprudence. Le risque est d'accorder trop d'importance aux imperfections statutaires de cette indépendance juridique et de manquer la signification et la portée de cette indépendance. Elle est une « fiction sociale qui renforce et conforte celle de la “neutralité”, mais elle peut être dite bien fondée car elle rend possible l'action “impersonnelle” »²⁹³ des autorités. En ce sens, des statuts imparfaits d'indépendance n'impliquent pas nécessairement un affaiblissement de la magistrature d'influence. Dans le cadre de l'exercice d'un tel office, l'enjeu essentiel réside dans le maintien d'une croyance en leur indépendance, une croyance dans la fiction sociale. Cette croyance légitime leur action. Dans ce cas, la préservation du « magistère » des membres des AAI est la première condition de l'établissement d'une magistrature d'influence institutionnalisée. Cette idée explique dès lors qu'il y ait une adaptation ou une reformulation quasi-permanente des règles ou des bonnes pratiques liées à l'indépendance d'esprit, par la diffusion d'une déontologie des membres ou par le renforcement des règles de comportement au regard des exigences issues de l'État de droit. Les règles statutaires participent à renforcer cette croyance nécessaire à l'accomplissement de leurs missions, notamment *via* leur magistrature l'influence, mais n'y suffisent pas.

²⁹² P. IDOUX, « Le nouveau statut général des AAI et des API », art.cit., 1117.

²⁹³ F. LEBARON, « Les fondements sociaux de la neutralité économique ... », art. cit., p.72.

Titre 2. L'information, ressource privilégiée de l'influence

200. La singularité des autorités administratives indépendantes tient avant tout dans l'idée que leur action est permanente, là où celle des juridictions est « par nature saccadée, au gré des procès successifs »¹. Leur intervention ne s'apparente pas à celle des organes de contrôle au sens classique². Elle ne consiste pas uniquement à vérifier la légalité des comportements et des situations suite à une plainte, mais, plus largement, à « veiller » au respect des objectifs d'une politique publique déterminée et à assurer la « surveillance » d'un secteur d'activité donné³. Or, pour assurer de façon continue leurs missions, les autorités doivent acquérir une connaissance pointue des thématiques propres au secteur d'activité dont elles ont la charge, leur permettant ainsi de développer une expertise à la fois complète et concrète. Ce qui suppose qu'elles disposent d'une capacité autonome de recueil des informations utiles à la connaissance des difficultés et des dysfonctionnements du secteur en question soumis à leur autorité. Pour le dire autrement, quelles que soient leurs attributions, c'est d'abord la détention d'une information originale, pertinente, crédible et complète qui permet le bon accomplissement des missions qui leur sont imparties. Cette affirmation est d'autant plus vraie que l'instance en question ne dispose d'aucun pouvoir d'imposer sa volonté. En effet, l'observation de leur activité amène au constat que la magistrature d'influence des AAI est principalement fondée sur une logique communicationnelle, c'est-à-dire sur leur capacité à recueillir des informations leur permettant de diffuser des avis ou des rapports qui sont d'autant plus suivis ou respectés qu'ils sont fondés et éclairés⁴.

201. Dans la littérature juridique, les AAI sont souvent appréhendées à travers l'étude de leurs compétences normatives ou répressives ainsi que sous l'angle des difficultés que ces compétences sont susceptibles de soulever au regard de l'ordre juridique tel qu'il est. Dans la plupart des cas, les auteurs s'en tiennent à inviter à ne pas négliger les fonctions d'information,

¹ Marie Anne FRISON-ROCHE, étude Bilan, §10.0

² Stéphane BRACONNIER, « Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique ? », *RDP*, 2014, n° 2, p. 261 et s.

³ Ces termes se retrouvent dans la plupart des textes constitutifs des autorités administratives et publiques indépendantes en charge d'une mission de régulation. Ils font d'ailleurs écho à la régulation telle qu'elle résulte de sa signification originelle empruntée à la théorie générale des systèmes, c'est-à-dire à l'action constante de mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence (M. CROZIER, *État modeste, État moderne. Stratégie pour un changement*, Paris, Fayard, 1987, p. 123).

⁴ G. MAITRE, « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, p. 23.

de persuasion, de pression et d'influence des AAI⁵. Or, l'information – si elle n'est pas en soi une source de pouvoir⁶ – participe, par son recueil et sa diffusion, d'une pratique d'influence de première importance. Commentant en 1978 la loi établissant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Herbert MAISL décrivait les trois états de cette magistrature singulière : l'instance est « informée, elle s'informe et elle informe »⁷. Cette régulation par l'information ne vaut que parce qu'elle s'inscrit dans un espace particulier – parfois appelé « espace public »⁸ – où se joue un processus d'argumentation et de délibération au sein d'un tissu dense d'acteurs, allant des associations aux institutions, en passant par les acteurs économiques, quel que soit leur statut⁹. L'action des AAI dans cet espace public suppose donc qu'elles soient « à la pointe »¹⁰ en matière d'information.

202. Le degré d'influence des avis ou recommandations des AAI sur les acteurs d'un secteur soumis à leur surveillance dépend d'abord de la qualité de l'information recueillie. À cet égard, le développement d'une expertise originale dépend de la diversité des pouvoirs des autorités leur permettant de recueillir une information (Chapitre 1). Ensuite, l'établissement d'une régulation efficace par l'information dépend des moyens et des pouvoirs de diffusion dont disposent les autorités. Selon la nature de l'information et la portée de sa diffusion, on distingue une régulation positive fondée sur la transparence et la pédagogie et une régulation négative qui consiste à dénoncer un comportement ou à stigmatiser une personne (Chapitre 2).

⁵ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e éd., Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 79.

⁶ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, p. 364.

⁷ H. MAISL, « La maîtrise d'une interdépendance, commentaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 1978, paragr. 55.

⁸ J. HABERMAS, *Droit et démocratie: entre faits et normes*, traduit par R. ROCHLITZ et traduit par C. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, 1997, p. 387.

⁹ G. PIROTTE, *La notion de société civile*, coll. « Repères », Paris, La Découverte, 2007, p. 55.

¹⁰ Comme le relève Martin COLLET, « dès lors que la norme ne peut plus vraiment s'appuyer sur la contrainte qui l'accompagne pour s'imposer, force est de plutôt compter pour y parvenir sur la médiatisation et sur la conviction » (M. COLLET, « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un État en crise ? », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, p. 14).

Chapitre 1. Les pouvoirs de recueillir l'information, condition d'une expertise influente

203. L'information alimente le contenu des avis, des recommandations ou des prises de position des AAI. La qualité et la crédibilité de l'information recueillie par les autorités conditionnent en grande partie leur pouvoir d'influence, que ce soit sur le secteur soumis à leur surveillance ou sur une personne mise en cause devant elles¹. En effet, l'intervention des AAI ne consiste pas uniquement à vérifier la légalité des comportements et des situations, mais, plus largement, à apporter un éclairage ou fournir une expertise. À cet égard, l'emploi du terme « contrôle » pour qualifier leur activité de recueil de l'information apparaît réducteur. Cette mission nécessite un dépassement du cadre traditionnel des mécanismes de contrôle, alliant vérification, expertise et étude.

204. « Recueillir » l'information se résume en une phrase : les AAI s'informent et sont informées. Cela recouvre l'ensemble des dispositifs tendant principalement à sélectionner les informations pertinentes et à en proposer une interprétation. La recherche d'une information originale implique donc un fonctionnement souple des autorités, ainsi que, le cas échéant, des compétences spécifiques.

205. Quel que soit le domaine ou le secteur soumis à leur surveillance, l'intervention des AAI dans le cadre de leur magistrature d'influence s'inscrit dans un processus de légitimation permanent qui repose en grande partie sur la qualité de l'information recueillie. Pour cela, cette dernière doit être pertinente, complète et légitime. Au regard de la mission de surveillance générale des autorités, la pertinence de l'information recueillie impose une diversification des sources d'information (Section 1). Ensuite, le caractère complet de l'information recueillie dépend de l'attribution de compétences d'accès aux informations nécessaires à leur mission, et s'accompagnant, le cas échéant, de pouvoirs de contrainte (Section 2). Enfin, la légitimité de l'information recueillie implique que le recueil de l'information soit conforme au droit d'une

¹ Ce constat, frappé au coin du bon sens, fait l'objet de rappels fréquents dans les rapports des AAI. Ainsi peut-on lire dans le rapport annuel du Défenseur que « la crédibilité de l'engagement du Défenseur des droits repose notamment sur la qualité des investigations qu'il mène » (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 32).

part et loyal envers les acteurs du secteur soumis à leur surveillance d'autre part. En ce sens, hormis les contraintes juridiques attachées notamment aux divers secrets protégés, on assiste à une formalisation du pouvoir de recueillir l'information tant par la loi et les textes réglementaires que par la pratique interne des AAI (Section 3).

Section 1. Une information diversifiée

206. Les autorités s'informent avant d'informer. Instituer des autorités indépendantes en charge de la régulation d'un secteur ou de la protection d'une liberté publique implique que ces dernières, dans la mise en œuvre autonome de leur mission de régulation, acquièrent une connaissance approfondie des difficultés et des thématiques propres au secteur ou à la liberté concernés. Dès lors, il s'agit pour les autorités de constituer une base d'informations, et par la suite une expertise, qui s'avère indispensable à la formulation de positions, recommandations ou avis. Cette fonction de veille consiste plus à anticiper des difficultés qu'à prendre en charge une activité de contrôle.

207. La fonction de veille des AAI nécessite donc de mettre en œuvre des moyens souples favorisant la diversification des sources d'information, tant dans ses modalités de recueil que dans son contenu. Si ces pouvoirs ne sont pas toujours explicitement déterminés, ils reposent d'abord sur des autonomies décisives telles que l'autonomie fonctionnelle et l'autonomie d'action, toutes deux constitutives de l'indépendance d'action des autorités². En tant qu'instances indépendantes, les AAI n'hésitent pas à mobiliser tous les outils à leur disposition afin de recueillir une information pertinente visant à l'application effective du droit dans un secteur donné ou plus largement à l'évolution de la protection des droits et libertés.

208. C'est au titre d'une fonction de veille que les AAI recueillent l'information. L'efficacité de cette intervention dépend de leur capacité à se procurer une information pertinente (§1). Pour ce faire, les autorités développent des coopérations et établissent des liens avec les autres instances publiques (§2) ainsi qu'avec les acteurs de la société civile ; ce qui favorise ainsi l'information en réseau (§3).

§1 S'informer : une mission de veille et d'expertise

209. La mission de veille est rarement mentionnée de façon explicite dans les textes constitutifs des AAI. Toutefois, à l'article 11, 4° de la loi 1978 (présent dès la première version

² Cf. P1. T1. Ch.2.

de la loi), il est indiqué, avant l'énumération des attributions consultatives de la CNIL, que cette dernière « se tient informée de l'évolution des technologies de l'information ». Par cette mention, le législateur souligne ainsi que dans un secteur où l'évolution des technologies est marquée par une grande rapidité, il est nécessaire que la Commission développe des outils ou des procédés permettant d'anticiper les risques liés à ces évolutions³. Cette préoccupation va progressivement trouver un écho dans les structures de l'ensemble des autorités qui, pour certaines, vont parfois développer une section de veille et d'étude. L'objectif, selon les mots du président de l'Autorité de la concurrence, est de « prendre de la hauteur en s'investissant dans un projet plus large »⁴. L'importance acquise par cette activité de veille au sein de l'autorité renseigne d'autant sur la conception que les membres de cette autorité se font du rôle que doit tenir l'institution dans la régulation des conduites.

210. De façon générale, l'influence que les autorités exercent sur les acteurs du secteur qu'elle régule puise en grande partie sa source dans leur expertise. Le législateur n'en prévoit que très rarement les modalités. D'ailleurs, l'absence de mention ou l'imprécision de cette mission de veille dans les textes constitutifs des AAI leur laisse une marge d'appréciation quant aux modalités et techniques de recueil de l'information. Cette marge trouve toutefois une limite dans les moyens dont dispose l'autorité en question. Cette fonction s'appréhende essentiellement par son caractère informel. En effet, il n'est pas question d'établir précisément des faits ou de statuer sur la conformité d'une situation par rapport à une norme de référence. L'efficacité de cette activité repose donc sur le statut et le mode de fonctionnement des autorités administratives indépendantes. Ainsi, c'est l'« indépendance fonctionnelle, qui [leur] permet de mettre en œuvre efficacement [leurs] prérogatives, en se fondant sur [leur] expertise propre »⁵. Comme le souligne Marie-Anne FRISON-ROCHE⁶, l'autonomie fonctionnelle et l'autonomie de gestion que le législateur accorde aux autorités favorisent l'établissement d'une information originale tant par son contenu que dans ses modalités de recueil⁷.

³ H. MAISL, « La maîtrise d'une interdépendance », commentaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art cit, p. 2891.

⁴ B. LASSERRE, « L'office de l'Autorité de la concurrence », *Justice & cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, 2010, Dossier « l'office du juge », p. 104.

⁵ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 90.

⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 6.0.1.

⁷ Il convient de noter que l'imprécision de cette fonction de veille laisse une marge d'appréciation aux AAI dans le recueil de l'information qui s'évalue surtout au regard des moyens dont dispose l'autorité en question. Sans aller jusqu'à faire de l'autonomie budgétaire une condition *sine qua non* de l'établissement d'un pouvoir d'influence, la question des moyens humains et financiers demeure cardinale dans l'établissement d'une magistrature d'influence. En guise d'exemple, en 2006, la CNIL souhaitait « voir le doublement de ses effectifs » en arguant

211. Autonomes dans leur fonctionnement, les AAI inventent ou mobilisent des outils novateurs et variés leur assurant la production d'une expertise originale, allant de la simple commande d'un sondage, de la production de statistiques à la mise en place de diverses consultations ou enquêtes sur des sujets spécifiques. Dans le cadre de leurs recherches, les autorités développent des outils de contact avec les différents acteurs du secteur qu'elles régulent (auditions, recueil des témoignages, statistiques, questionnaires, etc.). Par exemple, le CSA, sans être légalement tenu de s'informer, a mis en place une section d'études qui lui permet de développer des analyses et de formuler des recommandations à l'adresse des acteurs du secteur de l'audiovisuel *lato sensu*. Par ses études thématiques ou ses études d'impact, le Conseil analyse entre autres « les évolutions éditoriales, techniques, économiques et juridiques susceptibles d'avoir une influence sur le secteur de l'audiovisuel à moyen et long terme »⁸. Pour réaliser ses études, il peut : soit faire appel à des cabinets d'expertise extérieurs, dans l'hypothèse où il ne disposerait pas de la compétence technique ou des moyens humains suffisants ; soit la faire réaliser par ses propres agents. Par exemple, les conclusions de trois études sur les stéréotypes féminins qui peuvent être véhiculés dans les séries de fiction, les émissions de divertissement et d'animation publiées en juillet 2014⁹ s'appuient sur une vaste recherche documentaire menée par les agents du CSA eux-mêmes et sur une quinzaine d'entretiens menés en face à face avec les principaux acteurs de ce marché, à savoir les éditeurs et distributeurs de services de télévision, les producteurs et les agences publicitaires.

212. Dans la recherche d'un contact direct avec le terrain, certaines autorités ont choisi de mettre en place des correspondants ou des délégués en périphérie de leur action centrale. Ces personnes, qualifiées de « capteurs »¹⁰, « sont disséminées pour percevoir les informations,

avant tout que « les postes nouveaux de la CNIL seraient consacrés au renforcement de sa capacité d'expertise technologique [...] à l'animation du réseau de correspondants à la protection des données personnelles, à la création de plates-formes locales, au renforcement de la fonction relations extérieures, études et développement et enfin à l'ajustement corrélatif des fonctions administratives et de support » (Audition d'un représentant de la CNIL cité par M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 16.1.4.1).

⁸ Source : csa.fr/Etudes-et-publications/Les-etudes-thematiques-et-les-etudes-d-impact.

⁹ CSA, *Études sur les stéréotypes féminins qui peuvent être véhiculés dans les séries de fiction, les émissions de divertissement et d'animation*, Paris, Conseil supérieur de l'audiovisuel, 10 juillet 2014 (csa.fr/Etudes-et-publications/Les-etudes-thematiques-et-les-etudes-d-impact/Les-etudes-du-CSA/Etudes-sur-les-stereotypes-feminins-qui-peuvent-etre-vehicules-dans-les-series-de-fiction-les-emissions-de-divertissement-et-d-animation, consulté le 17 mai 2015).

¹⁰ Cette expression est de Jean-Paul DELEVOYE, Médiateur de 2004 à 2011 cité par M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 7.1.1.

techniques ou sociales »¹¹. Plusieurs autorités, à l'instar du Défenseur des droits¹², de la CNIL¹³ ou de la CADA¹⁴ ont fait le choix de tels relais selon des modalités plus ou moins équivalentes. En ce qui concerne les délégués du Défenseur des droits, tout en permettant un traitement des dossiers au niveau local, ces derniers assurent à l'autorité la remontée d'une information concrète sur les situations rencontrées et sur le fonctionnement des services publics. Ce réseau de délégués constitue sans nul doute un atout dans le renforcement de l'influence de l'autorité auprès des autorités politiques. L'autorité qui bénéficie d'un tel réseau en région peut dès lors prétendre avoir une connaissance concrète des problèmes et dysfonctionnement liés à l'application du droit. C'est à ce titre que le Défenseur se présente comme un « observatoire privilégié des dysfonctionnements des services publics et des inadaptations [du] droit »¹⁵. Cette posture confère indéniablement plus de crédit à ses propositions de réforme du droit en vigueur lorsqu'il est sollicité ou qu'il s'adresse aux pouvoirs publics¹⁶. Le statut et le mode de fonctionnement des délégués n'ont cessé de se renforcer. Si les « délégués départementaux » du Médiateur ont trouvé une existence juridique pour la première fois dans un décret du 18 février 1986¹⁷, ils ont été mis en place dès 1978 par voie de circulaire¹⁸. La souplesse de leur statut explique pour beaucoup le succès de ce dispositif. Ainsi, le caractère bénévole de l'activité des délégués et la possibilité de leur attribuer une indemnité représentative de frais¹⁹ ont été confirmés par l'ordonnance du 25 mars 2004, qui a complété l'article 6-1 de la loi de 1973 – disposition reprise à l'article 9 de la loi ordinaire relative au Défenseur des droits²⁰.

¹¹ *Ibid.*

¹² L'instance a repris les réseaux de délégués des anciennes autorités : le Médiateur et l'ex-HALDE.

¹³ Article 22, III de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 6 août 2016.

¹⁴ Articles L330-1 et R330-2 et s. du Code des relations entre le public et l'administration.

¹⁵ M. TIMSIT (directrice des études et des réformes au sein du Défenseur des droits), « le rôle du Médiateur dans la réforme de l'administration : analyse et propositions », communication inédite à la cinquième session de formation des collaborateurs des médiateurs membres de l'AOMF, Rabat, 25, 26 et 27 mai 2010, p. 30.

¹⁶ *Médiateur Actualités, Le journal du Médiateur de la République*, « Spécial rapport annuel 2006 - Dialoguer, résoudre, réformer », février 2007, n° 26, p. 5.

¹⁷ Décret n° 86-237 du 18 février 1986 relatif aux délégués départementaux du Médiateur. Ils ont acquis un statut légal suite à leur consécration à l'article 6-1 de la loi du 3 janvier 1973 tel que modifié par l'article 26 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (DCRA), *JORF*, n° 0088, 13 avril 2000, p. 5646, texte n° 1). Ces dispositions ont été reprises en partie à l'article 37 al. 2 de la loi organique relative au Défenseur des droits (loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1).

¹⁸ Circulaire n° 78-250 du 29 juin 78 du ministère de l'Intérieur créant les correspondants départementaux et la circulaire du 13 juillet 78 du Médiateur fixant leurs modalités de recrutement et leurs fonctions.

¹⁹ Médiateur de la République, *Rapport annuel du Médiateur 2004*, Paris, Médiateur de la République, 2005 p. 6.

²⁰ Article 9 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits dispose que « les délégués du Défenseur des droits exercent leur activité à titre bénévole. Ils perçoivent une indemnité représentative de frais dont le montant et les modalités d'attribution sont fixés par le Défenseur des droits ».

Ainsi, au premier juin 2015, les délégués du Défenseur étaient au nombre de 397, répartis sur l'ensemble du territoire métropolitain et ultramarin.

213. Dans des domaines où l'établissement des faits ou leur analyse est rendu difficile, les AAI doivent développer des moyens adaptés de recueil de l'information. Cette affirmation trouve une illustration tout indiquée avec les tests sociologiques ou scientifiques de l'ex-HALDE, dont la pratique a été poursuivie par le Défenseur des droits. Les tests sociologiques, *testing* ou encore « tests de situation », dépassent largement la finalité judiciaire qui peut être la leur, à savoir révéler un acte discriminatoire commis par un auteur déterminé²¹. Le « test de situation », ou *testing*, est d'abord un instrument de mesure des discriminations. Il a vocation à déceler une situation de discrimination. De façon générale, il consiste à comparer le comportement d'une tiers envers deux personnes ayant exactement le même profil pour toutes les caractéristiques pertinentes, à l'exception de celle que l'on soupçonne de donner lieu à discrimination. À l'origine, il s'agit d'une pratique anglophone qui a connu en France un essor dans le cadre de la lutte contre les discriminations, notamment par l'emploi qu'en ont fait les associations²². Dans les premiers temps, la HALDE ne disposait ni de la compétence ni des moyens humains pour effectuer de tels tests. Elle faisait donc appel à un prestataire pour les réaliser²³ selon les modalités spécifiques d'un appel d'offres²⁴. Ensuite, avec la loi du 31 mars 2006, il a été reconnu la possibilité aux agents de la Haute autorité, assermentés et habilités par le procureur, de constater par procès-verbal les délits de discrimination dans le cadre d'un test de situation²⁵. Ces tests, au-delà de leur finalité judiciaire, permettent de fonder utilement une investigation plus approfondie, une recommandation demandant des modifications dans les processus de sélection ou une évolution spécifique de la réglementation²⁶. En 2013, le

²¹ Depuis 2006, sa finalité judiciaire fait l'objet d'une mention dans le texte constitutif de l'autorité en charge de la promotion de l'égalité et de la lutte contre les discriminations. Ainsi peut-on lire à l'article 37 al. 4 de la loi organique n° 2011-333 relative au Défenseur des droits que « les agents du Défenseur des droits assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater par procès-verbal les délits de discrimination, en particulier dans le cas où il est fait application de l'article 225-3-1 du code pénal » (*JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1).

²² Pour un exemple : *Discrimination et pauvreté. Livre blanc : analyse, testings et recommandations*, octobre 2013. Une étude menée par ATD Quart Monde France, Institut de recherche et de formation aux relations humaines et ISM Corum, 72 p. (atd-quartmonde.fr/livreblanc/, consulté le 4 juillet 2014).

²³ L. SCHWEITZER, *Les discriminations en France*, Paris, Robert Laffont, 2009, p. 111.

²⁴ Ce qui implique la publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics notamment.

²⁵ L'article 41-2° de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations (*JORF*, n° 79, 2 avril 2006, p. 4950, texte n° 1) compléta l'article 2 de la loi du 30 décembre 2004 sur ce point.

²⁶ Par exemple, suite à une sollicitation du Premier ministre en mars 2013 sur la question des refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, l'ACS et de l'AME, le Défenseur a effectué de nombreux « testings scientifiques ». Il en ressort que certains professionnels de santé refusent l'accès aux soins à des bénéficiaires de ces dispositifs. Il a sur cette base remis en 2014 un rapport au Premier ministre sur cette question (Défenseur des

Défenseur a ainsi effectué 34 tests de situation, dont il a décidé de rendre publics les résultats pour inciter les acteurs du secteur à se mobiliser pour que les pratiques mises en lumière cessent²⁷.

214. Ce qui caractérise l'action des AAI dans ce domaine : c'est la pluralité des méthodes et dispositifs mis en œuvre pour s'informer. Leur souplesse de fonctionnement est ce qui permet la pluralité des modes de recueil de l'information, condition d'une information diversifiée et pertinente. Ainsi, les sondages ou les données fournies par des personnes relais sur le terrain servent d'outils de récolte d'un matériau d'information brut qui doit servir à élaborer une expertise influente ou à aiguiller le contrôle mis en œuvre par les AAI.

§2 La sollicitation d'autres organes de contrôle ou de conseil

215. Les AAI s'insèrent dans un système de régulation qui inclut plusieurs acteurs de différentes natures, fonctions et niveaux. L'idée de système suppose que les instances qui le composent n'évoluent pas uniquement les unes à côté des autres, mais qu'elles forment un maillage serré et interdépendant. Parti prenante d'un même système de régulation, les AAI doivent pouvoir solliciter l'expertise ou demander des informations à n'importe quelle autorité administrative ou organisme de régulation, sous réserve des restrictions expressément établies par le législateur (secrets protégés, etc.). Si le recueil de l'information constitue un étape importante dans l'affirmation de leur doctrine, les autorités entreprennent parfois une action sur la base d'informations en provenance des autres institutions publiques nationales (autorités indépendantes, administrations, inspections, agences, etc.) ou des institutions internationales.

216. Les AAI participent, à ce titre, à une mise en réseau des informations. Elles peuvent s'appuyer directement sur celles produites par d'autres institutions afin de réaliser une évaluation des situations ou des diverses productions normatives (lois, règlements, décisions, etc.), et ce à l'aune des données recueillies par ce biais. De manière plus active, elles peuvent solliciter la production en saisissant l'institution la plus à même de leur procurer l'information pertinente. De façon pragmatique, la sollicitation d'autres organes de contrôle ou d'expertise peut être motivée en raison du défaut de moyens nécessaires au recueil de l'information par l'autorité elle-même. La diversité des situations, des référentiels normatifs et le besoin d'une expertise particulière appellent le développement des échanges entre les divers

droits, *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME*, Paris, Défenseur des droits, mars 2014, 47 p., p. 2).

²⁷ Défenseur des droits, décision MLD-2013-88 du 3 mai 2013 relative aux refus de taxis parisiens de prendre les clients aveugles accompagnés de chiens guide, 3 p.

organismes de contrôle et d'expertise de l'État ou de la société internationale. Cet échange d'informations ainsi que la circulation des données relatives à un domaine, un secteur ou une liberté participent à renforcer l'efficacité de la régulation dont le succès ne peut reposer sur une seule institution.

217. Cet échange d'informations concerne d'abord les autorités indépendantes entre elles. Marie-Anne FRISON-ROCHE propose à ce sujet la notion d'« interrégulation »²⁸ qui semble s'appliquer davantage aux régulations sectorielles et à la recherche d'une décision unifiée qu'à un simple échange d'informations. Toutefois, dans son étude bilan sur les AAI, parlant d'« interrégulation procédurale », Marie-Anne FRISON-ROCHE applique cette notion aux autorités dépourvues de pouvoirs de décision²⁹. Ce qui importe ici est de favoriser par tous les moyens la circulation des informations entre les diverses institutions afin de renforcer leurs actions respectives et d'assurer une certaine cohérence dans la recherche de l'information en évitant les redondances. Ainsi la « recherche de synergies de la part des autorités existantes »³⁰ va emprunter différentes voies, plus ou moins formelles.

218. L'articulation des différentes missions des autorités s'exprime d'abord à travers leur composition. En effet, le législateur a prévu pour certaines autorités la présence de représentants d'autres autorités lorsqu'il y a croisement de matière. À ce titre, le Défenseur des droits est membre de droit de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH). Il peut par ailleurs demander à siéger au sein du collège de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) lorsqu'il est concerné par un dossier, ce qui fournit une illustration de l'établissement de l'« interrégulation »³¹. La CADA comprend également deux personnalités qualifiées

²⁸ Pour rappel, Marie-Anne FRISON-ROCHE considère « qu'il y a interrégulation lorsqu'un procédé (technique, procédural, doctrinal) répond à la nécessité de faire entrer en contact des régulations autonomes, de faire qu'elles se prennent en considération les unes les autres, alors que nous ne disposons pas de procédés permettant de faire passer l'une devant l'autre, et qu'il en résulte néanmoins une décision (au sens large, aussi bien décision général - par exemple une norme sur l'information financière sur des sites Internet - que décision particulière - par exemple une autorisation de concentration entre établissements de crédit) » (M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse de l'interrégulation » dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de la régulation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 69).

²⁹ En l'occurrence, elle évoque cette notion à propos de la possibilité pour l'ex-Défenseur des enfants de saisir la Commission nationale de déontologie de sécurité (CNDS) (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 2.1.5 ; voir également sur la question de l'interrégulation : É. MULLER, « Interrégulation sectorielle ou régulation intersectorielle ? Réflexion sur les configurations institutionnelles de la régulation » dans G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 117-133).

³⁰ Rapport d'information n° 616 (2013-2014) de P. GÉLARD, sur les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 12.

³¹ À l'article 9 al. 2 de la loi organique n° 2011-333 relative au Défenseur des droits, il est prévu que ce dernier « est associé, à sa demande, aux travaux de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et de la Commission d'accès aux documents administratifs ».

désignées respectivement par le président de la CNIL et le président de l'Autorité de la concurrence, et ce depuis une modification de la loi de 1978 en 2005³². Plus que de simples échanges d'informations, l'objectif est de favoriser la prise en compte permanente des intérêts défendus par les autres autorités, qu'il s'agisse de droits, de libertés individuelles ou de la libre concurrence telle que protégée par le droit communautaire et le droit national. Toutefois, entendues largement, ces procédures consistent aussi à procurer aux AAI une information et, à ce titre, s'avèrent nécessaires à l'accomplissement de leur mission même s'il ne s'agit que de pouvoirs consultatifs.

219. Ensuite, les procédures de saisine des autorités pour avis, prévues de manière plus ou moins extensive, permettent aux autorités l'accès à l'expertise de l'autorité *a priori* la plus à même de fournir une analyse précise et circonstanciée. Il existe de nombreuses dispositions prévoyant des consultations par les autorités entre elles. À titre d'exemple, la CNIL apporte son concours à la demande des autres autorités³³. Certaines autorités administratives indépendantes peuvent aussi, à titre consultatif, saisir l'Autorité de la concurrence, avant d'adopter des mesures spécifiques. Par exemple, l'avis de l'ALDC peut être demandé par la CRE sur toute question relative aux secteurs de l'électricité ou du gaz naturel³⁴. La Loi de Régulation bancaire et financière propose une régulation du marché du CO² cohérente et complémentaire qui repose sur la coopération entre les régulateurs sectoriel (CRE) et financier (AMF)³⁵. Concrètement, il s'agit pour la CRE et l'AMF de partager leurs informations, et plus globalement leur expertise respective, concernant la surveillance des quotas d'émission de CO², d'électricité et de gaz naturel³⁶.

220. Enfin, cette coopération ne concerne pas uniquement les autorités entre elles, mais plus généralement, les autorités et les autres administrations de l'État ou les instances internationales³⁷. L'indisponibilité de certaines informations ou la recherche d'une expertise

³² La composition de la CADA a été modifiée par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 (*JORF*, n° 131, 7 juin 2005, p. 10022, texte n° 13).

³³ À l'article 11, 4° c) de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, il est prévu qu'« à la demande d'autres autorités administratives indépendantes, elle peut apporter son concours en matière de protection des données » (version consolidée au 1^{er} août 2016).

³⁴ Article L134-16 du Code de l'énergie.

³⁵ Les principes et modalités de cette coopération sont définis plus précisément dans le protocole d'accord signé par les deux autorités le 10 décembre 2010 (Protocole d'accord entre la CRE et l'AMF du 10 décembre 2010, communiqué CRE-AMF du 10 décembre 2010).

³⁶ Cette coopération a fait l'objet d'une codification un an plus tard à l'article L134-17 al. 1 du Code de l'énergie. Aux termes de cet article, la CRE et l'AMF se communiquent les renseignements utiles à l'accomplissement de leurs missions respectives.

³⁷ Cette forme de collaboration a fait l'objet d'une préconisation par Marie-Anne FRISON-ROCHE dans son étude bilan sur les AAI en 2006. Elle considère que les « autorités administratives [indépendantes] doivent pouvoir

spécifique rend nécessaire le fait de nouer des relations avec les services intégrés de l'État les plus à même de les fournir, en raison de leur activité (contentieuse, expertise, etc.), de leur position institutionnelle (accès à des informations indisponibles) ou de leurs moyens humains et financiers. Concernant cette dernière hypothèse, les AAI ne disposent pas toujours des moyens techniques ou financiers permettant de procéder au recueil des informations nécessaires à la réalisation de leurs missions³⁸. Les contraintes matérielles et budgétaires peuvent d'ailleurs se révéler intentionnelles et manifester une volonté de limiter – de façon discrète – leur action régulatrice.

221. Ensuite, les autorités et les autres administrations de l'État ont la possibilité de solliciter directement l'expertise de l'administration ou d'un organe consultatif. De la sorte, l'Autorité de la concurrence, conformément à l'article L. 440-1.-I du Code du commerce, peut saisir la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) qui est un organe consultatif d'expertise relatif aux pratiques commerciales. De la même manière, le législateur a prévu que le Défenseur des droits peut demander au vice-président du Conseil d'État ainsi qu'au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toute étude³⁹. Rappelant l'origine de cette disposition, héritée des anciennes AAI, Serge SLAMA en critique la reprise dans le texte constitutif du Défenseur des droits considérant que ce dernier, au vu de ses moyens humains et financiers, dispose désormais de la capacité, contrairement à son prédécesseur (le Médiateur de la République) de développer une expertise aussi importante, dans les domaines concernés, que celle du Conseil d'État ou de la Cour des comptes⁴⁰. Si nous partageons ce constat, nous ne rejoignons pas l'auteur sur les conclusions. En effet, il convient de tenir compte de l'intérêt que peut présenter cette saisine au regard précisément de la reconnaissance dont jouit l'expertise du Conseil d'État dans l'ordre administratif ou de la Cour des comptes dans l'ordre financier. Cette saisine permet notamment au Défenseur de solliciter un éclaircissement sur le droit administratif en vue d'une prise de position ultérieure. Par exemple, le premier Défenseur a pris l'initiative de saisir le Conseil d'État le 20 septembre 2013 sur la question de la laïcité au vu du

compter sur l'expertise de l'administration traditionnelle, ou plus simplement accéder à des informations normalement indisponibles » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 15.1.6).

³⁸ La CCSDN n'a pas à titre permanent les moyens techniques nécessaires et le personnel compétent pour ce type de recueil d'information. Elle peut donc être renforcée, si nécessaire, et sur décision du président, par l'intervention d'un expert issu d'une organisation publique. C'est à ce titre que l'institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN) a eu l'occasion d'apporter dans de tels cas à la Commission un concours jugé « particulièrement précieux » (CCSDN, *Rapport 2009*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 36).

³⁹ Article 19 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

⁴⁰ S. SLAMA, « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », RFAP, 1 décembre 2011, n° 139, n° 3, p. 465.

nombre important de réclamations faisant état de difficultés en matière d'expression religieuse dans la sphère publique. Il précisait lors de la saisine qu'il « souhait[ait] que [le CE procède] à une étude portant sur deux points particuliers qui permettront à l'institution [...] de remplir au mieux la mission qui lui a été fixée par la Constitution »⁴¹. Cette étude a principalement permis au Conseil d'État de réitérer sa position en matière de laïcité. Il s'agit d'une clarification que le Défenseur n'aurait pu apporter lui-même⁴². Une autre disposition, plus précise mais rejoignant en partie la précédente, permet au Défenseur de saisir le Conseil d'État lorsqu'il est lui-même saisi d'une réclamation qui soulève une question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire⁴³. Là encore, le Défenseur ne peut pas apporter seul un éclairage pertinent sur cette question sans solliciter l'avis du Conseil d'État.

222. De plus, le partage des expertises et la sollicitation de diverses informations entre les différentes autorités et les organes de contrôle, tels que les inspections, sont le signe d'une insertion réussie des AAI dans un système de régulation. Sur ce point, le texte relatif au Défenseur des droits est le plus étoffé. Il est prévu à l'article 18 al.5 que « si le Défenseur des droits en fait la demande, les ministres donnent instruction aux corps de contrôle d'accomplir, dans le cadre de leur compétence, toutes vérifications ou enquêtes. Ils l'informent des suites données à ces demandes »⁴⁴. Malgré son intérêt, cet article n'en traduit pas moins un embarras en ce qu'il met en lien les inspections, organismes de contrôle interne de l'administration soumis à la tutelle du ministre et une autorité indépendante – organisme externe de contrôle. D'ailleurs, le Défenseur des droits disposant de moyens suffisants pour effectuer ses propres vérifications ou contrôles ne mobilise que très rarement les inspections par l'intermédiaire de leur ministre de tutelle⁴⁵. À l'inverse, sans capacité de contrôle permanente sur les lieux d'enfermement, les relations avec les inspections s'avèrent déterminantes pour le Contrôleur général des lieux de privations de liberté (CGLPL). Sans être expressément établi par la loi, un

⁴¹ Conseil d'État, *Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*, 19 décembre 2013, p. 3.

⁴² G. HÉBRARD, « L'éclairage du Conseil d'État sur les obscurités de l'exigence de neutralité religieuse », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 17 janvier 2014 (revdh.revues.org/504, consulté le 20 janvier 2014).

⁴³ Article 31 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

⁴⁴ Article 18 al.5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

⁴⁵ La nécessité d'établir des collaborations permet d'éviter des interventions redondantes entre les inspections et les AAI. Dans ce domaine, il convient plutôt de favoriser une information conjointe que concurrente. Par exemple, une circulaire interministérielle du 5 janvier 2007 détaillait les relations et les moyens d'une « collaboration étroite au bénéfice des victimes de discriminations » entre l'ex-HALDE et l'inspection du travail (Circulaire interministérielle DPM/ACI n° 2007-12 du 5 janvier 2007 relative aux relations entre l'inspection du travail et la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité).

partenariat entre l'inspection des services pénitentiaires et le CGLPL s'est mis en place afin d'obtenir notamment des informations quant au suivi de ses recommandations. L'inspection avait mis en place un tableau de bord de suivi de la mise en œuvre des préconisations du Contrôleur⁴⁶. Dans son rapport de 2013, le CGLPL signale que des « rapprochements utiles ou des séances de travail » ont régulièrement lieu avec les inspections générales⁴⁷.

223. À défaut d'être prévu par les textes, cet échange d'information est le résultat d'une pratique interinstitutionnelle. Si le législateur prévoit dans certains cas des procédures spécifiques de saisine pour avis ou des procédures de transmission d'informations, l'échange se manifeste le plus souvent, par une saisine informelle, voire par une simple rencontre régulière entre les présidents des différentes autorités, l'administration et les instances internationales⁴⁸. Ces relations trouvent parfois une formalisation par la conclusion de conventions ou de protocoles⁴⁹. Par exemple, la CNIL et le Défenseur des droits ont conclu une convention de partenariat le 16 janvier 2015, par laquelle « les deux institutions s'engageront [...] à échanger et à mutualiser des informations et à organiser des actions et évènements conjoints ». Lorsque la régulation implique une dimension internationale, les autorités signent des conventions bilatérales avec leurs homologues étrangers favorisant et encadrant l'échange d'informations. C'est notamment le cas de l'AMF qui est liée par une série de conventions avec les organismes étrangers de régulation des marchés financiers⁵⁰. Même si certains échanges d'informations se font dans une optique désormais répressive, ils n'en constituent pas moins des sources importantes pour l'expertise des autorités.

224. Enfin, il faut souligner que, sans les solliciter expressément, les autorités s'appuient ou relaient les travaux et expertises des autres institutions. Il en va ainsi du CGLPL à l'égard des rapports de l'inspection pénitentiaire⁵¹, même si cette démarche vise parfois la production d'une

⁴⁶ Réponse du Ministère de la justice, *Suicides en prison*, JO Sénat, 13^e législature, 24 décembre 2009, p. 3027.

⁴⁷ CGLPL, *Rapport d'activité 2013*, Paris, Dalloz, 2014, p. 287.

⁴⁸ Il suffit de consulter les agendas des différentes autorités (publiés sur leur site sInternet) pour prendre la mesure de ces diverses collaborations.

⁴⁹ Cette pratique avait fait l'objet à propos du Défenseur des droits d'un amendement soutenu par le sénateur Patrice GELARD. Cet amendement visait à prévoir explicitement la possibilité pour le Défenseur et les autres autorités indépendantes investies d'une mission de protection des droits et libertés de conclure des conventions afin d'organiser des échanges d'informations et d'assurer le meilleur traitement possible des réclamations (P. GÉLARD, amendement n° 13, Examen en commission : Mercredi 19 mai 2010, Commission des lois, Sénat).

⁵⁰ Pour un exemple : la Convention portant accord d'échange d'informations signée entre la COB et la Commission des Services Financiers de Guernesey (Guernsey Financial Services Commission), 16 juin 2003 (amf-france.org/technique/multimedia?docId=workspace://SpacesStore/ab9b49ad-ac3e-4b1c-bc99-8bad60168e8f_fr_1.1_rendition, consulté le 16 août 2015).

⁵¹ Ainsi peut-on lire dans le rapport d'activité pour l'année 2013 du CGLPL que « des rapprochements utiles ou des séances de travail ont régulièrement lieu avec les inspections générales (services judiciaires, administration - Intérieur, police nationale, gendarmerie nationale, administration pénitentiaire, protec- tion judiciaire de la

analyse critique desdits rapports⁵². Bruno LASSERRE, ancien président de l'Autorité de la concurrence, justifiait à ce titre le fait pour l'Autorité de ne pas réaliser une enquête spécifique, car les enquêtes sectorielles menées par la Commission européenne avaient apporté suffisamment d'informations et d'éclairages⁵³.

§3 La sollicitation de la société civile

225. Mises en place dans des secteurs sensibles où le monopole de l'État dans la détermination de l'intérêt général est contesté, elles ont pour mission de produire une expertise soucieuse de prendre en compte les intérêts particuliers⁵⁴. Pour ce faire, elles vont établir des liens originaux et adaptés avec les acteurs de la société civile⁵⁵. Mireille DELMAS-MARTY constatait à ce propos que « de la société civile à l'État, des réseaux sociétaux d'intégration aux réseaux étatiques de sanction se dessine un mécanisme d'échange, essentiel à la cohérence du modèle libéral »⁵⁶. La spécificité de la composition des AAI et leur statut d'indépendance les situent à mi-chemin entre les administrations traditionnelles et la société civile.

226. De ce point de vue, les débats relatifs à la saisine des autorités par des associations illustrent l'importance qu'ont acquis ces acteurs de la société civile dans le domaine de la régulation sociale⁵⁷. Leur rapprochement de l'action des autorités se fait selon des modalités diverses : il peut s'agir d'un contact permanent, ponctuel, de façon passive ou active. Il peut

jeunesse en particulier » (CGLPL, Rapport d'activité 2013, Paris, Dalloz, 2014, p. 284). Par ailleurs, on constate en prenant connaissance de l'agenda du Contrôleur qu'il est organisé fréquemment des rencontres informelles entre l'institution et les directeurs des inspections.

⁵² Une collaboration ne signifie pas qu'il y a accord sur tout. Par exemple, on constate que le CGLPL, dans son rapport annuel, conteste l'analyse de l'inspection générale des affaires sociales (IGAS) concernant les accidents et infractions de malades dans les établissements psychiatriques (CGLPL, Rapport d'activité 2011, Paris, Dalloz, 2012, p. 79).

⁵³ À l'inverse lorsque l'information et son traitement apparaissent pertinents à l'Autorité, celle-ci refuse de réaliser une étude à part. Ainsi, à propos de la question des relations entre les laboratoires de médicaments princeps et producteurs de génériques, « le rapport publié par la Commission étant très complet, nous avons préféré mobiliser ce document plutôt que réaliser notre propre étude de marché » (B. LASSERRE, « L'office de l'Autorité de la concurrence », art cit, p. 105).

⁵⁴ Conseil d'État, *L'intérêt général*, Études et documents, n° 50, La Documentation française, Paris, 1999, p. 328 et 332.

⁵⁵ Sur la pluralité de signification de cette notion : M. OFFERLÉ, « Avant-propos » dans M. OFFERLÉ (dir.), *La société civile en question*, Paris, La Documentation Française, 2003, p. 5-12 ; D. LOCHAK, « La société civile : du concept au gadget » dans *La société civile*, Paris, PUF, 1986, p. 44-75 ; G. PIROTTE, *La notion de société civile*, Paris, La Découverte, 2007, 128 p.

⁵⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004, p. 280 et s.

⁵⁷ Comme le rappelle Bernard STASI, « une des particularités de la lutte contre les discriminations en France est le rôle central que jouent les associations, la reconnaissance de son importance par les pouvoirs publics et l'appui que ces derniers leur apportent » (B. STASI, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation Française, 2004, p. 41).

résulter d'une exigence posée par le législateur⁵⁸ ou être l'initiative des autorités désireuses de nouer un lien avec les acteurs du secteur régulé. Disposant d'une réelle liberté dans ce domaine, les AAI multiplient les interactions afin de recueillir une information utile à l'établissement de leur expertise. Cette liberté s'exerce toutefois dans la limite des moyens humains et financiers dont disposent les autorités. À cet égard, la maîtrise des outils de l'Internet joue un rôle primordial dans l'établissement d'un contact avec la société civile, représentant une interface majeure dans le recueil et la diffusion de l'information.

227. Une réception passive des informations transmises par les acteurs de la société civile aux autorités s'effectue d'abord par le biais de contacts informels (Internet, courrier...). Il convient ici de distinguer la saisine de la simple transmission d'informations. La saisine, selon sa définition juridique, est une « action de porter devant un organe une question sur laquelle celui-ci est appelé à statuer »⁵⁹. Il ne s'agit pas seulement de porter à la connaissance de l'autorité une situation, mais d'en attendre en retour une action positive : un traitement individuel de la plainte. Par exemple, la CNIL, dans son rapport d'activité de 2005, considère nécessaire de rappeler, à la suite de la mise en place d'une plateforme de recueil des témoignages, que ces derniers ne constituent pas des plaintes et ne peuvent donc pas faire l'objet d'un traitement individuel⁶⁰. Ce rappel vise à éviter la confusion entre le signalement et la plainte. En effet, cette confusion risque de susciter des attentes chez les administrés. Or, lorsqu'elle ne sont pas satisfaites, elles peuvent engendrer la frustration ; ce qui, du point de vue de la mise en œuvre d'une politique publique de garantie des droits et libertés, s'avère contreproductif. Les débats relatifs aux personnes qui sont habilitées par le législateur à saisir les autorités sont d'ailleurs éclairants quant à la confusion qui peut exister entre ces deux types de contact. Notons, à ce sujet, que le poids croissant des associations dans la mise en œuvre de nombreuses politiques publiques pousse les pouvoirs publics à formaliser leur rôle dans ce domaine, ce qui implique notamment leur reconnaître une faculté de saisine des instances de régulation. Partant, leur exclusion de la catégorie des personnes habilitées à saisir une AAI peut être ressentie comme un désaveu de leur rôle dans la régulation sociale⁶¹. Néanmoins, l'absence

⁵⁸ Des habilitations exceptionnelles peuvent être prévues par le législateur. Ainsi, il est prévu que le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), dans le cadre de l'organisation d'états généraux sur des questions éthiques ou de société (article L1412-1-1 CSP) est à la fois l'interlocuteur principal qui organise la confrontation des points de vue et l'organisme en charge de faire la synthèse des informations recueillies.

⁵⁹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 930.

⁶⁰ CNIL, 26^e rapport d'activité 2005, Paris, La Documentation française, 2006, p.14.

⁶¹ Lors des débats parlementaires sur la mise en place d'une autorité de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations, certains parlementaires regrettent « l'impossibilité pour les associations et les syndicats de saisir directement la Haute autorité » constitue une mauvaise surprise alors que « la loi du 16 novembre 2001 leur

d'une telle faculté ne signifie pas l'absence de tout contact entre l'autorité et les acteurs du secteur et, le cas échéant, de conséquences sur la mise en œuvre des compétences de l'autorité. En effet, disposant, dans la majorité des cas, d'une faculté d'auto-saisine, les AAI peuvent se fonder sur les informations transmises par les associations afin d'exercer leurs pouvoirs.

228. Par ailleurs, les autorités organisent les modalités du recueil de l'information afin de favoriser la remontée spontanée de données brutes provenant de la société civile. Sur ce point, l'Autorité de la concurrence, dont l'action se réalise à la jonction des normativités (juridique, économique et éthique), attache une attention particulière aux travaux d'analyse économique provenant des entreprises et des cabinets d'expertises afin de mieux appréhender le fonctionnement des marchés et de proposer une expertise pluridisciplinaire essentielle à l'évolution des standards et des référentiels normatifs. Pour assurer une bonne réception de ce qu'il est convenu d'appeler les « études économiques », l'Autorité a publié une série de recommandations relatives à la présentation et au contenu de ces études⁶². Cette volonté de standardiser les « études économiques » manifeste parfaitement l'intention de l'Autorité de faire le lien entre expertise publique et privée, favorisant la recherche de la meilleure information.

229. Sans attendre une alerte, un témoignage ou une étude, les autorités peuvent également agir de manière active et recueillir directement les informations liées à une situation en consultant les personnes concernées, et ce à travers diverses formes de consultations publiques. Il convient de rappeler d'abord que dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs de décision, les autorités bénéficient d'une liberté totale pour organiser une consultation dès lors qu'aucune loi ou règlement n'en exclut la possibilité⁶³. Ensuite, pour réaliser de telles consultations, les autorités mettent en place une recherche active des informations auprès des membres de la société *via* des interfaces dédiées au recueil de l'information et de l'opinion des acteurs du secteur. Ces consultations participent de la fonction de veille des AAI. Il en va ainsi tant des témoignages sollicités par la CNIL que des enquêtes sectorielles de l'Autorité de la

permettait au contraire d'ester en justice avec l'accord de la victime » (Assemblée nationale, compte rendu analytique officiel, session ordinaire de 2004-2005 - 2ème jour de séance, 4ème séance, 3ème séance du mardi 5 octobre 2004).

⁶² Autorité de la concurrence, *Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence*, Paris, Autorité de la concurrence, juillet 2013.

⁶³ Le Conseil d'État affirme cette possibilité sans équivoque dans sa décision du 21 décembre 2012 (CE, Assemblée, 21 décembre 2012, n° 362347, Rec. Lebon p. 430 ; *RFDA*, 2013, p.55, concl. V. DAUMAS ; *DA*, 3, mars 2013, comm.8, M. BAZEX).

concurrence⁶⁴. Depuis qu'elle dispose d'une faculté d'auto-saisine, l'Autorité de la concurrence lance parfois sur de grands sujets une large consultation des acteurs du secteur d'activité donné. Pour ce faire, l'Autorité diffuse un questionnaire *via* Internet à un nombre important d'acteurs (230 annonceurs pour celui sur la publicité en ligne) et, après les avoir étudiés, rend un avis⁶⁵. Les plateformes de recueil de témoignages illustrent la création d'un tel contact ponctuel avec les personnes concernées. Régulièrement, les AAI instituent aussi des observatoires chargés de recueillir des témoignages sur une situation déterminée⁶⁶. Le Défenseur des droits utilise également cette voie pour recueillir des informations pertinentes sur un domaine donné, en diffusant sur son site internet un appel à répondre à un questionnaire⁶⁷. De manière exemplaire, le Médiateur de la République avait mis en place en février 2010 une « plateforme participative sur la défense des droits » intitulée « Le Médiateur Et Vous ». Il s'agissait, selon les termes du dossier de présentation, d'une plateforme « à mi-chemin entre un forum et un réseau social ». Elle avait pour vocation de réunir « de façon inédite internautes et experts autour de la défense des droits »⁶⁸ par la mise en relation des internautes avec des acteurs de la Médiation et des experts sélectionnés par le Médiateur en vue de proposer des thèmes de réflexion, de réagir à des débats déjà existants ou de formuler des propositions de réforme⁶⁹. Il s'agissait en somme de proposer une sorte d'espace public de débat apte à faire naître une interface entre la société civile et l'autorité en question⁷⁰.

230. Enfin, le contact avec la société civile peut se faire de manière permanente pour favoriser un accès continu à une information pertinente. La « nécessité d'un groupe

⁶⁴ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2012*, Paris, Autorité de la concurrence, 2013, p.V, § « La consolidation d'un nouvel outil : l'enquête sectorielle ».

⁶⁵ Pour un exemple : Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, 79 p.

⁶⁶ C'est le cas notamment de la CNIL qui, depuis février 2006, récolte des témoignages via son site Internet à propos des difficultés rencontrées en matière de protection des données à caractère personnel. Il suffit de remplir un formulaire qui est en ligne, à condition toutefois de communiquer son identité. À côté de ce recueil formalisé, la CNIL reçoit plusieurs centaines de messages chaque semaine concernant de nombreux domaines (Spam, listes noires, surveillance des salariés).

⁶⁷ Par exemple il a été lancé un appel à témoignages sur les mutuelles étudiantes, deux mois seulement après la rentrée universitaire. Cet appel à témoignages via un formulaire en ligne devait permettre au Défenseur des droits de mieux connaître la nature des difficultés que les étudiants rencontrent avec leurs mutuelles et d'intervenir, le cas échéant, soit auprès de ces organismes, soit auprès des pouvoirs publics dans le cadre de son pouvoir de proposition de réforme (defenseurdesdroits.fr/documentation/appel-temoignage, consulté le 15 août 2015).

⁶⁸ Médiateur de la République, « Plateforme citoyenne du Médiateur de la République », dossier de présentation, septembre 2010, p. 2.

⁶⁹ Médiateur de la République, *Rapport annuel 2010*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 5.

⁷⁰ P.-Y. BAUDOT et A. REVILLARD, « Le médiateur de la république au prisme de la démocratie administrative », art cit, p. 201.

d'experts »⁷¹ permanent traduit ce besoin d'éclairage, si bien que de nombreuses autorités ont mis en place des comités consultatifs⁷². Ainsi, le Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) a constitué des commissions consultatives spécialisées. Il peut s'adjoindre de surcroît les services d'experts pour préparer ses avis et décisions. Dans le même ordre d'idée, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) constitue, dès que nécessaire, des groupes de travail qui doivent se prononcer en premier lieu sur chaque question posée ou soulevée par le CCNE. Si ces groupes comprennent des membres du CCNE, il peut être aussi fait appel à des personnalités extérieures afin d'apporter leur éclairage sur la question traitée⁷³. Cette capacité de création d'un organe consultatif peut être expressément prévue par la loi. Ainsi, conformément aux dispositions du Code des marchés financiers, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) « peut instituer une ou plusieurs commissions consultatives [...] qui est majoritairement composée de professionnels des secteurs de la banque et de l'assurance, non membres de l'Autorité »⁷⁴.

231. La mise en place de telles commissions consultatives ou de groupes de travail ouverts aux personnalités extérieures peut s'interpréter comme le signe d'une volonté du législateur ou des AAI, lorsque le texte ne prévoit aucune disposition en ce sens, de maintenir l'accès permanent à une information fiable sur des sujets particulièrement importants au regard des missions de l'autorité⁷⁵. Par exemple, dans sa « volonté de dialogue et de concertation avec les professionnels de la place financière de Paris »⁷⁶, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a créé une commission consultative pour chacun des grands domaines de son intervention (épargnants ; organisation et fonctionnement du marché)⁷⁷. Elle a notamment institué un conseil scientifique⁷⁸ composé de personnalités recrutées au « sein d'universités, de grandes écoles et de centres de recherche publics ou privés de premier plan » afin d'élargir son dispositif d'étude et de veille stratégique. Ce conseil permet d'« améliorer l'information du régulateur sur les

⁷¹ Rapport au Premier ministre de B. STASI, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, op. cit., p. 70.

⁷² HALDE, *Rapport annuel 2005*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 5.

⁷³ Cette information est disponible sur le site Internet de l'institution (ccne-ethique.fr/fr/pages/le-fonctionnement#.VX2v3s74uQs, consulté le 15 avril 2016).

⁷⁴ L612-14-I du CMF

⁷⁵ Il en est ainsi du Comité de prospective de l'ARCEP créé en 2009. Cette information est disponible sur le site Internet de l'ARCEP (arcep.fr/?id=10222, consulté le 15 avril 2016).

⁷⁶ Cette information est disponible sur le site Internet de l'AMF, à la rubrique consacrée aux missions et à l'organisation de l'institution ([l'amf-france.org/L-AMF/Commissions-consultatives/Presentation.html](http://amf-france.org/L-AMF/Commissions-consultatives/Presentation.html), consulté le 16 avril 2015).

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Cette information est disponible sur le site Internet de l'AMF consacrée à la présentation du Comité scientifique (amf-france.org/L-AMF/Conseil-scientifique.html, consulté le 16 avril 2015).

réflexions académiques en cours dans le domaine de la finance ; identifier les évolutions susceptibles d'avoir un impact sur les champs d'activité de l'AMF ; initier des travaux de recherche en lien avec les préoccupations du régulateur »⁷⁹. On peut citer également dans le domaine de la protection des libertés publiques, la création par le Défenseur des droits de « comités d'entente » conçus comme des groupes de dialogue qui se réunissent tous les 6 mois. Au nombre de 6, chacun correspond à un grand thème d'étude du Défenseur⁸⁰. Ils garantissent un contact permanent entre les acteurs de la société civile et l'instance en question. En tant que structure favorisant la concertation et la réflexion, ces comités permettent de dresser un état des lieux des difficultés rencontrées sur le terrain. Ils alimentent ainsi les réflexions sur les propositions de réformes⁸¹. Enfin, sur le modèle des conventions conclues avec les organes de contrôle, les AAI peuvent signer des conventions afin de promouvoir une mutualisation de l'expertise. Par exemple, la convention passée entre le CGLPL et le Conseil national de l'Ordre des Médecins le 4 avril 2014 a pour objectif premier de « permettre un échange régulier et réciproque d'information sur des sujets d'intérêt commun »⁸².

232. Avant de pouvoir prétendre peser sur l'évolution du droit, des pratiques ou, plus largement, à exercer une influence sur le comportement des acteurs d'un secteur, les AAI doivent rassembler les informations utiles et pertinentes pour nourrir leur expertise. Au regard de leur statut d'indépendance et de leur positionnement central, les autorités tendent à offrir des conditions optimales pour recueillir ces informations.

Section 2. Une information exigée

233. La capacité des AAI à obtenir de la part des administrations et des personnes physiques ou morales des informations pertinentes constitue une condition de l'efficacité de leur mission de régulation. Les autorités doivent disposer de compétences de recueil de l'information adaptées à leurs missions. Étudiées de façon systématique, ces dispositions constituent ce que

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ On trouve ainsi : la santé ; la thématique LGBT (Lesbiennes, Gays, Bi et Trans) ; l'égalité entre les femmes et les hommes ; la protection de l'enfance ; les associations du handicap ; et les usagers du service public. Cette information est disponible sur le site Internet du Défenseur des droits (defenseurdesdroits.fr/fr/institution/relations/comites, consulté le 16 avril 2015).

⁸¹ Ils participent également à faire connaître les prises de position du Défenseur des droits. Ce retour s'inscrit dans l'objectif d'une large diffusion de la doctrine de l'institution (cf. infra P1.T2. Ch2.).

⁸² Convention de partenariat entre le Contrôleur général des lieux de privation de liberté et le Conseil National de l'Ordre des Médecins, 4 avril 2014 (cglpl.fr/wp-content/uploads/2009/03/Convention-CNOM.pdf, consulté le 14 novembre 2014, consulté le 17 avril 2015).

Marie-Anne FRISON-ROCHE identifie comme un « droit pour obtenir l'information »⁸³. L'efficacité de l'action des AAI dépend en grande partie du travail du législateur en charge de déterminer l'ensemble des prérogatives d'information afin de permettre aux autorités de remplir leur mission.

234. La détermination de ce « droit d'obtenir l'information » doit néanmoins tenir compte des intérêts des personnes, publiques ou privées, physiques ou morales, mises en causes par ces prérogatives⁸⁴. Plutôt que parler d'un « droit d'accès à l'information », nous privilégierons le terme de « compétence ». En effet, une autorité publique ne poursuit pas un intérêt particulier mais un but d'intérêt général ou un intérêt public spécifique. Elle dispose à ce titre de compétences à agir et non de droit à agir.

235. Des textes constitutifs des AAI, ainsi que de leur mission de vieille, se déduit une compétence administrative générale d'accès à l'information (§1). De façon moins habituelle, on observe l'octroi, dans le cadre d'exercice d'une magistrature d'influence, de compétences spécifiques d'enquête, qui se rapprochent de celle du juge judiciaire (§2). Enfin, de plus en plus fréquemment, l'obligation d'information au bénéfice des AAI s'accompagne d'un renforcement des sanctions attachées à celle-ci accentuant son aspect contraignant (§3).

§1 Une compétence administrative générale d'accès à l'information

236. Les compétences d'accès à l'information propres à chaque autorité sont définies par rapport à une compétence générale d'accès à l'information dont l'étendue s'apprécie au regard de ce qui est utile à l'accomplissement de leurs missions respectives. En 2001, le Conseil d'État se bornait à constater dans son étude que la formulation des textes relatifs aux moyens d'investigation des AAI était le plus souvent extensive⁸⁵. En effet, le législateur prévoit par exemple concernant la Commission de sécurité des consommateurs (CSC), la Commission des clauses abusives (CCA) et la Commission de la médiation de la consommation que ces dernières peuvent « se faire communiquer tous les renseignements ou consulter sur place tous les documents qu'elles estiment utiles à l'accomplissement de leurs missions respectives »⁸⁶. De façon analogue, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) dispose d'une compétence

⁸³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 8.1.2.1.

⁸⁴ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁵ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 311.

⁸⁶ Article L534-9 du Code de consommation.

d'accès à toutes les informations nécessaires à l'exercice de ses missions⁸⁷. De la même manière, aux termes de l'article L.463-7 al.2 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence « peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ».

237. Le principe d'une telle compétence générale implique que le législateur ne limite pas les compétences d'information de manière contraire aux nécessités des missions des AAI, et ce quelles que soient la portée de leur intervention – une magistrature d'influence ou une activité répressive. On observe un travail de réajustement au niveau de la loi qui consiste à lever dès que nécessaire les limites à la mise en œuvre de cette compétence lorsque la formulation du texte s'avère trop restrictive par rapport à la réalité du domaine d'activité. Sur ce point, la situation du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) en offre une illustration. Dans ses premiers temps d'existence, le Contrôleur pouvait recueillir l'information uniquement auprès des responsables des lieux visités. Désormais, la rédaction de l'article impose l'obligation à « toute personne susceptible de l'éclairer » de transmettre au CGLPL toute information ou pièce utiles et l'autorise à « recueillir toute information qui lui paraît utile » dans le cadre de la visite. L'enjeu ici était précisément de permettre au Contrôleur d'accéder aux enregistrements de vidéosurveillance effectués dans les établissements pénitentiaires réalisés par les équipes régionales d'intervention et de sécurité (ERIS) lors de leurs interventions⁸⁸. On peut également citer l'exemple de la modification de l'article L. 621-8-4 du Code monétaire et financier relatif aux pouvoirs d'investigation de l'Autorité des marchés financiers par la loi du 26 juillet 2016, qui participe de la même dynamique⁸⁹. Ni le Code monétaire et financier ni le règlement général de l'AMF ne prévoyaient de dispositions générales permettant à l'Autorité d'obtenir des réponses de prestataires de services d'investissement, de sociétés de gestion de portefeuille ou de toute autre personne ou entité que l'AMF est amenée à réguler. L'objectif était donc de renforcer la base juridique de l'activité de veille et de surveillance permettant de solliciter auprès de l'ensemble des acteurs de marchés la transmission des documents, d'informations ou de données, en amont d'une procédure de contrôle ou d'enquête, et d'étendre l'obligation de publication aux marchés autres que

⁸⁷ Article L134-18 du Code de l'énergie.

⁸⁸ Audition de Jean-Marie DELARUE, Compte-rendu n° 42, Commission des lois, Assemblée nationale, séance mercredi 12 février 2014, p. 6.

⁸⁹ Cet article a été créé par l'article 36 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF*, n° 0173, 27 juillet 2013, p. 12530, texte n° 1.

réglementés⁹⁰. Désormais, l'Autorité des marchés financiers peut se faire communiquer, par les personnes ou entités mentionnées au II de l'article L. 621-9, tous documents ou informations utiles à l'exercice de sa mission de veille et de surveillance, et ce quel qu'en soit le support⁹¹.

238. Indépendamment des cas où la transmission résulte d'une obligation précise, les personnes mises en cause devant une autorité ont l'obligation de ne pas s'opposer à l'action de l'autorité, ce qui implique notamment de ne pas faire opposition à l'accès à l'information et de transmettre les documents demandés. Il est parfois prévu une obligation positive consistant à « faciliter » la recherche d'informations de l'autorité. Ainsi l'article 21 de la loi de 1978 impose à l'ensemble des personnes soumises à l'action de la CNIL une obligation de « prendre toutes mesures utiles pour faciliter sa tâche »⁹². L'étendue de cette obligation a suscité des interrogations. En particulier, celle de savoir si la personne mise en cause par la CNIL a l'obligation de remettre spontanément à la Commission les renseignements et documents relatifs à des infractions ou des traitements de données la concernant ou l'impliquant. Dans son interprétation de l'article 21, Raymond GASSIN exclut cette lecture considérant que « faciliter » une tâche ne peut aller jusqu'à se dénoncer ou s'accuser⁹³. Les obligations relatives aux auditions ou à la transmission des documents utiles à l'information de l'autorité se révèlent bien plus précises, de telle sorte que les personnes physiques ou morales mises en cause sont tenues d'autoriser leurs agents et préposés à répondre à ses demandes. Ceux-ci sont tenus de répondre aux demandes d'explications qui leur sont adressées et de déférer aux convocations.

239. Si ces dispositions ne se trouvent pas explicitement dans les textes constitutifs des AAI, elles peuvent se déduire d'une compétence administrative générale d'accès à l'information nécessaire à l'accomplissement de leurs missions. Toutefois, la consécration d'une telle

⁹⁰ Exposé des motifs, loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. Ce document est disponible sur le site Internet *Légifrance* (legifrance.gouv.fr/, consulté le 4 février 2014).

⁹¹ On peut également citer l'exemple de l'ARAFER qui aux termes de l'article L122-31 du Code de la voirie routière (créé par l'article 13 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF*, n° 0181, 7 août 2015, p. 13537, texte n° 1) et la modification de l'article L2135-2 du Code des transports (modifié par l'article 1 de la loi n° 2015-990 *précitée*), l'Autorité peut désormais explicitement du pouvoir de « recueillir des données, procéder à des expertises et mener des études et toutes actions d'information nécessaires » ainsi que la capacité à imposer, par décision motivée, la transmission régulière d'informations aux principaux acteurs soumis à sa surveillance.

⁹² Cette obligation avait été consacrée au profit d'anciennes autorités telles que l'ex-Médiateur ou l'ex-HALDE. Elle figure désormais à l'article 18 de la loi établissant le Défenseur des droits qui dispose que « les personnes physiques ou morales mises en cause doivent faciliter l'accomplissement de sa mission » (Article 18 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1). On peut citer également l'obligation faite aux agents de l'administration fiscale de répondre aux sollicitations du Défenseur consacrée à l'article L115 du Livre des procédures fiscales.

⁹³ R. GASSIN, « Chapitre 2 - Commission nationale de l'informatique et des libertés », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale - Dalloz*, janvier 1987, paragr. 277.

compétence suffit-elle à habiliter l'autorité à prendre toute décision adaptée en vue de recueillir les données nécessaires à sa mission, et ce sans qu'il soit nécessaire de procéder à une énumération exhaustive de ses prérogatives ? Leur statut d'indépendance ainsi que leur mission de veille et de surveillance suffit-il d'ailleurs à leur reconnaître une compétence générale d'accès à l'information, et ce sans qu'il soit nécessaire de procéder à une énumération de leurs attributions ? La qualité « pivot » ou « clef de voûte » de cette compétence dans l'économie des pouvoirs des autorités n'exclut pas l'hypothèse de l'application de la théorie des compétences implicites fondée sur cette compétence générale d'accès aux informations. Selon cette théorie, lorsque l'habilitation à agir n'est pas expressément prévue par les textes, son existence se déduit des attributions formelles par un lien de nécessité qui veut qu'« un organe qui participe à l'action de l'administration doit se voir reconnaître l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission »⁹⁴. L'identification de ce lien relève de l'office du juge⁹⁵. Rappelons que cette théorie a pour principal intérêt de fonder la juridicité d'un pouvoir alors même qu'il ne repose sur aucune compétence explicitement établie⁹⁶.

240. Toutefois, la formulation large de cette compétence interroge sur l'étendue et la nature des prérogatives à la disposition des autorités de régulation. L'imposition d'une obligation générale d'information peut-elle être le fait des AAI elles-mêmes sur le fondement de cette compétence générale d'accès à l'information⁹⁷ ? Dans un arrêt de Section du 10 juillet 2013⁹⁸, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser la portée de la compétence d'accès à l'information de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). En l'espèce, l'ARCEP a adopté une décision réglementaire imposant aux exploitants de réseaux et

⁹⁴ J.C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administratives » dans *Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 795 cité par N. DECOOPMAN, « La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés », *RIDC*, 1980, vol. 32, n° 2, p. 125.

⁹⁵ P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration: contribution à l'étude de l'ordre administratif interieur*, Thèse de doctorat de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2000, p. 250.

⁹⁶ Le juge administratif maîtrise l'établissement de ce lien comme le montre les arrêts relatifs à la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction à l'ART et à la CRE (CA Paris, 28 avril, 1998, *S.A. France Télécom c/ Société Paris TV câble*, n° 97/17847, *AJDA* 1998, p.835, note I. DE SILVA ; CA Paris, 24 février 2004, *EDF c/ Société Sinerg*, n° 2003/10671).

⁹⁷ Il en va ainsi de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) qui exerce la surveillance des opérations de jeu ou de pari en ligne et participe à la lutte contre les sites illégaux et contre la fraude (Article 34, I. al. 2. de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, version consolidée au 1^{er} août 2016). De la même façon, les exemples de l'ARAFER (article L2132-7 du Code des transports), de la Commission des sondages (article 8 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, version consolidée au 9 août 2016) ou de le HCERES (article L114-3-5 du Code de la recherche) illustrent le renforcement de cette compétence.

⁹⁸ CE, Sect., 10 juill. 2013, n° 360397 et n° 360398, *Société AT et T Global Network Services France et a., Rec. Lebon pp.737-740 ; RJEP*, avril 2014, p.22, concl. D. BOTTEGHI ; *AJDA*, 2013, p.1953, étude M. LOMBARD, S. NICINSKI et E. GLASER ; *Droit Administratif*, janvier 2014, n° 1, comm.7, p. 53, M. BAZEX.

des personnes fournissant des services de communication en ligne la collecte périodique des informations nécessaires à la connaissance et au suivi des marchés des prestations d'interconnexion afin de s'assurer du respect du principe de neutralité⁹⁹. Or, il n'existe pas dans le code des postes et des télécommunications de base textuelle attribuant explicitement une compétence réglementaire permettant à l'ARCEP de mettre en place un tel suivi. Les sociétés requérantes, considérant que la mise en place d'un tel système de collecte d'informations constituait, en l'état, un abus de pouvoir de la part de l'ARCEP, ont demandé au Conseil d'État d'annuler cette décision, empêchant ainsi l'autorité de mener son étude à bien.

241. D'abord, les requérants soutenaient qu'aucune disposition n'habilitait l'ARCEP à réglementer la matière. En effet, la décision a été prise sur le fondement de l'article L. 32-4 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) qui, certes, prévoit la possibilité pour l'autorité compétente de « recueillir auprès des personnes physiques ou morales exploitant des réseaux de communications électroniques ou fournissant des services de communications électroniques les informations ou documents nécessaires pour s'assurer du respect par ces personnes des principes définis aux articles L. 32-1 et L. 32-3 (...) » ; mais uniquement « sur la base d'une décision motivée ». En d'autres termes, si l'ARCEP bénéficie d'une compétence pour intervenir dans ce domaine, il était permis, à la lecture de l'article L. 32-4, d'avoir un doute quant à la possibilité pour l'Autorité d'intervenir par voie de réglementation générale. La mention d'une motivation fait davantage référence à une décision individuelle que réglementaire qui n'est par définition jamais astreinte à une obligation de motivation¹⁰⁰. Néanmoins, dans le prolongement des propositions du Rapporteur public, le Conseil d'État a lu cet article en lien avec l'article L. 36-13 qui consacre une compétence générale d'accès aux données nécessaires à l'exercice de ses missions¹⁰¹. De la sorte, le Conseil constate l'existence d'une délégation législative implicite d'une compétence réglementaire de collecte des données au profit de l'Autorité, et ce conformément aux conditions d'attribution de compétences réglementaires aux AAI consacrées par la célèbre jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁰².

⁹⁹ ARCEP, décision n° 2012-0366 du 29 mars 2012 relative à la mise en place d'une collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'acheminement de données, *JORF*, n° 0095, 21 avril 2012, texte n° 83.

¹⁰⁰ D. BOTTEGHI, conclusions sur CE 10 juillet 2013, n° 360397 et n° 360398, *Société AT et T Global Network Services France SAS et Verizon France*, *RJEP*, avril 2014, p. 24.

¹⁰¹ Aux termes de l'article L. 36-13 CPCE, l'ARCEP « recueille les informations et procède aux enquêtes nécessaires à l'exercice de ses missions, dans les limites et conditions fixées par l'article L. 32-4 ».

¹⁰² Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 15 ; *RDP*, mars-avril 1989, n° 2, p.429, note L. FAVOREU ; *D*, 1994, p. 137, note M. DOBKINE ; *RFDA*, 1989, p. 215, B. GENEVOIS ; *GDCC*, 2009, p.554, L. PHILIP et L. FAVOREU ; *RA*, 1989, p.223, J.-L. AUTIN.

Pour le formuler autrement, le caractère cardinal de cette compétence dans l'économie des pouvoirs des autorités a permis l'application de la théorie des compétences implicites dans le cas de l'accès aux informations¹⁰³. Ces dispositions habilitent donc l'autorité à procéder à une collecte globale d'informations pour s'assurer du respect par les opérateurs ou fournisseurs de contenus des grands principes de régulation tels que définis par le législateur, mais également à suivre les tendances et les évolutions du marché dans l'optique d'adapter sa stratégie de régulation. Cette solution participe à renforcer les fondements et la portée de la compétence générale d'accès à l'information de l'ARCEP et, par analogie, ceux de l'ensemble des autorités de régulation¹⁰⁴. Ensuite, le second moyen soulevé par les requérants, à savoir la méconnaissance par la décision de collecte de l'objectif de dérégulation du f) du 5 de l'article 8 de la directive 2002/21/CE de 2002, donne l'occasion au juge d'affirmer la finalité singulière de cette compétence vis-à-vis d'autres compétences juridiques de régulation ou d'investigation. Alors que le simple fait de recueillir des informations suffit, aux yeux des requérants, à caractériser l'établissement d'une régulation *ex ante*, le Conseil d'État estime au contraire que « la décision attaquée [...] se borne à organiser une collecte d'informations relatives aux conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement de données [et] n'a ni pour objet ni pour effet [...] de mettre en place une régulation *ex ante* des marchés d'interconnexion et d'acheminement de données ». Dans ce cas, l'étape du recueil de l'information ne permet pas de préjuger des suites. L'ARCEP n'impose aucune obligation technique ou financière aux sociétés au titre de ses pouvoirs de régulation « symétrique »¹⁰⁵ ou de régulation « asymétrique » concurrentielle¹⁰⁶. Le Régulateur n'a donc pas mis en place un

¹⁰³ Selon cette théorie, lorsque l'habilitation à agir n'est pas expressément prévue par les textes, son existence se déduit des attributions formelles par un lien de nécessité qui veut qu'« un organe qui participe à l'action de l'administration, doit se voir reconnaître l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission ». L'identification de ce lien relève de l'office du juge. Cette théorie a donc pour principal intérêt de fonder la juridicité d'un pouvoir alors même qu'il ne repose sur aucune compétence explicitement établie (J.C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administratives » dans *Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p.795 cité par N. DECOOPMAN, « La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés », *RIDC*, 1980, vol. 32, n° 2, p. 125; P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration: contribution à l'étude de l'ordre administratif interieur*, Thèse de doctorat de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2000, p. 250.). Emmanuel GLASER, dans son commentaire, souligne le caractère opportun de cette solution. Selon lui, le Conseil d'État « a été sensible au fait que si l'ARCEP tenait des textes la possibilité de demander individuellement aux opérateurs concernés, par des décisions motivées, le cas échéant répétées tous les six mois, de lui fournir les informations en cause, il était plus expédient d'autoriser cette autorité à formaliser cette obligation générale dans un texte réglementaire » (E. GLASER, étude sous CE 10 juillet 2013, n° 360397 et n° 360398, *Société AT et T Global Network Services France SAS et Verizon France*, *AJDA*, 2013, p. 1960).

¹⁰⁴ Cette solution est logiquement transposable à d'autres autorités de régulation telle que l'ARAFER ou encore l'AMF dont la formulation des textes est sensiblement la même.

¹⁰⁵ Articles L. 34-8, I et L. 36-6 CPCE.

¹⁰⁶ Articles L. 37-1 et art. L. 38, I CPCE.

dispositif de régulation, mais une simple collecte d'informations¹⁰⁷. Selon l'autorité, cette collecte d'informations auprès des acteurs devait lui permettre de suivre les tendances, de les analyser et d'en tenir compte dans l'exercice de ses attributions. La crainte des requérants résidait précisément dans la volonté de l'ARCEP d'ouvrir à terme la voie à une régulation du *peering*. Cette décision montre au contraire que la collecte de données auprès d'opérateurs doit s'envisager comme une étape distincte de la régulation juridique à proprement parler (réglementation ou sanction). Le juge rejette ainsi l'argument selon lequel il existerait un lien de causalité entre le pouvoir d'information de l'ARCEP et son pouvoir réglementaire. Cette compétence se déduit principalement de sa compétence générale d'accès à l'information. La haute juridiction suit sur ce point les conclusions, de Damien BOTTEGHI. Selon le Rapporteur public, « le but n'est pas de mettre en œuvre les outils de la régulation, mais de mieux connaître et de mieux comprendre ces marchés dont la réalité et le fonctionnement sont opaques et qui constituent à plusieurs égards une boîte noire des réseaux numériques ». En effet, il s'agit en l'espèce « de disposer d'une information approfondie et actualisée afin de pouvoir prendre une décision éclairée en cas de règlement d'un différend relatif à ces marchés ; suivre l'évolution de ces marchés afin d'évaluer leur caractère concurrentiel et d'intervenir le cas échéant par une régulation *ex ante* en cas de distorsion de concurrence ; enfin prévenir le risque que les utilisateurs finals soient privés d'accès à certains services en raison de tensions entre les opérateurs »¹⁰⁸. En définitive, les autorités peuvent mettre en place une procédure de recueil d'informations contraignante dans le cas où cette dernière est utile à leur information et si elle demeure proportionnée à leur mission.

242. En l'espèce, le juge n'en examine pas moins les conditions au vu desquelles la décision de collecte des données est déclarée conforme aux dispositions en question. Rappelons qu'aux termes de l'article L.32-4 du CPT, l'ARCEP ne peut procéder au recueil des informations « utiles » c'est-à-dire de manière proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de ses missions. En toute logique, le juge considère que la collecte des données trouve une limite d'abord dans la gravité de la charge qui pèse sur les entreprises et enfin sur ce qui est jugé

¹⁰⁷ Tel qu'il apparaît dans les motifs de sa décision (ARCEP, décision n° 2012-0366 relative à la mise en place d'une collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'acheminement de données, 29 mars 2012, p. 4), l'ARCEP se contente pour l'heure d'une veille active. Tant dans la décision attaquée que dans les précédentes analyses publiées (ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, coll. « Les actes de l'ARCEP », Paris, ARCEP, Septembre, p. 19), l'ARCEP souligne que « les risques d'atteinte à la neutralité de l'internet portant davantage sur des évolutions potentielles des pratiques que sur des dysfonctionnements actuels du marché, la démarche générale que retient l'Autorité est avant tout préventive et vise à promouvoir un internet neutre et de qualité ».

¹⁰⁸ D. BOTTEGHI, conclusions sur l'arrêt CE, Sect., 10 juillet 2013, n° 360397 et n° 360398, *Société AT et T Global Network Services France et a.*, inédites.

« utile » à la mission de l'autorité. Ce second aspect n'est pas toujours évident à déterminer en ce qu'il repose sur un contrôle de proportionnalité *in concreto*. En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que les informations demandées l'étaient « en nombre limité » et enfin qu'elles étaient « simples à renseigner pour les personnes concernées, et exigées selon une fréquence semestrielle »¹⁰⁹. De plus, l'ARCEP avait accepté, à la suite d'une consultation publique relative à cette collecte, d'en réduire la fréquence et le périmètre¹¹⁰.

243. Il résulte de ce qui précède que cette compétence d'exiger des informations, pour être efficace, doit assurer à l'autorité le recueil complet et pertinent des informations nécessaires à sa mission. Néanmoins, elle doit respecter une exigence de proportionnalité, c'est-à-dire que le recueil des informations trouve une limite d'une part dans la gravité de la charge qui pèse sur les entreprises et d'autre part sur ce qui est considéré « utile » à la mission de l'autorité.

§2 Des compétences spécifiques d'enquête

244. Les autorités disposent de compétences d'enquête spécifiques pour obtenir des informations ou pour opérer un contrôle *in situ*. Ce sont des pouvoirs concrets, des pouvoirs d'enquête *sui generis* pour reprendre la formule de Bernard STASI¹¹¹, qui s'accompagnent nécessairement de garanties à la mesure de la gravité de l'intrusion. Le renforcement de ces compétences est donc allé de pair avec un accroissement des garanties procédurales afin de sauvegarder les droits de la défense, mais aussi, au fur et à mesure que le recueil de l'information s'apparentait à une « juridictionnalisation » des pouvoirs d'enquête des autorités¹¹², le droit au respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances.

245. L'attribution de compétences d'enquête spécifiques et des garanties qui y sont attachées, s'apprécie en tenant compte de la distinction posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 janvier 1988 relative à la loi sur les bourses de valeurs entre les « enquêtes

¹⁰⁹ CE, Sect., 10 juill. 2013, n° 360397 et n° 360398, *Société AT et T Global Network Services France et a.* considérant 11.

¹¹⁰ ARCEP, « Projet de modification de la décision 2012-0366 relative à la mise en place d'une collecte d'informations sur les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion et de l'acheminement de données », coll. « Les actes de l'ARCEP », Paris, Autorité de régulation des communications et des postes, décembre 2013, 10 p. Source : arcep.fr/fileadmin/uploads/tx_gspublication/consult-interconnexion-acheminement-donnees-121213.pdf.

¹¹¹ Rapport au Premier ministre de B. STASI, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 73.

¹¹² S. SLAMA, « Les pouvoirs du Défenseur des droits », art cit, p. 464.

administratives » d'une part et les enquêtes avec mesures coercitives d'autre part¹¹³. Suivant cette jurisprudence, dès lors que les moyens d'investigation vont au-delà de ce qui relève de l'enquête purement administrative, le législateur doit nécessairement accompagner le dispositif de garanties contre les ingérences de l'autorité dans les droits des personnes soumises à l'enquête ou au contrôle. Cette limite est franchie dès lors que l'autorité dispose de moyens de coercition portant atteinte au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile ainsi qu'au secret de la correspondance. Généralement, cela concerne les hypothèses dans lesquelles la procédure d'enquête comporte des perquisitions et des saisies pour la recherche des infractions ou prévoit des visites inopinées dans des locaux privés¹¹⁴. Au risque d'encourir la censure du Conseil constitutionnel, le législateur doit prévoir expressément toutes les conditions et garanties auxquelles obéissent ces mesures d'investigation. À l'inverse des pouvoirs d'enquête administrative, rares sont les AAI qui disposent de tels pouvoirs intrusifs¹¹⁵. Dans le prolongement de leur compétence générale d'accès à l'information, les AAI sont parfois habilités à ordonner des convocations, à procéder à des auditions ou à diligenter certaines investigations sur place. Toutes ces compétences d'investigation sont susceptibles de porter atteinte aux droits des administrés¹¹⁶.

246. Si le contrôle de l'autorité judiciaire est le plus souvent requis dans le cas des compétences d'enquête coercitives, la procédure administrative n'est pas dépourvue de garanties procédurales, et ce malgré un contrôle de leur application qui demeure aléatoire, voire inexistant. En effet, en ce qui concerne les compétences administratives d'enquête, le Défenseur des droits peut, par exemple, sur le modèle des compétences des autorités qu'il a absorbées, auditionner toute personne sous réserve que la demande soit motivée et qu'il soit fait mention

¹¹³ Cons. const., décision n° 87-240 DC du 19 janvier 1988, loi sur les bourses de valeurs, considérant 5 ; *RDP*, 1989, p. 430, L. FAVOREU ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1988, p. 403, B. GENEVOIS.

¹¹⁴ Comme le remarque Virginie FRAISSINIER à propos de l'Autorité de la concurrence et de l'AMF, la compétence de leurs agents d'obtenir, par tous moyens, copie des documents professionnels revient, indirectement, à une saisie de ces documents qui n'est pas autorisée par le juge (V. FRAISSINIER, « Secret professionnel et secret des affaires: deux réalités difficiles à concilier avec les droits d'investigation des administrations », *Droit Prospectif*, 2008, n° 2, p. 706).

¹¹⁵ On peut citer parmi ces autorités : l'AMF (L621-12 du CMF), l'ACPR (L612-26 et L612-27 du CMF), l'ADLC (L450-3 du Code de commerce) l'ARJEL (art. 42, de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, version consolidée au 1^{er} août 2016) ou encore le Défenseur des droits (article 22 I. 1° de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, *précitée*).

¹¹⁶ Par exemple, en ce qui concerne l'Autorité de la concurrence, il existe devant la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation un important contentieux de contestation de ces visites. Sur ce point, le Conseil d'État se montre particulièrement vigilant et n'hésite pas à annuler des décisions qui n'auraient pas respecté les garanties procédurales attachées à leurs pouvoirs de vérification *in situ* (CE, Sect., 6 novembre 2009, n° 304300, *Société Inter Confort*, Rec. Lebon, p.448 ; *AJDA*, 2010, p. 138, chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI).

dans la convocation de l'objet de l'audition, du droit à l'assistance du conseil de son choix et de la rédaction d'un procès-verbal contradictoire de l'audition¹¹⁷.

247. Toutefois, la distinction posée par le Conseil constitutionnel trouve sa portée essentielle dans l'éventualité des vérifications sur place. De façon logique, une autorité indépendante doit pouvoir vérifier par elle-même la véracité des informations transmises ou des arguments qui lui sont opposés en cas de doute quant à l'information transmise voire dans un cas de non-transmission de l'information. L'intérêt de telles vérifications sur place, même sans une issue répressive, s'est trouvé confirmé dans la pratique¹¹⁸. Ainsi, un nombre important d'autorités est habilité à effectuer ou diligenter des vérifications sur place. Parmi les autorités indépendantes habilitées, la grande majorité dispose de telles compétences¹¹⁹, à l'instar de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA)¹²⁰, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)¹²¹, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)¹²², l'Autorité des marchés financiers (AMF)¹²³ ou encore l'Autorité de la concurrence¹²⁴. Toutefois, l'attribution de telles compétences ne suppose pas nécessairement que la décision adoptée à l'issue du contrôle soit une mesure répressive. Pour certaines autorités, l'opportunité d'attribuer des compétences d'enquête spécifiques ne se pose pas, celles-ci étant consubstantielles à leur mission de contrôle, comme c'est le cas pour le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL). Sa mission implique qu'il puisse visiter à tout moment, c'est-à-dire sans préavis, les établissements d'enfermement ainsi que tout établissement de

¹¹⁷ Cons. const., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 relative à la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, considérant 16 ; *D*, 1994, n° 37, p. 285, H. MAISL ; *RFDC*, avril-juin 1993, n° 14, p. 375 ; L. FAVOREU ; L. PHILIP ; A. ROUX ; T.-S. RENOUX ; J. FRAYSSINET ; *RFDA*, 1993, p. 902, D. POUYAUD).

¹¹⁸ La Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) « a en effet eu l'occasion de mener des vérifications sur place lors d'une enquête sur le naufrage d'une embarcation de fortune percutée par une vedette de la police aux frontières. Elle a alors découvert l'horreur du centre de rétention de Pamandzi à Mayotte, un centre surpeuplé où adultes et mineurs dorment à même le sol au nom de traditions ancestrales (selon les autorités !), et vivent dans des conditions d'hygiène déplorables. La commission dénonce cette situation intolérable, générée par la poursuite effrénée des objectifs de reconduite des étrangers en situation irrégulière, ici largement dépassés par une pratique intensive » (D. D'ALLIVY KELLY, « Dénoncer les violences policières. Mais après ? », *Plein droit*, mars 2009, n° 82, p. 12).

¹¹⁹ Cela vise des vérifications sur pièces et sur place, par l'intermédiaire d'agents placés sous leur autorité ou de corps spécialisés d'enquêteurs ou d'inspecteur.

¹²⁰ Article L6361-8 du Code des transports.

¹²¹ Article L310-15 du Code des assurances.

¹²² Articles 61 à 65 du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 6 août 2016.

¹²³ Les articles L621-10 et L621-12 du CMF.

¹²⁴ Article L450-4 du Code de commerce.

santé habilité à recevoir des patients hospitalisés sans leur consentement¹²⁵. En effet, même si elles n'exercent *in fine* qu'une magistrature influence sur le secteur soumis à leur surveillance, certaines autorités disposent de compétences d'enquêtes équivalentes à celles exerçant une fonction répressive, afin de garantir un accès facilité aux informations indispensables pour rendre un avis éclairé. À cet égard, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi « Hamon »¹²⁶, a étendu explicitement l'usage par l'Autorité de la concurrence des pouvoirs d'enquête simple issus de l'article L.450-3 du Code de commerce à la mise en œuvre de la procédure d'avis¹²⁷. Avant cette modification, il existait une différence entre les pouvoirs d'enquête du rapporteur de l'Autorité de la concurrence dans les procédures d'avis et les procédures contentieuses. Cette extension rapproche les pouvoirs de l'Autorité de ceux que la Commission européenne peut utiliser pour ces enquêtes sectorielles (inspection).

248. En matière d'enquête, c'est le Défenseur des droits – qui exerce une magistrature d'influence à titre principal – qui dispose singulièrement des compétences les plus étendues¹²⁸. Dans l'étude d'impact jointe aux projets de loi relatif au Défenseur, l'éventualité d'une absence de telles compétences de vérification sur place a été présentée comme une faiblesse et une atteinte à la crédibilité de son intervention¹²⁹, rejoignant ainsi l'idée selon laquelle l'indépendance d'une autorité se mesure à sa capacité à pouvoir vérifier la véracité des informations transmises ou des arguments opposés dans les cas de non-transmission des informations demandées. Le Défenseur s'est donc vu attribuer de larges pouvoirs d'enquête sur le modèle de ceux attribués à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour

¹²⁵ Article 8 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté (*JORF*, n° 253, 31 octobre 2007, p. 17891, texte n° 1). Aux termes de l'article 8-1 (créé par loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 - art. 3), les autorités responsables du lieu de privation de liberté ne peuvent dès lors s'opposer à la visite du Contrôleur que pour des motifs expressément prévus par le législateur, tels que, par exemple, des motifs liés à la défense nationale ou à la sécurité publique.

¹²⁶ Article 108 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, n° 0065, 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

¹²⁷ Les pouvoirs d'enquête définis aux articles L450-1 et suivants du Code de commerce sont ceux qui peuvent être mis en œuvre dans le cadre de toute enquête « nécessaire à l'application » des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles (Article L420-1 et s. du même Code) et relatives au contrôle des concentrations (L430-1 et s.). Le législateur a fait le choix, dans la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, d'étendre l'usage des pouvoirs d'enquête dits « simples » prévus à l'article L450-3 du Code de commerce à l'ensemble des missions de l'Autorité, comprenant ainsi ses missions de conseil (Article 108 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p.5400, texte n° 1).

¹²⁸ Le Médiateur de la République ne disposait pas, dans la panoplie de ses moyens d'investigation, d'habilitation pour effectuer des vérifications sur place, ni dans les locaux publics ni dans les locaux privés.

¹²⁹ Dans l'étude d'impact, il est précisé avancé que « cette limitation peut notamment être pénalisante lorsque le médiateur n'a pas une connaissance précise des pièces qui pourraient établir les motifs du dysfonctionnement administratif ou lorsqu'il suspecte que le service a retenu certaines informations » (Étude d'impact relative au projet de loi organique relatif au défenseur des droits et au projet de loi relatif au défenseur des droits, septembre 2009, p.11).

l'égalité, mais dont le champ d'application a été étendu à tous les lieux privés et non plus seulement aux locaux professionnels. Ainsi, à l'inverse par exemple de la CNIL qui, conformément à l'article 44 de la loi 1978, peut effectuer des vérifications dans les locaux professionnels « à l'exclusion des parties de ceux-ci affectées au domicile privé », les pouvoirs d'investigation du Défenseur lui permettent d'effectuer une vérification « en tous lieux ». On peut s'interroger sur la nécessité d'ouvrir son action aux locaux privés autres que professionnels. En effet, cela revient à lui conférer un « pouvoir d'étude des circonstances particulières de chaque affaire »¹³⁰ alors même que le Défenseur ne dispose d'aucune compétence de redressement des comportements. Les pouvoirs de ce dernier ne se situent pas dans l'optique d'un redressement des comportements, hormis le pouvoir de transaction, mais seulement d'une assistance dans le cadre de la recherche d'infractions¹³¹.

249. Si le principe doit être celui d'un accès libre aux locaux administratifs, sous réserve des limitations prévues par le législateur, l'accès aux locaux privés, au contraire, fait l'objet d'un encadrement particulièrement rigoureux au regard des atteintes portées au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances. Dans l'hypothèse des vérifications effectuées dans des locaux privés, il faut distinguer entre les locaux professionnels et le domicile privé à proprement parler. En effet, dans le second cas, la procédure doit garantir le droit au respect du domicile, conformément à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à l'article 8 de la Conv. EDH. Les locaux professionnels sont aussi protégés par ces dispositions, mais il existe des possibilités de limitations tel que prévu, par exemple, au §2 de l'article 8 de la Conv. EDH¹³². Dans son arrêt 16 avril 2002, *Société Colas Est c/ France*, la Cour de Strasbourg considère que « les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence [...]. Les exceptions que ménage le §2 de l'article 8 appellent ainsi une interprétation étroite et leur nécessité dans

¹³⁰ Rapport au Premier ministre de B. STASI, Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Rapport au Premier ministre, *op. cit.*, p. 74.

¹³¹ Dès les premiers mois d'activité, la nouvelle institution a su en tirer profit. Dans son rapport annuel de 2012, par exemple, il est fait mention du cas de l'internement des enfants dans les centres de rétention administrative (CRA). Ces centres où des enfants étaient internés ont fait l'objet de près d'une vingtaine de vérifications sur place par les agents du Défenseur. À chaque fois, le Défenseur avait obtenu que les familles soient libérées sur le champ. En juillet 2012, comme conséquence à ses interventions, le ministre de l'Intérieur a diffusé une circulaire demandant aux préfets de privilégier d'autres solutions pour les familles et donc pour les enfants (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 8).

¹³² L'article 8 §2 de la Conv. EDH dispose qu'« il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante »¹³³. Autrement dit, si les ingérences peuvent être jugées nécessaires, encore faut-il que la législation et la pratique des autorités en question offrent des garanties suffisantes et adéquates contre de possibles abus¹³⁴. Cette jurisprudence de la Cour européenne fait écho à celle du Conseil constitutionnel qui consacre la valeur constitutionnelle du principe de l'inviolabilité du domicile. Il résulte de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel amorcée en 1999¹³⁵ que, hors du cadre des actes de police judiciaire, l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser la pénétration dans un domicile n'est plus exigée par l'article 66 de la Constitution¹³⁶. Toutefois, un tel acte doit être constitutionnellement encadré. Une autorisation juridictionnelle n'est pas toujours nécessaire, mais les exceptions à ce principe d'autorisation juridictionnelle doivent être limitées, justifiées et strictement encadrées. La loi doit apporter un ensemble de garanties « de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée »¹³⁷, et « le législateur [ne doit pas avoir] entaché d'erreur manifeste la conciliation qu'il lui appartenait d'opérer en l'espèce entre, d'une part, la protection de la propriété et la sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement protégées »¹³⁸. Dès lors, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de Strasbourg, et à l'instar de ce qui est prévu pour d'autres

¹³³ CEDH, 16 avril 2002, n° 37971/97, *Société Colas Est c/ France*, §47.

¹³⁴ J. BURGUBURU, conclusions sur l'arrêt CE, Sect., 6 novembre 2009, n° 304300, *Société Inter Confort*, Rec. Lebon, p. 455 ; *AJDA*, 2010, p. 138, chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI.

¹³⁵ Cons. const., décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, considérant 45 ; *D*, 2000, p. 423, S. FATIN-ROUGE ; *RFDC*, 2000, p. 809, L. GAY ; *LPA*, 1999, p. 23, B. MATHIEU ; *RTD civ.*, 1999, 3, p. 724, N. MOLFESSIS.

¹³⁶ Avant la décision du 23 juillet 1999, la ligne avait été arrêté dans la décision dite « Perquisitions fiscales » du 29 décembre 1983 (Cons. const., décision n° 83-164 DC, Loi de finances pour 1984 ; A. DECOCQ et R. DRAGO, Note sous décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 1984, II, 20160 ; Loïc PHILIPP, *AJDA*, 1984, p. 97 ; *LPA*, 7 décembre 1984 (139), p. 8, O. FOUQUET ; *PUAM, Etudes de finances publiques*, 1984, p. 97, F. LUCHAIRE ; *JCP G*, 1985, II, 20325, C. FRANCK ; *GDCC*, 2009, p. 422-437). Ce dernier posait le principe selon lequel des « investigations dans des lieux privés ne peuvent être conduites que dans le respect de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ces aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile » (considérant 18). Sur cette question, voir : G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, 2006, vol. 65, n° 1, p. 37-72.

¹³⁷ Cons. const., décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure, considérant 27 ; *RDJ*, 2003, p. 1147, D. ROUSSEAU et C. LAZERGES ; *RFDC*, 2003, p. 760, O. LECUCQ.

¹³⁸ Cons. const., décision n° 2003-467 DC, précitée, considérant 71. Voir aussi : Cons. const., décisions nos 2015-713 DC et 2015-714 DC du 23 juillet 2015, Loi organique relative à la nomination du président de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, *JO* 26 juill., p. 12751 ; *Constitutions* 2015, p. 432, chron. O. LE BOT ; *RFDA* 2015, p. 1195, A. ROBLLOT-TROIZIER ; *JCP* 2015, n° 38, p. 1639, note M. VERPEAUX ; *Ibid.*, n° 41, p. 1816, note PARIZOT ; *Dr. pén.* 2015, n° 9, p. 6, note O. DESAULNAY ; *Nouv. Cah. Cons. const.* 2016, n° 50, p. 90, chron. B. BONNET et A. ROBLLOT-TROIZIER ; *Ibid.* p. 117, chron. PIAZZON ; *Ibid.*, p. 157, note H. SURREL ; *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2015, n° 118, p. 30, note M. QUÉMÉNER ; *Ibid.* 2016, n° 122, p. 34, note F. CHAUVIN ; *AJDA* 2015, p. 2018, étude W. MASTOR.

AAI¹³⁹, l'article 22 de la loi organique, complété par les dispositions décrétales¹⁴⁰, prévoit une série de garanties. En effet, le Défenseur doit « informer le responsable des lieux de son droit d'opposition à la vérification sur place au plus tard à son arrivée sur les lieux »¹⁴¹. Si ce dernier exerce ce droit, le Défenseur peut saisir le juge des référés conformément aux dispositions de la loi organique¹⁴² afin qu'il autorise les vérifications sur place. L'examen du juge est enserré dans un délai de quarante-huit heures. L'ordonnance qui s'ensuit, autorisant ou refusant la vérification, doit mentionner la possibilité laissée au responsable des lieux d'effectuer « une demande de suspension ou d'arrêt de cette visite »¹⁴³. Enfin, s'il l'estime utile, le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention et à tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite¹⁴⁴. Le Conseil constitutionnel a déclaré constitutionnelles ces dispositions¹⁴⁵. Le pouvoir de visite peut être délégué et les agents autorisés doivent au préalable recevoir une habilitation spécifique attribuée par le procureur général près la cour d'appel de leur domicile. La nouveauté introduite par la loi organique réside dans le fait que les délégués territoriaux du Défenseur pourront aussi être habilités¹⁴⁶.

250. En définitive, au-delà d'une collaboration spontanée, suscitée ou obligée avec les acteurs du secteur ou les personnes visées, le législateur peut octroyer aux autorités, dans le cadre de leur magistrature d'influence, des pouvoirs d'enquête et d'instruction qui n'ont rien à envier à ceux d'une juridiction ou d'une administration disciplinaire. Du reste, ces compétences de vérification peuvent parfois être contrariées par l'insuffisance des moyens accordés aux autorités¹⁴⁷

¹³⁹ Par exemple, concernant l'ARCEP, l'article L5-9-1 du CPCE détaille les conditions dans lesquelles doit se dérouler la vérification. Ainsi, pour être régulière, la vérification doit être autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. L'ordonnance doit comporter l'adresse des lieux à visiter, le nom et la qualité du ou des fonctionnaires habilités à procéder aux opérations de visite et de saisie ainsi que les heures auxquelles ils sont autorisés à se présenter.

¹⁴⁰ Décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits, *JORF*, n° 0175, 30 juillet 2011, p. 13020, texte n° 26.

¹⁴¹ Article 6 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011, *précité*.

¹⁴² Article 22, III de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 cité à l'article 7 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011, *précités*.

¹⁴³ Article 7 al.4 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011, *précité*.

¹⁴⁴ Article 7 al.6 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011, *précité*.

¹⁴⁵ Cons. const., décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011 relative à loi organique relative au Défenseur des droits, considérant 13 et 17, *précitée*.

¹⁴⁶ Article 37 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

¹⁴⁷ Philippe BELIN observe, dans les premiers temps d'activité de la CADA, que l'administration se retranche généralement, pour fonder son refus de donner suite à une requête, derrière le motif de l'inexistence des documents administratifs demandés. Dans ce cas, la CADA ne pouvait qu'acter cette inexistence après avoir obtenu de l'administration une confirmation écrite. Cette solution n'était évidemment pas satisfaisante, mais la Commission

§3 Le renforcement de l'accès à l'information par la sanction

251. Entre une compétence générale d'accès aux informations et des compétences spécifiques d'enquête, les autorités disposent de moyens importants pour remplir leur mission de surveillance générale. Malgré le caractère obligatoire des décisions relatives à l'investigation, ces dernières ne trouvaient pas nécessairement de sanction. Or, en toute logique, l'efficacité d'une compétence générale d'accès à l'information réside dans les sanctions qu'encourent les personnes qui ne se plieraient pas aux injonctions ou aux demandes de renseignements provenant des autorités. L'investigation effectuée par les AAI peut donc être remise en question si ces dernières n'ont pas les moyens concrets de forcer la transmission des informations. Cette remarque vaut pour l'ensemble des autorités administratives indépendantes dont les pouvoirs d'information reposeraient sur la bonne volonté des administrations ou des particuliers. Ainsi, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) déplorait en 2010 « la persistance et la récurrence de pratiques visant à limiter ou entraver les investigations ou les contrôles portant sur l'activité des personnes exerçant des missions de sécurité »¹⁴⁸. De la même façon, la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques (CNCCFP) regrettait, dans son rapport d'activité pour l'année 2014, « une absence de sanction spécifique pour le refus de transmission à la commission des pièces demandées »¹⁴⁹. Ne pouvant laisser le résultat de la mission des autorités sujette à un aléa de ce type, l'attention du législateur s'est portée sur les contraintes qu'il convient d'attacher à l'accès à l'information afin de lever les résistances injustifiées aux investigations des autorités.

252. L'attribution d'un pouvoir d'injonction ou de mise en demeure, sans être la première étape chronologiquement, apparaît exemplaire dans cette dynamique de renforcement des pouvoirs d'information des autorités. Sur le modèle de ce que prévoit l'article 145 du Code de procédure civile qui permet à tout intéressé de saisir le juge des référés afin qu'il ordonne des mesures d'instruction en vue d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, la proposition d'une disposition similaire, mais distincte de l'article 145 pour des motifs de cohérence institutionnelle, avait été faite par le rapport « STASI »

ne disposait pas des effectifs lui permettant de faire procéder à des vérifications sur place (P. BELIN, « CADA: procédure et jurisprudence » dans *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 47).

¹⁴⁸ CNDS, *Rapport annuel 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, Paris, Commission nationale de déontologie de la sécurité, 2010, p. 27.

¹⁴⁹ CNCCFP, *Seizième rapport d'activité 2014*, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2015, p. 75.

à propos de la HALDE¹⁵⁰. Contrairement aux propositions de ce rapport¹⁵¹, la mise en demeure n'est susceptible de faire l'objet d'aucune publicité¹⁵². Du reste, cette possibilité de mise en demeure ne concerne pas les demandes de saisine des corps de contrôle adressées au ministre compétent en vue d'enquête. La loi instituant le Défenseur reprend les dispositions relatives à la HALDE¹⁵³. Dès lors, si ses demandes de renseignement ne sont pas suivies d'effet, il peut mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe. Si cette mise en demeure n'est pas non plus suivie d'effet, il peut saisir le juge des référés aux fins d'ordonner toute mesure utile¹⁵⁴. Cette mise en demeure est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹⁵⁵.

253. Dans le même ordre d'idée, lors de ses auditions devant les parlementaires, le Contrôleur des lieux de privation de liberté (CGLPL) faisait état de certaines situations ponctuelles de refus de communication d'informations sans qu'il ne dispose de moyens efficaces pour faire cesser ces résistances. Suivant ce constat, le législateur a inséré en 2014 après l'article 9 de la loi instituant le CGLPL, un article 9-1 attribuant à l'autorité le pouvoir de mettre en demeure les personnes concernées par un contrôle, de répondre à ses demandes de documents, d'informations ou d'observations dans un délai qu'il fixera. Contrairement au Défenseur, le Contrôleur ne dispose pas de la faculté de saisir le juge des référés ni de publier la mise en demeure. Cette attribution ne constitue, si l'on s'en tient à l'analyse du rapporteur pour la commission des lois, qu'un « moyen de persuasion »¹⁵⁶ supplémentaire à la disposition du CGLPL pour obtenir les informations nécessaires à l'exercice de sa mission. Toutefois, à la lumière des dispositions relatives au Contrôleur, ce pouvoir d'injonction n'est pas dénué de toute sanction. En effet, quelques dispositions plus loin, le législateur a rendu punissable le fait d'entraver la mission du Contrôleur. Conformément au 2° de l'article 13-1, cette entrave est caractérisée si la personne concernée refuse de communiquer les informations ou les pièces

¹⁵⁰ Rapport au Premier ministre de B. STASI, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁵² Article 23 du règlement des services de la HALDE adopté par la HALDE en vertu des articles 9 et 15 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 (*JORF*, n° 55, 6 mars 2005, p. 3862, texte n° 2).

¹⁵³ Article 9 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JORF*, n° 0304, 31 décembre 2004, p. 22567, texte n° 3.

¹⁵⁴ Article 21 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

¹⁵⁵ Article 3 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits. Devant le juge civil, elle obéit aux prescriptions des articles 484 et suivant du Code de procédure civile, et, devant le juge administratif aux dispositions de l'article R557-1 du Code de justice administrative.

¹⁵⁶ Rapport n° 1832 (2013-2014) de L. DUMONT, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi, modifié par le sénat, modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Assemblée nationale, 26 février 2014, p. 19.

nécessaires aux vérifications, dissimule ou fait disparaître lesdites informations ou pièces ou en altère le contenu. Ces faits sont passibles d'une peine de 15 000 € d'amende. Il ne fait guère de doute que le délit d'entrave est susceptible de s'appliquer au cas où une personne ne donnerait pas suite à une mise en demeure du Contrôleur¹⁵⁷.

254. En faisant en sorte que le refus d'accès aux documents et informations constitue une infraction pénale, le législateur a donné aux pouvoirs d'information des AAI concernées un caractère fortement contraignant. Quelques AAI seulement ont vu leurs pouvoirs d'enquête et d'intervention confortés par la création d'un délit d'entrave opposable aux personnes mises en cause et refusant de répondre aux demandes d'information de l'institution. Ainsi, sur le modèle des pouvoirs d'information des commissions d'enquête parlementaires tels que définis par une ordonnance de 1958¹⁵⁸, étendu aux commissions permanentes en 1996¹⁵⁹, le législateur a créé un délit d'entrave au profit de certaines d'entre elles¹⁶⁰. Dans le rapport « STASI », il était notamment fait mention, à propos des compétences d'information de la HALDE, du délit d'entrave comme une alternative pertinente à la saisine du juge des référés¹⁶¹.

255. Ce délit a été consacré pour la première fois au profit de la CNIL en 1992. Avant cette date, l'entrave à l'action de la CNIL constituait déjà, depuis un décret de 1981, une contravention de cinquième classe¹⁶². Dès la mise en place en 1978 de la Commission, le législateur avait imposé une obligation de ne pas entraver son action, mais sans pour autant y attacher une sanction particulière. En effet, loin d'établir un principe de collaboration, l'article 21 de la loi du 1978 dispose que les autorités sollicitées par la CNIL dans le cadre d'une enquête « ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres et doivent au contraire

¹⁵⁷ Le CGLPL est une institution confrontée à de nombreuses difficultés liées au secteur du milieu carcéral. L'instauration de ce délit doit permettre de dissuader et, si nécessaire, de sanctionner les comportements d'obstruction au contrôle ou d'intimidation vis-à-vis des personnes communiquant des informations au Contrôleur (Rapport n° 497 (2013-2014) de C. TASCIA, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi, modifié par l'Assemblée nationale, modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Sénat, 6 mai 2014, p. 14).

¹⁵⁸ Articles 5 bis et 6, III de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, version consolidée au 13 janvier 2016.

¹⁵⁹ La loi n° 96-517 du 14 juin 1996 (*JORF*, n° 138, 15 juin 1996, p. 8911) tendant à élargir les pouvoirs d'information du Parlement et à créer un Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques a introduit dans l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires un article 5 *ter* qui donne aux commissions permanentes la faculté de demander à leur assemblée de bénéficier des prérogatives des commissions d'enquête.

¹⁶⁰ Il s'agit de l'AMF, du Défenseur des droits, du CGLPL et de la CNIL.

¹⁶¹ Rapport au Premier ministre de B. STASI, *Vers la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶² Décret n° 81-1142 du 23 décembre 1981 instituant des contraventions de police en cas de violation de certaines dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF*, 26 décembre 1981, p. 3511.

prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche ». Constatant l'absence de sanction en cas d'entrave à l'exercice des pouvoirs d'information, le législateur a corrigé cet oubli par la mise en place de ce délit, considérée à l'époque comme un renforcement bienvenu des pouvoirs d'information de l'institution¹⁶³. Depuis, si les condamnations ne sont pas courantes et généralement peu conséquentes, elles n'en demeurent pas moins exemplaires¹⁶⁴.

256. La consécration d'un délit d'entrave à l'action des AAI est strictement limitée aux pouvoirs d'investigation. En ce qui concerne le Défenseur des droits par exemple, la loi prévoit qu'« est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait de ne pas déférer aux convocations du Défenseur des droits, de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ou de l'empêcher d'accéder à des locaux administratifs ou privés, dans des conditions contraires à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits »¹⁶⁵. Il convient de ne pas mettre sur le même plan la mise en demeure dans le cadre du recueil de l'information d'une part et le pouvoir d'injonction dans les suites données aux recommandations d'autre part¹⁶⁶. En l'occurrence, la mise en demeure prononcée par le Défenseur des droits dans la phase de recueil de l'information – à l'inverse de l'injonction dans le cadre du suivi – trouve une sanction juridique par la saisine du juge des référés et, le cas échéant, son non-respect peut entraîner le prononcé d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende. Si la perspective d'une sanction est un gage d'efficacité de sa compétence d'accès à l'information, il est difficile d'envisager l'existence d'une entrave à l'exercice d'une influence. De plus, ce délit d'entrave ne s'applique que dans le cadre d'une mission générale de surveillance et non dans le cas des compétences spécifiques d'enquêtes ou de recherche de la commission d'une infraction.

257. Enfin, le caractère général du délit soulève quelques contradictions. Ainsi, le Code monétaire et financier, dans ses dispositions pénales relatives à l'AMF, réprime d'une peine

¹⁶³ Article 43 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, *JORF*, n° 0298, 23 décembre 1992, p. 17568.

¹⁶⁴ Par exemple, par un jugement du 29 janvier 2009, le tribunal de grande instance de Paris a déclaré le prévenu coupable d'entrave à l'action de la CNIL, au motif que le responsable des lieux, à savoir le PDG de la société, seul habilité à s'opposer ou à consentir aux vérifications entreprises, avait autorisé le contrôle en déléguant son comptable à son départ des lieux. Le prévenu, qui n'avait pas cette qualité, ne pouvait donc s'opposer au contrôle et a, dès lors, été condamné à une amende délictuelle de 5 000 euros, dont 4 000 euros avec sursis (CNIL, délibération n° 2009-201 du 16 avril 2009 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X).

¹⁶⁵ Article 12 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5504, texte n° 2.

¹⁶⁶ Cf. P2. T3. Ch.2. §2.

d'emprisonnement et d'une amende le fait « pour toute personne de mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers effectuée dans les conditions prévues aux articles L. 621-9 à L. 621-9-2 ou de lui communiquer des renseignements inexacts »¹⁶⁷. Or, conformément à l'article 6 §1 de la Conv. EDH, la Cour européenne considère que toute personne à l'encontre de laquelle existent des indices laissant penser qu'elle a participé à la commission d'une infraction a « le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination »¹⁶⁸. La contradiction réside précisément dans ce droit au silence alors que le délit d'entrave consisterait à interpréter ce silence comme une volonté de faire obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête. On retrouve l'idée selon laquelle ne pas entraver l'action d'une autorité administrative ne peut aller jusqu'à l'obligation de se dénoncer ou s'accuser¹⁶⁹.

258. En définitive, des autorités, telles que le Défenseur des droits ou le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, généralement présentées comme « un magistrète moral reconnu »¹⁷⁰ ou des autorités sans pouvoir de décision, exercent un pouvoir de contrainte caractéristique dans la phase du recueil de l'information.

Section 3. Une information encadrée

259. Loin de constituer nécessairement une obstruction aux compétences des autorités d'accéder à l'information pertinente, l'encadrement du recueil de l'information renforce, sous réserve de ne pas la bloquer, leur capacité d'information. Il assoit leur légitimité dans l'accès, le traitement et, par la suite, la diffusion de l'information.

¹⁶⁷ L'article L642-2 du CMF dispose qu'« est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros le fait, pour toute personne, de mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers effectuée dans les conditions prévues aux articles L621-9 à L621-9-2 ou de lui communiquer des renseignements inexacts ».

¹⁶⁸ La Cour EDH rappelle régulièrement que même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des exigences internationales résultant de la notion de procès équitable telle que consacrée par l'article 6 §1 de la Conv. EDH. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé ». Consacré par un arrêt du 25 février 1993 *Funke c/ France*, il constitue un élément de la présomption d'innocence qui interdit à l'accusation de recourir à des éléments de preuve obtenus sous la contrainte ou par des pressions (CEDH, Cour (Chambre), 25 févr. 1993, n° 10828/84, Recueil 1993, A n° 256-A ; *JCP G*, 1993, I, 22073, note R. et A. GARNON ; *JCP G*, 1994, I, 3742, n° 13, obs. F. SUDRE ; *D*, 1993, obs. J.-F. RENUCCI ; *D*, 1993, p. 457, obs. J. PANNIER). Voir également : Cour. EDH, Cour (Grande Chambre), 8 février 1996, n° 18731/91, *John Murray c. Royaume-Uni*, § 45, Recueil 1996-I ; Cour. EDH, Cour (Chambre), 20 octobre 1997, n° 20225/92, *Serves c. France*, § 46, Recueil 1997-VI.

¹⁶⁹ Cf. supra P1. T2. Ch.1 Sect.2 §1.

260. Ces limites peuvent d'abord être de nature fonctionnelle, c'est-à-dire relatives à l'inscription de l'autorité administrative indépendante dans un système institutionnel particulier de régulation. En raison du caractère marginal de cette question, cet aspect ne fera pas l'objet de développements spécifiques dans cette étude. Il s'agit soit de respecter le principe de séparation des pouvoirs, soit plus simplement d'éviter les demandes d'information redondantes. Par exemple, obligation est faite au Défenseur des droits de recueillir l'accord des juridictions saisies ou du procureur de la République lorsque les faits qui lui sont soumis donnent lieu à une procédure judiciaire¹⁷¹. Cette disposition garantit l'indépendance du pouvoir judiciaire.

261. Ensuite, l'accès à l'information par les autorités trouve un encadrement matériel et formel. Dans le cadre de leurs missions particulières qui leur sont confiées par les textes, les autorités recueillent un grand nombre d'informations sensibles émanant des acteurs du secteur soumis à leur régulation. Ces informations sont susceptibles de faire l'objet d'une protection limitant leur accès, ce qui recouvre assez largement la question des secrets protégés par la loi. La levée des secrets au profit des autorités administratives indépendantes implique donc la recherche d'un équilibre entre deux finalités qui peuvent s'avérer contradictoires : l'accomplissement par les autorités de leur mission de régulation, d'une part, et l'obligation d'assurer la protection des secrets tels que définis par le législateur, d'autre part (§1). Rappelons, à ce stade, que les autorités ne recueillent pas des informations, sensibles ou pas, sans limite. Le recueil doit s'exercer dans la mesure où il est « nécessaire » ou « utile » à l'accomplissement de ses missions¹⁷² ; le juge administratif en contrôle la mesure¹⁷³.

262. Enfin, lors du recueil, puis du traitement de l'information, des garanties procédurales tendent à assurer la possibilité aux personnes contrôlées, aux personnes mises en cause voire plus largement à toute personne intéressée d'émettre, sur le modèle du principe du contradictoire dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, des observations quant aux informations recueillies ou aux analyses se basant sur ces informations (§2).

¹⁷¹ Article 23 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

¹⁷² Les textes sont plus ou moins précis sur ce point. Ainsi, l'article L.621-8-4 du CMF relatif aux pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers dispose que l'Autorité « peut se faire communiquer, par les personnes ou entités mentionnées au II de l'article L. 621-9, tous documents ou informations, quel qu'en soit le support, utiles à l'exercice de sa mission de veille et de surveillance ». Les dispositions relatives à l'ARCEP sont plus précises lesquelles mentionnent l'obligation pour l'Autorité de mettre en œuvre ses pouvoirs d'information « de manière proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de ses missions » (art.5-9 et art. 32-4 du CPCE).

¹⁷³ Voir, CE, Sect., 10 juillet 2013, n° 360397 et n° 360398, consid. 11.

§1 Les limites matérielles au recueil de l'information

263. Les pouvoirs d'information des AAI doivent s'exercer dans le respect des secrets protégés par la loi. Cette restriction ne vaut que dans la mesure où elle ne remet pas en question l'efficacité de leur action qui est fondée sur leur indépendance et la crédibilité de leur expertise. Ainsi, les divers secrets protégés par la loi sont le plus souvent inopposables aux autorités administratives indépendantes dotées de pouvoirs de recueillir l'information. Toutefois, le législateur précise rigoureusement les conditions de cet accès. Ils posent des règles que les autorités doivent respecter pour obtenir ces informations sensibles et, ensuite, dans l'usage que celles-ci font des informations obtenues. Afin d'en étudier les aspects en lien avec les autorités, nous distinguerons les secrets de la puissance publique, d'une part (A), et les secrets privés, d'autre part (B)¹⁷⁴. Comme l'observe Bertrand WARUSFEL, si la protection juridique des « secrets des pouvoirs »¹⁷⁵ demeure bien assurée, il reste qu'ils doivent sans cesse justifier de leur existence ; alors que la demande de protection des « secrets privés » augmente d'autant plus qu'ils demeurent, en réalité, très vulnérables¹⁷⁶.

264. Ces discussions renvoient à la définition des secrets par le législateur, à leur légitimité et à la possibilité de les lever au profit d'autorités de contrôle, et plus spécifiquement d'autorités administratives indépendantes chargées d'une mission de surveillance générale. Or, si « le secret est une des faces de la transparence »¹⁷⁷, il en constitue sans nul doute l'aspect le plus discuté. Le traitement de cette question dépasse largement le seul cas des autorités administratives indépendantes et rejoint celle, plus large, de la limitation des pouvoirs d'investigation des autorités administratives¹⁷⁸. Autant la notion de « transparence » prétend à la singularité, autant les secrets qui en freinent les effets sont marqués par une forte hétérogénéité¹⁷⁹. Celle-ci s'apprécie d'abord par le contenu varié de ces secrets : le secret des affaires, le secret professionnel, le secret médical, le secret-défense, le secret de fabrication ; et, ensuite, par la diversité des régimes de protection et la variabilité de l'opposabilité aux tiers ou aux juridictions.

¹⁷⁴ Nous empruntons cette distinction usuelle à Bertrand WARUSFEL (B. WARUSFEL, « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », *Revue générale nucléaire*, février 2003, n° 1, pp. 62-66).

¹⁷⁵ Conseil d'État, « La transparence et le secret », EDCE, n° 47, Paris, La Documentation française, 1996, p. 137.

¹⁷⁶ B. WARUSFEL, « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », art cit, p. 63.

¹⁷⁷ J.-J. GLEIZAL, « Le secret professionnel » dans *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1995, p. 227.

¹⁷⁸ Voir sur ce sujet : M. MURBACH-VIBERT, *Les pouvoirs d'investigation en droit français: essai d'une théorie générale*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, Lyon, France, 2010, 610 p.

¹⁷⁹ B. WARUSFEL, « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », art cit, p. 62.

A. Les secrets de la puissance publique

265. Les secrets de la puissance publique, autrement dit « ceux qui sont instaurés dans l'intérêt général et qui relèvent de la pratique des autorités publiques »¹⁸⁰, ont connu une évolution en faveur de la transparence. Celle-ci est érigée en principe à partir des années 1970. Dans ces conditions, le secret, bien qu'ayant une existence juridique plus solide que le principe de transparence, est progressivement devenu l'exception¹⁸¹. La mise œuvre d'un principe d'accès aux fichiers informatisés¹⁸² et la consécration d'un droit d'accès aux documents administratifs¹⁸³ sont les premières étapes de ce mouvement vers une réduction du domaine des secrets de l'administration. Toutefois, des secrets demeurent, et précisément « des secrets absolus »¹⁸⁴. Ainsi, à la suite de fréquents abus constatés dans l'invocation du secret-défense à l'occasion de plusieurs affaires politiques, les discussions dans le courant des années 1990 ont porté sur l'opportunité de mettre en place de « nouvelles médiations »¹⁸⁵ entre les administrés et les autorités compétentes.

266. Cette redéfinition des espaces entre transparence et secret impliquait des solutions nouvelles, qui, selon les termes de l'étude du Conseil d'État, procèdent « d'une nouvelle représentation de l'équilibre des pouvoirs » et de la nécessité d'une fonction de veille et d'expertise spécialisée dans des domaines « où les pouvoirs traditionnels ne sont pas en état de s'investir de façon quantitativement ou qualitativement adéquate »¹⁸⁶. Le recours à la figure des autorités indépendantes va apparaître dans certains domaines sensibles, tel que celui du secret défense, comme la réponse appropriée aux difficultés résultant de la conciliation du secret et de la transparence. Au regard de leur indépendance et de leurs modes d'intervention, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) participent de ces « solutions plus élaborées », tout comme l'ancienne Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) – remplacée en 2015 par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) – et la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN). Apparues dans les années 90, leur mission consiste à contrôler une action secrète de

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹⁸¹ O. BUI-XUAN, « Les secrets de l'administration », *RDP*, juillet 2012, n° 4, p. 1119 ; CADA, *Rapport d'activité 2013*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, 2014, p. 3.

¹⁸² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *précitée*.

¹⁸³ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, *précitée*.

¹⁸⁴ O. BUI-XUAN, « Les secrets de l'administration », art cit.

¹⁸⁵ Conseil d'État, « La transparence et le secret », *op. cit.*

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 143.

l'administration ou l'usage d'informations classifiées. Ces autorités constituent dès lors une sorte de « filtre » entre le secret et la transparence « permettant de favoriser les échanges tout en assurant les étanchéités nécessaires »¹⁸⁷. Il ne s'agit nullement de supprimer les pratiques administratives relatives au secret, ce qui apparaît hors de portée dans un domaine régalién par excellence, mais d'en restreindre l'usage dans un souci de transparence. Cette évolution institutionnelle marque l'élimination d'un « angle mort » des dispositifs de régulation des institutions et supprime ainsi un des derniers bastions du contrôle de l'administration par elle-même¹⁸⁸. Le recours aux AAI sans pouvoir de contrainte est apparu comme un compromis entre la transparence et le secret par la mise en place de véritables « magistratures de la transparence »¹⁸⁹. Cette interposition va toutefois susciter des critiques à la fois au regard de la légitimité du secret¹⁹⁰, mais aussi de la mise à distance du juge dont la compétence de contrôle est considérée par certains comme plus cohérente¹⁹¹. Dans le cas de la CCSDN par exemple, certains auteurs ont dénoncé « le risque de subordination de l'action de la justice »¹⁹², là où d'autres y ont vu au contraire un moyen de renforcer la légitimité des secrets de la puissance publique¹⁹³.

267. Pour exercer leur mission, les autorités vont avoir accès à des informations dont la caractéristique principale est d'être protégées, classifiées. La loi du 10 juillet 1991 sur le secret des télécommunications a confié à la CNCIS la compétence de recevoir communication de toutes les demandes d'interception intéressant la défense nationale et revêtues de la mention secret défense. Le secret défense est devenu l'objet principal de l'activité de la CCSDN, créée par la loi du 8 juillet 1998¹⁹⁴. Pour examiner le bien-fondé d'une classification, il a en effet été choisi de recourir à une autorité administrative indépendante exerçant une magistrature

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 157.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 143.

¹⁹⁰ J. LAVEISSIÈRE, « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret » dans *Études offertes à J.-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 181-205.

¹⁹¹ S. TRAORÉ, « La commission consultative du secret de la Défense nationale : une autorité administrative indépendante sui generis? », *Revue administrative*, 1999, n° 311, p. 508-515 ; B. WARUSFEL, « Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'État de droit », *Revue Droit et défense*, 1996, n° 4, p. 23-32.

¹⁹² S. TRAORÉ, art cit, p. 513.

¹⁹³ En ce qui concerne le secret défense, l'esprit général qui gouverne la matière trouve une synthèse dans la formule « classer moins pour classer mieux » (M. GUILLAUME, « Secrets régaliens : le cas du secret défense » dans *Transparence et secret, colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, Paris, La Documentation Française, 2004, p. 206).

¹⁹⁴ Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale, *JORF*, n° 157, 9 juillet 1998, p. 10488.

d'influence qui se voit octroyer un accès illimité aux données du secret¹⁹⁵. Elle est saisie à la suite de toute demande de déclassification d'un secret défense formulée par une juridiction française.

268. Même si les modalités juridiques ne sont pas totalement identiques, il ressort de ces dispositions que la loi a veillé à ce que le secret de défense ne soit pas un obstacle au contrôle de ces autorités afin qu'elles puissent accéder directement aux informations classifiées nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Qu'il s'agisse de la CNIL ou des autorités telles que la CNCIS ou la CCSDN, les modalités d'accès aux informations révèlent néanmoins une certaine prudence de la part du législateur qui a réduit autant que possible les risques de divulgation par le biais de certains mécanismes. Ainsi, une solution réside dans le fait de réduire le nombre de membres de l'autorité ayant accès aux informations classifiées, et ce afin de réduire les risques de divulgation. L'article 41 (anciennement article 39)¹⁹⁶ de la loi du 6 janvier 1978 prévoit que la CNIL désigne l'un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'État, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener les investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. Il peut se faire assister d'un agent de la Commission. Le décret d'application adopté en 2005, dans son article 84, a notamment institué, pour les agents de la CNIL apportant leur concours lors de l'accès à ces traitements classifiés, l'obligation d'obtenir une habilitation par le Premier ministre selon les conditions de l'article R2311-7 du Code de la défense nationale¹⁹⁷. Concernant la CCSDN et la CNCIS, le Conseil d'État avait proposé la généralisation du modèle de la CNIL¹⁹⁸. Ainsi, le nombre de membres des autorités chargées de contrôler l'usage des « secrets des pouvoirs » est strictement limité¹⁹⁹.

¹⁹⁵ S. TRAORÉ, art cit.

¹⁹⁶ Article 41 de la loi du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale, *JORF* n°157 du 9 juillet 1998, p. 10488.

¹⁹⁷ Article 84 du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

¹⁹⁸ Conseil d'État, « La transparence et le secret », *op. cit.*, p. 157.

¹⁹⁹ La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) qui remplace la CNCIS est, au contraire, composée de neuf membres (article L831-1 du Code de sécurité intérieure). La CNCIS était composée de trois membres, dont deux parlementaires. Dans son rapport de 2000, la CNCIS signalait que le nombre de membre portée à trois constituait une faiblesse. En effet, la composition très restreinte de la Commission, telle qu'elle était fixée par l'article 13 de la loi du 11 juillet 1991, « peut nuire à son fonctionnement ». Ainsi, s'il « advient que l'un des deux parlementaires soit absent, la Commission peut sans doute se réunir, mais il faut reconnaître que l'équilibre institutionnel voulu par le législateur n'est plus assuré, et d'autre part que l'utilisation par le président de sa voix prépondérante priverait la réunion de son sens ». La proposition était donc d'augmenter le nombre de membres en prenant modèle sur la composition de la CCSDN (CNCIS, *9^e rapport d'activité 2000*, Paris, La Documentation Française, 2001, p. 11), cette dernière étant composée de cinq membres (magistrats et parlementaires).

269. Cet accès n'est pas toujours autorisé en pratique ou ne va pas sans poser quelques difficultés, même pour des autorités dont la mission *a priori* l'exigerait. La situation de la CADA tend à prouver la permanence d'une méfiance à l'égard de l'intrusion d'une autorité indépendante. L'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 dispose que ne sont pas communicables les documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte, de façon générale, aux secrets protégés par la loi. Parmi ces secrets, le législateur mentionne expressément le secret de la défense nationale. La CADA a, depuis sa création, pour compétence d'examiner la recevabilité des demandes d'accès à des documents qui pouvaient être soumis à une protection particulière liée notamment à des secrets. Or, si celle-ci est confrontée à un document classifié, le logique voudrait qu'elle puisse « avoir entre ses mains »²⁰⁰ les documents demandés, quels qu'ils soient, avant de se prononcer sur leur caractère communicable. Pourtant, la CADA se voit le plus souvent opposer le secret défense, problème qui a été évoqué dès ses premières années d'activité.

270. Suivant l'exemple de la CNIL, le ministère de la Défense proposait de modifier le décret du 6 décembre 1978 qui fixe la composition et les règles de fonctionnement de la CADA en créant au sein de la Commission un « groupe restreint » composé de personnes habilitées à connaître des documents classifiés et chargé de formuler un avis sur leur caractère communicable. Si la Commission acceptait quelques restrictions liées au caractère sensible des documents (pas de publicité des avis, habilitation des membres par le Premier ministre), elle refusa néanmoins la constitution d'un groupe restreint au motif que la loi de 1978 « ne réserve aucun sort particulier à de tels documents. La conséquence logique est que les demandes de communication portant sur les documents intéressant la défense doivent être instruites et examinées – sous réserve de la nécessaire habilitation au secret – comme les autres demandes »²⁰¹ ; ajoutant pour terminer que « le législateur lui-même a exigé que les demandes dont est saisie la Commission soient examinées collégalement par tous les membres qui la composent. Dès lors, la Commission souhaite que soit maintenu un mode unique d'instruction et d'examen des demandes, quel que soit le document »²⁰².

271. Dans les hypothèses – rares – où la CADA est confrontée à un document classifié, elle se contente de rendre un avis dans lequel elle se déclare incompétente, car ne pouvant pas accéder aux documents ; ou bien, elle s'efforce de rendre un avis motivé au regard des

²⁰⁰ CADA, *Troisième rapport d'activité de la CADA 1982-1983*, Paris, La Documentation française, 1984, p. 15.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 15-16.

²⁰² *Ibid.*, p. 16.

informations que lui communique l'administration sollicitée. Suivant la formule consacrée, la commission se prononce alors « au vu, notamment, de tout élément d'information que l'administration lui communique dans des formes préservant le secret de la défense nationale, de façon à lui permettre d'émettre son avis en connaissance de cause sans porter directement ou indirectement atteinte à ce secret »²⁰³.

272. Marc GUILLAUME justifie les limites du contrôle de la CADA par un exemple caricatural : « “je suis Monsieur Untel, j'aimerais accéder au code des fusées nucléaires et j'aimerais savoir quels sont les villes ou les sites qui sont visés par les fusées”. Il n'est pas question de s'interroger longuement pour savoir si le document va être donné à la CADA pour savoir si celle-ci va s'interroger pour savoir si c'est une bonne idée ou non d'avoir classifié les endroits qui seraient visés dans l'éventualité d'un conflit. Donc, finalement, le ministère de la Défense ou le Premier ministre ne donnent pas ces documents à la CADA quand quelqu'un les demande »²⁰⁴. Selon Marc GUILLAUME, le caractère délicat et sensible de la matière suffit à constater l'incompétence de la Commission. Il considère par ailleurs que le législateur est intervenu pour atténuer cette limitation en créant un dispositif particulier – la CCSDN – garantissant l'équilibre des droits des uns et des autres pour qu'on vérifie si c'est une bonne chose ou pas, en l'espèce, de ne pas rendre publics les codes nucléaires²⁰⁵.

273. Au regard d'un accès ouvert sur la seule habilitation, et donc à un nombre restreint de personnes, la sauvegarde des secrets repose sur l'existence d'une sanction pénale. Ainsi, les membres des autorités ne bénéficient pas de l'immunité pour les opinions émises dans le cadre de leurs fonctions. Ils sont donc soumis au respect des secrets protégés par les articles 413-10, 226-13 et 226-14 du Code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, c'est-à-dire au respect du secret de la défense nationale d'une part et du secret professionnel d'autre part.

274. En cas de divulgation du secret, cette disposition devrait s'appliquer de la même manière pour tous les membres de la CNCTR et de la CCSDN. Cependant, la question de la présence de parlementaires au sein des autorités est susceptible de soulever quelques questions propres à leur statut. Pour les parlementaires, l'article 26 de la Constitution pourrait exceptionnellement trouver à s'appliquer, interdisant les poursuites contre un membre du Parlement « à l'occasion

²⁰³ CADA, avis n° 20124117 du 10 janvier 2013, *Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie* dans *Recueil des principaux avis et conseils*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, 1^{er} semestre 2013, p. 79.

²⁰⁴ M. GUILLAUME, « Secrets régaliens: le cas du secret défense », art cit, p. 212.

²⁰⁵ *Ibid.*

des opinions ou des votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions »²⁰⁶. De plus, Raymond GASSIN relevait les silences de la loi, à propos de la CNIL, concernant les magistrats extérieurs, délégués dans des missions d'investigation et de contrôle, et les experts chargés d'assister les personnes désignées pour procéder aux investigations²⁰⁷.

275. En dehors des cas particuliers de « magistratures du secret » ou de « magistratures de la transparence » déjà évoqués, un excès de prudence, voire une méfiance à l'égard de ces institutions, présente le risque non négligeable de vider de son contenu leur nécessaire compétence en termes d'information. Ainsi, conformément à l'alinéa 3 de l'article 8-1 de la loi 2007 créant le CGLPL²⁰⁸ ou l'alinéa 2 de l'article 20 créant le Défenseur²⁰⁹, ces autorités peuvent se voir opposer le caractère secret ou confidentiel de l'information en matière de défense nationale et de sûreté de l'État. Si lors des discussions, certaines limitations ont été abolies²¹⁰, le législateur a fait le choix de ne pas lever l'opposabilité des « secrets absolus » de l'État au bénéfice de ces deux autorités. Ces limitations font toutefois l'objet de nombreuses critiques, dénonçant des entraves « insupportables et arbitraires »²¹¹ alors même que le Contrôleur et le Défenseur des droits, ainsi que leurs agents, sont eux-mêmes tenus au secret professionnel pour les informations qu'ils recueillent. En effet, bien que le Défenseur bénéficie d'une immunité pour les opinions qu'il émet ou les actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions, celle-ci ne protège pas son représentant en cas de violation des règles relatives aux secrets protégés par la loi²¹². L'octroi aux membres de l'autorité de la faculté d'apprécier eux-mêmes l'opportunité de l'accès a été présenté par certains parlementaires comme un mode de

²⁰⁶ M. GUILLAUME, « Parlement et secret(s) », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, avril 2001, n° 97 - Transparence et secret, p. 81.

²⁰⁷ R. GASSIN, « Chapitre 2 - Commission nationale de l'informatique et des libertés », art cit, p. 240.

²⁰⁸ Article 8-1 al. 3 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *précitée*.

²⁰⁹ Article 20 al. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mai 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

²¹⁰ La Commission des lois a adopté un amendement de son rapporteur complétant l'article 17 du projet de loi organique afin de prévoir que le secret de l'enquête et de l'instruction ne soient pas opposables au Défenseur des droits lorsqu'il intervient en matière de déontologie de la sécurité. Cet amendement visait uniquement à prévoir ce qui était déjà prévu pour la CNDS. Dans le cas contraire, l'action du Défenseur pouvait se trouver limitée par le fait de devoir « attendre [...] de longs mois, voire plusieurs années, la clôture de l'enquête préliminaire ou de l'instruction, avant de connaître leurs contenus et de pouvoir mener à bien sa mission » (CNCDDH, Ass. plén., avis du 4 février 2010 sur le Défenseur des droits, §. 18.), sauf à considérer que la juridiction ait donné son accord (limite fonctionnelle sus-évoquées).

²¹¹ L. MERMAZ, sénateur socialiste de l'Isère, compte-rendu intégral des débats, séance du 31 juillet 2007, p. 3031.

²¹² Articles 20 et 29 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

fonctionnement « plus efficace pour son autorité et son pouvoir »²¹³. Leur idée était notamment argumentée par le recours à des exemples étrangers où des autorités indépendantes ne peuvent se voir opposer aucun secret dans la communication des documents dans le cadre de leurs fonctions²¹⁴. Lors des débats, plusieurs propositions ou amendements ont tendu à réduire au maximum les possibilités de s'opposer à l'accès aux informations par ces autorités. Soucieux de se conformer à l'esprit du protocole facultatif à la Convention contre la torture²¹⁵, certains parlementaires ont fait savoir que les « pouvoirs d'investigations du contrôleur général [devaient] être illimités ».

276. La formulation des restrictions acquiert une certaine importance selon qu'il est fait référence à une disposition protégée par la loi ou au contraire qu'il est fait référence à une formulation vague ouvrant des possibilités illimitées de faire échec à l'accès à l'information et ce, malgré des garanties procédurales. Dans ce domaine, la précision législative est l'ennemie de l'arbitraire administratif. L'enjeu étant d'éviter de laisser à la disposition de l'administration les arguments utiles afin de s'opposer systématiquement à la communication des pièces aux AAI. Ainsi dans la première version du projet de loi instituant un CGLPL, il était prévu à l'alinéa 5 de l'article 6 que le caractère secret des informations et pièces dont le contrôleur demande communication puisse lui être opposé dans le cas où leur divulgation est susceptible de porter atteinte « à la sécurité des lieux de privation de liberté »²¹⁶. Cette mention critiquée a été retirée en première lecture devant le Sénat qui la considérait trop large²¹⁷. Dans son avis²¹⁸, la CNCDH, examinant le projet d'institution d'un Défenseur des droits, critiquait la présence dans la première version du projet de loi²¹⁹, à l'article 18, de la possibilité de refuser l'accès « dans le cas de circonstances exceptionnelles », sous réserve que ces autorités ou personnes

²¹³ Rapport n° 414 (2006-2007) de J.-J. HYEST, au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, Sénat, 25 juillet 2007, p. 47.

²¹⁴ Ils notent ainsi qu'au Danemark « l'Ombudsman dispose déjà d'un pouvoir de contrôle sur les lieux d'enfermement. En effet, l'institution peut décider à son initiative, à la demande d'un particulier ou des pouvoirs publics, des inspections dans tous les lieux où les personnes sont privées de leur liberté sans leur consentement. Les inspecteurs peuvent rencontrer qui ils souhaitent et avoir accès à tous les documents même protégés par un secret » (*Ibid.*, p. 27).

²¹⁵ Article 20 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conclu à New York le 18 décembre 2002, approuvé par la loi n° 2008-739 du 28 juillet 2008 autorisant l'approbation du protocole facultatif se rapportant à la convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants adopté le 18 décembre 2002 à New York.

²¹⁶ Texte n° 371 (2006-2007) de Mme Rachida DATI, garde des Sceaux, ministre de la justice, déposé au Sénat le 11 juillet 2007, p. 9.

²¹⁷ Rapport n° 414 (2006-2007) de J.-J. HYEST, *op. cit.*, p. 47.

²¹⁸ CNCDH, Ass. plén., avis du 4 février 2010 sur le Défenseur des droits, § 18.

²¹⁹ Texte n° 610 (2008-2009) de M. ALLIOT-MARIE, ministre d'État, garde des Sceaux, ministre de la Justice et des libertés, Sénat, le 9 septembre 2009.

justifient leur opposition. En effet, plus problématique encore que l'invocation du « secret défense » ou de limites liées à la sécurité publique, la variante singulière, non retenue dans la loi définitive, des « circonstances exceptionnelles » était, à juste titre, dénoncée comme accordant à l'administration un pouvoir étendu de faire obstacle à l'action du Défenseur. Dans cette recherche de la précision afin d'éviter tout arbitraire, un amendement parlementaire proposait de remplacer les mots : « concernant la défense nationale, la sûreté de l'État ou la politique extérieure » par les mots : « défense, lorsque les éléments sollicités auront, antérieurement à la demande, fait l'objet d'une classification « Très secret défense » ou « secret défense », aux termes du décret n° 81-514 du 12 mai 1981 »²²⁰. Cette formulation est plus restrictive en ce qu'elle excluait *a priori* les informations protégées de niveau « confidentiel défense » et, surtout, aurait permis d'éviter que l'administration, à la suite d'une demande du Défenseur des droits, ne réagisse dans l'urgence afin de classer ces documents.

277. Lors de débats au Sénat, un amendement du groupe socialiste²²¹ visait à supprimer toutes les exceptions. Robert BADINTER motivait cet amendement en soutenant que ces exceptions relèvent généralement d'hypothèses purement et simplement absurdes²²². Cette remarque fait écho aux considérations de Danièle LOCHAK vis-à-vis des documents couverts par le « secret d'État » qui suscitent selon elle le ridicule et la crainte : « le ridicule, devant le caractère parfois dérisoire, au regard de l'objectif vital théoriquement poursuivi, des informations dont le secret est si jalousement gardé ; la crainte, aussi, devant les risques d'un système qui non seulement exclut de la communication les documents qui sont virtuellement les plus lourds de menaces pour la liberté et la vie privée des individus, mais qui interdit de rectifier les erreurs qu'ils contiennent et qui peuvent avoir des conséquences graves pour les personnes concernées »²²³.

B. Les secrets privés

278. La protection des secrets privés constitue un droit de protection individuelle « en butte aux exigences de la vie collective »²²⁴. Les empiètements dans la sphère privée, qui représentent

²²⁰ Amendement CL63 présenté par M. J.-J. URVOAS et les membres du groupe socialiste, radical, citoyen et divers gauche.

²²¹ Amendement n° 67, 30 juillet 2007, projet de loi Contrôleur général lieux de privation de liberté (1^{ère} lecture) (n° 371, 414).

²²² Sur ce point, du rapporteur de la Commission des lois est clair : il estime que « les considérations liées aux [secret de la défense nationale et à la sûreté de l'Etat] ne devraient pas réellement jouer car il est douteux que les lieux d'enfermement mettent en cause la défense nationale ou la sûreté de l'Etat comme l'ont confirmé notamment plusieurs des représentants des corps d'inspection entendus par votre rapporteur » (Rapport n° 414 (2006-2007) de J.-J. HYEST, op. cit., p. 47).

²²³ D. LOCHAK, « Secret, sécurité et liberté » dans CURAPP (dir.), *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 51-52.

²²⁴ Conseil d'État, « La transparence et le secret », art cit, p. 73.

des effets collatéraux liés à l'utilisation des nouvelles technologies ou des pratiques des entreprises en concurrence, exigent une veille constante et une adaptation du dispositif de protection. Par exemple, la réécriture de l'article 226-13 consacré au secret professionnel dans le Code pénal a marqué une évolution dans la prise en compte par le législateur de l'accroissement des risques d'atteinte et d'immixtion dans la sphère privée. Ledit article du Code pénal ne se réfère plus aux principales professions concernées par l'obligation de secret, mais considère que l'obligation de secret concerne également toute personne qui recueille une information à caractère privé à l'occasion de sa fonction ou de sa mission, sans exception, y compris si celle-ci est de courte durée²²⁵. Du moment où la loi ne vise ou n'exclut aucune personne, tout agent, quel que soit son lien juridique avec l'autorité administrative, est nécessairement tenu au respect de ces dispositions.

279. Pour mener à bien leurs missions, les autorités administratives indépendantes disposent de larges pouvoirs d'information qui leur permettent de recueillir auprès des administrés, des particuliers ou des entreprises un nombre important d'informations et de documents. Nombre d'informations contenues dans ces documents sont susceptibles d'être sensibles et confidentielles. Si elles venaient à être communiquées aux autres parties en cause dans une procédure, ou à être publiées dans une décision ou un avis des autorités, elles léseraient gravement les intérêts de la personne ou de l'entreprise en cause. Dès lors, si les secrets sont le plus souvent inopposables aux autorités dotées de pouvoir d'information ; celles-ci sont, en retour, tenues de les respecter dans l'usage qu'elle font ensuite des informations obtenues. La protection des secrets privés est ainsi assurée, d'abord, par les obligations disciplinaires et déontologiques imposées aux membres et au personnel des autorités indépendantes ; mais également par les règles spécifiques qui encadrent l'utilisation que ces derniers peuvent faire des informations protégées qu'elles ont recueillies. Ces règles tiennent compte de la difficulté qu'il y a de garantir l'effectivité de la protection des secrets dans le cadre de l'exercice de leurs missions par les autorités administratives indépendantes.

280. Par exemple, l'évolution de la protection du « secret des affaires » devant l'autorité de régulation de la concurrence manifeste la difficulté qu'il y a parfois de concilier régulation et protection des secrets²²⁶. Dans le domaine économique et financier, les textes constitutifs des autorités qui leurs confèrent des pouvoirs d'information ne prévoient pas d'exception

²²⁵ Article 226-13 du Code pénal.

²²⁶ Voir notamment : V. FRAISSINIER, « Secret professionnel et secret des affaires: deux réalités difficiles à concilier avec les droits d'investigation des administrations », art cit, p. 701 et s.

permettant aux entreprises de refuser la transmission d'informations au nom du secret des affaires, ou plus largement au nom de la protection des informations commercialement sensibles²²⁷. Cet état du droit a trouvé une confirmation dans l'article 1, §2 b) de la directive européenne du 8 juin 2016²²⁸, transposée à l'article L. 151-7 du Code de commerce²²⁹, qui prévoit explicitement que la protection du secret des affaires n'est pas invocable « lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives ». Si les secrets d'affaires ne sont pas opposables, les autorités n'en demeurent pas moins tenues de ne pas divulguer de tels secrets dans l'usage qu'elles font de ces informations. Or, la protection des secrets d'affaires se concilie mal avec certains principes fondamentaux, tels que la publicité des débats et le caractère contradictoire de la procédure devant certaines autorités, créant ainsi un risque de voir un concurrent profiter d'informations confidentielles de l'entreprise partie à la procédure. Pour pallier ce risque, le législateur a adopté des dispositions particulières visant à renforcer les garanties attachées aux « secrets des affaires » dans le cadre des procédures contradictoires menées devant les autorités de régulation²³⁰. La mise en place d'un dispositif de « demande de protection » a été initialement prévu pour la procédure menée devant l'Autorité de la concurrence et, plus particulièrement, lors du contrôle qu'elle opère en matière de pratiques anticoncurrentielles. À cet égard, la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a marqué une première étape de la protection du « secret des affaires », complétée par l'entrée en vigueur du règlement de 2003²³¹ et de 2004²³² et des évolutions jurisprudentielles²³³, en permettant d'invoquer les secrets d'affaires devant l'autorité en charge de la régulation de la

²²⁷ E. MULLER, « La protection des informations commercialement sensibles » dans G. ECKERT et J.-P. KOVAR, *La régulation économique et financière face aux défis de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 143.

²²⁸ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JOUE*, 15 juin 2016, L 157/1.

²²⁹ Cet article du code de commerce a été créé par l'article 1^{er} de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, *JORF*, n° 0174, 31 juillet 2018, texte n° 1.

²³⁰

²³¹ L'article 27.2 du Règlement 1/2003, Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

²³² Article 16, alinéa premier, du Règlement (CE) n° 773/2004, 7 avr. 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE).

²³³ CE, 10 octobre 2014, n° 367807, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, T. Lebon p. 501, 550, 577, 588 et 777 ; *AJCA*, 2014, p. 386, obs. I. LUC ; *RLDA*, Décembre 2014, n° 99, p. 35-41, N. LENOIR.

concurrence pour éviter que certaines informations couvertes par le secret d'affaires ne soient pas versées au contradictoire, c'est-à-dire ne soient pas communiqués aux autres parties des documents confidentiels²³⁴. Ce mécanisme de « demande de protection » a été ensuite étendue à la procédure de sanction devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)²³⁵, devant l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL)²³⁶ ou encore à la procédure de règlement des différends devant la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI)²³⁷. En matière de concurrence, cette garantie ne concerne *a priori* que le contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Or, depuis, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, l'Autorité de la concurrence peut mobiliser ses pouvoirs d'enquête administrative issus de l'article L450-3 du Code de commerce dans le cadre d'une procédure d'avis²³⁸. Elle est amenée à interroger des acteurs économiques sur leurs activités, à solliciter auprès de ces derniers la communication de documents, dont certains touchent des secrets d'affaires protégés. Si aucune disposition du Code de commerce n'assure dans ce domaine le respect des secrets d'affaire, l'Autorité n'en demeure pas moins liée par le régime général de l'accès aux documents administratifs lequel interdit de donner suite aux demandes de tiers visant à obtenir des informations dont la divulgation porterait atteinte notamment « au secret en matière commerciale et industrielle, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles »²³⁹. Ensuite, le risque que l'Autorité puisse être tentée d'exploiter de telles données sensibles et les fasse figurer dans les éventuels questionnaires adressés aux tiers par exemple, en fasse mention lors de la séance organisée devant le collège de l'Autorité ou encore les mentionne dans l'avis définitif publié est écarté par les dispositions introduites par la loi du 7 octobre 2016 pour une

²³⁴ C. LEMAIRE, « La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue », *JCP Entreprise et affaires*, 26 janvier 2006, n° 4, p. 191-201. Dans ce cas, l'entreprise qui souhaite obtenir la protection des « secrets d'affaires » contenus dans les documents qu'elle communique à l'Autorité de la concurrence, ou qui ont été saisis auprès d'elle par cette même autorité, peut, suivant une procédure relativement encadrée, en faire la demande. Les articles L463-4, R463-13 à R463-15 du Code de commerce décrivent la procédure applicable en matière de protection des secrets d'affaires dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

²³⁵ Articles 17-1 et 42-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, version en vigueur au 1^{er} décembre 2015.

²³⁶ Article 43, III de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, version en vigueur au 5 décembre 2015.

²³⁷ Article R331-56 et s. du Code de la propriété intellectuelle.

²³⁸ Cf. P1. T1. Chap. 1. Sect.2 § 2.

²³⁹ Article L311-6 du CRPA.

République numérique qui subordonnent la diffusion d'informations auprès du public à un traitement permettant d'occulter les données couvertes par le secret industriel et commercial²⁴⁰.

281. En principe, pour qu'un secret soit opposable à une autorité dans le cadre de sa mission de régulation, celui-ci doit faire l'objet d'une protection inscrite dans le texte constitutif de l'autorité. Cela permet de poser la réciproque : lorsque le législateur décide de suspendre cette protection au profit d'une autorité de régulation, il doit l'inscrire de façon expresse dans la loi. Cette position, qui ne pose guère de difficulté, a trouvé une confirmation dans une décision du Conseil constitutionnel dont l'un des aspects portait sur l'opposabilité du secret professionnel à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Lors de la réforme de 2004, le troisième alinéa de l'article 21 de la loi du 6 janvier 1978 a été modifié en prévoyant que les personnes interrogées par la CNIL dans le cadre d'une procédure de contrôle pourront lui opposer leur obligation de respecter le secret professionnel. Des parlementaires ont saisi le Conseil constitutionnel en arguant, entre autres, que cette « limite posée aux pouvoirs de contrôle de la CNIL exercés *a posteriori* constitue [...] un recul quant aux garanties apportées aux exigences constitutionnelles applicables à la matière »²⁴¹. Selon eux, tel que rédigé avant la réforme de 2004, l'article 21 ne permettait pas d'opposer un tel secret aux agents de la CNIL²⁴². Dans sa décision du 29 juillet 2004, le Conseil a estimé que le grief manquait en fait, car la loi déferée n'avait pas pour objet de rendre opposable aux membres de la CNIL et à ses agents un secret qui, sous l'empire de la législation antérieure, leur eut été inopposable. En effet, il considéra que « dans le silence des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 antérieures à la loi déferée, les personnes interrogées par la CNIL étaient déjà soumises au secret professionnel »²⁴³. Sans doute la loi du 6 janvier 1978 n'indiquait-elle pas explicitement, dans sa précédente rédaction, que le secret professionnel était opposable aux investigations de la CNIL, mais le Conseil rappelle que seule une disposition législative expresse aurait permis de déroger aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal qui répriment la violation du secret professionnel²⁴⁴.

²⁴⁰ Article L. 312-1-2 du CRPA.

²⁴¹ Saisine par 60 sénateurs - 2004-499 DC.

²⁴² Anciennement, l'article 21 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 prévoyait dans son dernier alinéa que « les personnes concernées par un tel contrôle ne pouvaient « s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres pour quelque motif que ce soit et doivent au contraire prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche ».

²⁴³ Cons. constit, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, considérant 17 : *LPA*, 11 août 2004, p. 8, J.-E. SCHOETTL ; *RFDC*, 2004, p. 822, H. ALCARAZ ; *RFDA*, 2005, p. 465, P. CASSIA.

²⁴⁴ Dans ses observations, le gouvernement que ni les dispositions antérieures de l'article 21 de la loi du 6 janvier 1978 ni celles de son article 13, selon lesquelles « Les informaticiens appelés, soit à donner les renseignements à la commission, soit à témoigner devant elle, sont déliés en tant que de besoin de leur obligation de discrétion » ne

282. Au moment de déterminer l'étendue des prérogatives d'investigation des AAI, le législateur doit donc se prononcer préalablement sur l'opportunité de rendre inopposable un secret à l'autorité au regard de ses missions. Les termes de cette discussion oscillent donc entre principes et pratiques : elle tient compte d'éléments propres à la nature du secret, mais aussi à la réalité de l'activité de l'autorité. Marie-Anne FRISON-ROCHE préconise à ce propos que les secrets professionnels soient écartés pour que les autorités puissent avoir accès aux informations nécessaires à l'accomplissement de leurs missions²⁴⁵.

283. Lors de la réforme de la loi de 2007 établissant le CGLPL, la levée du secret médical était présentée comme « le seul problème sérieux »²⁴⁶ à discuter concernant la limitation des pouvoirs d'investigation de l'autorité. Jean-Marie DELARUE, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, témoignait du fait que l'interdiction qui s'impose à ses équipes, pourtant soumises au secret professionnel, de prendre connaissance de certaines informations à caractère médical limitait dans certains cas la portée de son contrôle²⁴⁷. Auditionné par la Commission des lois du Sénat, Xavier RONSIN, membre français du Comité de prévention de la torture soutenait que le secret médical, tel que consacré à l'article R. 4127-4 du Code de la santé publique, est « institué dans l'intérêt des patients » et qu'il est dans l'intérêt même des personnes privées de liberté que le secret médical soit levé²⁴⁸. En effet, le secret médical est rarement opposé par le patient²⁴⁹, mais plutôt par les instances de soins dans des cas où son

valaient levée du secret professionnel. Il relevait en outre que « L'obligation de confidentialité des informaticiens ne peut être assimilée au secret professionnel protégé par le Code pénal. À titre de comparaison, on peut rappeler que le secret professionnel demeure opposable au juge civil (V. par exemple Cass. Civ. I, 21 juin 1988, Bull. Civ. n°201, à propos du secret médical) et qu'il justifie un encadrement des pouvoirs d'investigation du juge pénal (V. Cass. Crim. 14 janvier 2003). Il est, en effet, essentiel que certaines professions, tels les médecins et les avocats, puissent bénéficier de la protection d'un tel secret qui a été instauré pour garantir des droits fondamentaux de la personne. On doit d'ailleurs noter que ce secret ne saurait être invoqué de mauvaise foi par des responsables de traitements, sous peine de les exposer aux sanctions réprimant le délit d'entrave aux investigations de la Cnil réprimé par l'article 51 de la loi de 1978 modifié » (Observations du gouvernement sur la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2004-499-dc-du-29-juillet-2004-observations-du-gouvernement, consultée le 16 décembre 2015).

²⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 8.1.2.1.

²⁴⁶ R. BADINTER, sénateur socialiste, Compte rendu intégral des débats, Séance du 31 juillet 2007, Sénat, p. 3069.

²⁴⁷ Cité dans Rapport n° 497 (2013-2014) de C. TASCA, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 6 mai 2014, p. 11.

²⁴⁸ X. RONSIN, membre français du CPT, auditionné et cité dans Rapport n° 497 (2013-2014) de C. TASCA., *op. cit.*, p. 21.

²⁴⁹ Lors son intervention lors des débats sur le projet de loi visant à instituer un Contrôleur, R. BADINTER formula une critique éclairante des limitations matérielles apportées au Contrôleur dans son accès à l'information : « quelque secret que ce soit, et même le secret médical. [...] qu'il y ait allégation, suspicion ou constat de violences subies par un détenu de la part d'un autre détenu ou des personnels pénitentiaires, comment savoir si le fait allégué est exact sinon en se référant d'abord aux documents médicaux qui établissent la réalité des violences subies ? Dire que, au nom du secret médical, ce sera impossible me paraît une erreur, comme ce le serait également dans les établissements psychiatriques s'agissant, par exemple, de l'usage des ceintures de contention. Dans un tel

invocation n'a d'autre portée que de bloquer l'accès à des informations nécessaires au contrôle²⁵⁰. Tenant compte des blocages révélés par la pratique, et des divers témoignages en faveur d'un accès du CGLPL à des informations susceptibles d'être protégées par le secret médical, le législateur a fini par en permettre l'accès « avec d'infinies précautions »²⁵¹. L'article 20 de la loi organique, en maintenant une prérogative liée à la défense des enfants, permet au Défenseur des droits d'obtenir la communication des informations sans le consentement de l'intéressé. Prenant modèle sur ces dispositions, l'accès aux informations couvertes par le secret médical n'est possible, depuis 2014, qu'à la demande expresse de la personne concernée²⁵². Il a toutefois été prévu que ce consentement ne serait pas requis lorsque ces informations « sont relatives à des privations, sévices et violences physiques, sexuelles ou psychiques commis sur un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique »²⁵³. Cette disposition confirme l'idée selon laquelle « on ne peut opposer le secret professionnel, disposition classique dans le domaine de la protection de l'enfance où le devoir de secret plie souvent devant l'obligation d'informer des situations de maltraitance »²⁵⁴.

284. Lorsque le législateur a autorisé les autorités à avoir accès à des informations protégées, les personnes interrogées dans le cadre des vérifications sont tenues de fournir les renseignements demandés. Par conséquent, les personnes astreintes au secret professionnel ne peuvent être poursuivies pour les informations à caractère secret qu'elles auraient révélées à l'autorité. Le plus souvent, il est explicitement fait mention d'une exonération de toutes poursuites pénales à l'égard de personnes qui auraient révélé à l'autorité des informations

domaine, le contrôleur doit bénéficier de la plus grande ouverture. Il ne peut pas être question d'un contrôle partiel, limité, contraint du fait d'une autorité qui doit à l'inverse garantir, enfin ! et l'administration de soupçons injustifiés, et les détenus des menaces que parfois ils sentent poindre sur eux, pour ne pas parler de la réalité des violences et des atteintes qu'ils subissent et qui tiennent à la surpopulation carcérale » (Compte rendu intégral des débats, Séance du 31 juillet 2007, Sénat, p. 3023).

²⁵⁰ Lors de son audition, Jean Marie DELARUE, Contrôleur de 2008 à 2014, a pu témoigné du fait que certaines pratiques médicales qui ne concernent pas les soins, mais la privation de liberté elle-même, échappent au contrôle de l'institution par la seule invocation du secret médical. Par exemple, dans le cas du recours à l'isolement ou à la contention en hôpital psychiatrique, il déplôra que les hôpitaux psychiatriques ne tiennent aucun registre de ces mesures très sévères de privation de liberté à l'intérieur d'un lieu de privation de liberté. Ainsi, il dénonce la situation absurde qui consiste à objecter que les décisions de privation de libertés sont consignées dans le dossier médical auquel les contrôleurs précisément n'ont pas accès ! (Compte rendu n° 42 de la Commission des lois constitutionnelles, Assemblée nationale, mercredi 12 février 2014, séance de 10 heures, p.6).

²⁵¹ Audition de J.-M. DELARUE, Commission des lois, Assemblée nationale, compte rendu n° 42, mercredi 12 février 2014, séance de 10 heure, p. 6.

²⁵² Article 8-1 al.3 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *précitée*.

²⁵³ Rapport n° 497 (2013-2014) de C. TASCA, *op. cit.*

²⁵⁴ V. LARROSA, « Le Défenseur des enfants (Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000) », *Revue de droit sanitaire et social*, 2000, p. 617.

couvertes par le secret professionnel. Dans le cas contraire, l'opposition du secret professionnel est une prérogative absolue. Le Conseil constitutionnel, à propos de la CNIL, a toutefois pris soin de rappeler, dans sa décision du 29 juillet 2014, « que l'invocation injustifiée du secret professionnel pourrait constituer une entrave passible des peines prévues par l'article 51 nouveau de la loi du 6 janvier 1978 »²⁵⁵.

285. Une fois l'opportunité d'accès à de telles informations protégées admise par le législateur, celui-ci en détermine les conditions afin de limiter les risques de divulgation des informations couvertes par le secret. D'abord, de même que pour les « secrets des pouvoirs », la contrepartie indispensable de l'accès aux secrets est logiquement réaffirmée à l'égard des agents des autorités indépendantes auxquels vont être communiquées des informations protégées, impliquant qu'ils soient eux-mêmes tenus par les secrets. Ainsi, les membres ou les agents des autorités indépendantes sont soumis au secret professionnel. Généralement la disposition relative au secret professionnel des membres et agents de l'autorité suit celle exposant les possibilités d'accès aux informations protégées. Par exemple, l'article L. 621-9-3 du Code monétaire et financier prévoit que, dans le cadre des contrôles et des enquêtes, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité des marchés financiers (AMF), ni aux entreprises de marchés ou aux chambres de compensation, corps de contrôle, personnes ou autorités précitées, lorsque ces derniers assistent l'AMF, sauf par les auxiliaires de justice. Toutefois, les membres, les personnels et préposés de l'AMF sont astreints au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues par l'article L.642-1 du Code monétaire et financier²⁵⁶. Ensuite, pour éviter les risques de divulgation des secrets tout en assurant l'accès aux autorités lorsque celui-ci est reconnu nécessaire à l'exercice de leur mission, la procédure prévoit généralement de n'ouvrir l'accès qu'à des personnes identifiées au sein des autorités. Par exemple, concernant l'Autorité de régulation de la concurrence, il avait été préconisé de s'inspirer du droit communautaire en retenant, à titre préventif, un examen préalable du dossier par le président du Conseil et une accessibilité variable du dossier selon son contenu et les parties en présence²⁵⁷. Cette solution a été retenue à l'article 463-4 du

²⁵⁵ Cons. constit, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, considérant 18 ; *RFDA*, mai-juin 2005, n° 3, p. 465, P. CASSIA ; *RFDC*, 2005, p. 822, H. ALCARAZ ; *RDP*, 2004, p. 1739, D. CHAMUSSY ; LPA, 11-14 novembre 2005, n° 225-226, p. 11, A.-L. CASSARD-VALEMBOIS.

²⁵⁶ Cet article renvoie aux conditions prévues par l'article 226-13 du Code pénal et réserve les dispositions de l'article 226-14 du CMF.

²⁵⁷ M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Le secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une surprenante négligence », *Gaz. Pal.* 1992, doct., p. 1.

Code de commerce²⁵⁸. Ce principe concerne aussi le « secret de fabrication » pour les commissions prévues à l'article L534-9 du Code de consommation (CSC, CCA). Lorsque, pour l'exercice de ses missions, l'une de ces commissions doit prendre connaissance d'informations relevant du secret de fabrication ou d'affaires, elle désigne en son sein un rapporteur. Celui-ci se fait communiquer tous les documents utiles et porte à la connaissance de la commission les informations obtenues²⁵⁹. De manière plus spécifique, la levée du secret médical se fait généralement au profit d'un nombre limité de personnes. En effet, à l'instar de ce qui est applicable aux agents de l'IGAS²⁶⁰, cet accès est limité aux seuls titulaires d'un diplôme de médecin. Il en va ainsi de l'Agence française de lutte contre le dopage²⁶¹ ou du CGLPL²⁶². Cette spécificité fait écho à la proposition de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de faire en sorte que « tous les traitements informatiques mettant en cause le secret médical soient placés sous la responsabilité d'un médecin »²⁶³.

286. En définitive, l'encadrement de l'information des autorités se manifeste de manière extérieure par des limites qu'incarne l'espace des secrets publics et privés. Mais ce cadre se construit également par la délimitation imposée par le législateur et la pratique elle-même des AAI.

§2 L'encadrement progressif du recueil de l'information

287. Une fois recueillie, l'information permet de fonder l'intervention de l'autorité par la mise en œuvre de ses compétences décisionnelles ou, en ce qui concerne notre étude, de sa magistrature d'influence par l'émission d'avis ou de recommandations. Dans les deux cas, l'opération nécessite l'interprétation et la mise en forme de l'information recueillie. Pour les autorités exerçant des pouvoirs de décision, tant lors de la phase préliminaire d'enquête que de la phase d'instruction proprement dite, il existe des garanties procédurales dont la vocation est de sauvegarder les droits de la défense et de faire valoir les intérêts des particuliers. À l'inverse,

²⁵⁸ Article L63-4 du Code de commerce.

²⁵⁹ La Commission peut, en vertu de l'article 16 de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs, se faire communiquer tous les renseignements ou consulter sur place tous les documents qu'elle estime utiles à l'accomplissement de sa mission. Dans ce cas, « le secret de fabrication n'est pas opposable au rapporteur désigné par la commission, si celui-ci a été habilité, par lettre du président, à recevoir des informations couvertes par le secret ».

²⁶⁰ Article 42 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire, version consolidée au 6 août 2016.

²⁶¹ Article L232-14 al. 4 du Code des sports.

²⁶² Dernier alinéa de l'article 8-1 de loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *précitée*.

²⁶³ Conseil d'État, « La transparence et le secret », art cit, p. 119.

les procédures d'avis ou de recommandation des autorités, quels que soient leur finalité ou leurs effets, sont le plus souvent ignorées du droit positif. Toutefois, qu'il s'agisse d'un avis, d'une recommandation ou plus simplement d'une mention dans un document de l'autorité, l'absence de caractère juridiquement contraignant n'empêche nullement qu'il puisse être ressenti comme attentatoire aux intérêts des personnes ou entités qui y sont directement ou indirectement mises en cause ou dont les activités sont simplement concernées par les recommandations formulées ou encore par la doctrine exprimée²⁶⁴.

288. Dès lors, le constat selon lequel les personnes visées par des avis ou des recommandations n'auraient pas leur mot à dire dans le cas de figure d'un avis fait apparaître une distorsion entre le faible nombre des dispositions juridiques encadrant l'activité consultative des AAI et le préjudice susceptible de résulter de la publicité. Par ailleurs, l'influence de l'expertise des autorités incite de nombreux acteurs concernés à revendiquer la généralisation de garanties procédurales lors de l'élaboration des avis des autorités afin de « garantir que toutes les pierres auront été soulevées et que l'avis rendu reposera ainsi sur des bases factuelles incontestables et exhaustives »²⁶⁵. Le recueil de l'information et sa mise en forme sous les traits d'un avis ou d'une recommandation se fait au terme d'une procédure dont l'encadrement, législatif ou réglementaire, est de moins en moins rare (A). Le plus souvent, cet encadrement juridique est précédé ou complété par une pratique des autorités, soucieuses de légitimer leur expertise par le recueil des points de vue de tous les acteurs du secteur (B).

A. Le contradictoire imposé par le législateur

289. Ainsi que l'observe Pascale IDOUX²⁶⁶, le respect des garanties procédurales dans le cadre d'une activité d'expertise ou consultative ne concerne pas uniquement les AAI et s'impose déjà à certaines hautes autorités telles que la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes qui doivent recueillir les observations des entités publiques dont la gestion est mise en cause dans un rapport ou dans la publication d'observations en annexe de la version définitive du rapport²⁶⁷.

290. Les procédures d'avis des AAI ne sont pas dépourvues de garanties procédurales imposant de recueillir les réactions des intéressés quant aux informations constituant l'avis ou

²⁶⁴ P. IDOUX, « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP*, 2013, n° 713, étude 15, paragr. 23.

²⁶⁵ C. CHAMPALAUNE, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité », art cit, p. 43.

²⁶⁶ *Ibid.*, paragraph. 24.

²⁶⁷ L'article L143-4 et s. du Code des juridictions financières (Cour des comptes) et les articles L241-9, R241-8 et R241-12 et s. (Chambres régionales des comptes).

leur interprétation. Par exemple, il est prévu que l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) consulte le Gouvernement avant de rendre ses avis et ses recommandations afin que l'Autorité prenne connaissance des « analyses, en particulier en ce qui concerne les enjeux et les contraintes du système de transport ferroviaire national »²⁶⁸. De la même manière, à l'article 9 de la loi sur le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), il est prévu qu'« à l'exception des cas où le Contrôleur général des lieux de privation de liberté les en dispense, les ministres formulent des observations en réponse dans le délai qu'il leur impartit et qui ne peut être inférieur à un mois. Ces observations en réponse sont alors annexées au rapport de visite établi par le contrôleur général »²⁶⁹. Le respect du contradictoire peut par ailleurs s'imposer en raison d'un contexte particulier tenant à l'autorité consultante. Il en va ainsi de l'existence d'un procès. Le contradictoire s'impose à l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle est consultée par les juridictions sur des pratiques anticoncurrentielles relevées dans des affaires que ces dernières ont à connaître²⁷⁰.

291. Lorsque les procédures d'émission de recommandations ou d'avis revêtent un caractère inquisitoire²⁷¹, le législateur tend à renforcer les garanties procédurales relatives aux droits de la défense tels que l'information, la consultation du dossier, le délai pour organiser sa réponse, l'assistance de toute personne ou encore le droit d'être entendu. À ce propos, la HALDE a fait figure de laboratoire. Du fait de son rôle dans le constat des infractions aux règles de la non-discrimination, il est très vite apparu nécessaire, malgré l'absence de disposition légale en ce sens²⁷², que le traitement des réclamations devait respecter le principe du contradictoire par la communication au réclamant de la réponse et des éléments apportés par l'intimé. Le respect de ce principe apparaissait d'autant plus légitime que depuis la loi du 31 mars 2006 la HALDE disposait d'un pouvoir de sanction transactionnelle ; elle ne pouvait plus raisonnablement échapper aux obligations de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Par une telle pratique du contradictoire, l'institution comblait les lacunes de la loi²⁷³. Préalablement à ces réflexions, la

²⁶⁸ Article L2132-8-1 du Code des transports que l'ARAFER.

²⁶⁹ À l'alinéa suivant, il est néanmoins précisé que le Contrôleur peut publier le rapport sans délai suite à sa visite dans l'hypothèse où il constate une violation grave des droits fondamentaux d'une personne privée de liberté (Article 9 al. 2 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, précitée).

²⁷⁰ Aux termes de l'article L462-3 du Code de commerce, le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation de l'Autorité. Ces dispositions sont complétées par l'article R462-3 du Code de commerce.

²⁷¹ P. CROCOQ, « Élaboration et diffusion des avis » dans Thierry REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 68.

²⁷² Singulièrement les garanties prévues à l'article 6 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE ne concernait que les agents de l'administration convoqués par les services de la HALDE.

²⁷³ Lors de son audition par les rapporteurs de la Commission d'information sur les AAI, Louis SCHWEITZER, ancien président de la HALDE, indiqua que la Haute autorité appliquait une procédure contradictoire qui, si elle n'était pas imposée par la loi, paraissait légitime. Ainsi, la HALDE sollicite d'une manière formalisée les personnes

procédure applicable devant la Commission nationale de déontologie et de sécurité (CNDS), avant que celle-ci ne délivre son avis, faisait office d'exception. En effet, lors de sa mise en place, le législateur avait imposé les mêmes garanties au bénéfice des personnes convoquées et auditionnées que celles applicables dans le cadre d'une procédure judiciaire, au regard précisément des conséquences liées au délit d'entrave d'une part²⁷⁴ et aux conséquences que l'avis pouvait avoir en raison de son éventuelle utilisation ultérieure dans le cadre de procédures pénales ou disciplinaires. Compte tenu de l'agencement des compétences du Défenseur, il résulte de ces deux expériences que, contrairement au silence dont fait état la loi du 3 janvier 1973 relative au Médiateur sur ce point²⁷⁵, les dispositions de la CNDS ont été reprises et étendues dans la loi organique relative au Défenseur des droits. Dès lors, il est prévu à l'article 5 de ladite loi d'une part, que « les convocations doivent mentionner l'objet de l'audition » et, d'autre part, que les personnes convoquées « peuvent se faire assister du conseil de leur choix. Un procès-verbal contradictoire de l'audition est dressé à la suite de celle-ci et remis à l'intéressé »²⁷⁶.

292. Ces garanties ne concernent évidemment pas que les avis de nature inquisitoire, mais aussi ceux portant sur une question d'ordre général. L'exigence de mettre en œuvre une consultation tend à se développer dans les textes constitutifs²⁷⁷. Le respect du contradictoire en amont des avis ou recommandations n'apparaît plus être une simple hypothèse et peut se déduire des textes constitutifs des AAI²⁷⁸. Ainsi, à la suite de la modification en 2010 du Code de la consommation²⁷⁹, il est prévu qu'« avant de rendre des avis [la Commission des clauses

prises en cause pour recueillir des éléments d'information, puis pour leur permettre, le cas échéant, d'exercer un droit de réponse (Rapport d'information n° 2925 de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE sur les autorités administratives indépendantes, *op. cit.*, p. 53).

²⁷⁴ Article 5 al. 5 et 6 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JORF* n° 131 du 7 juin 2000, p. 8562, texte n° 2. Lors de la rédaction du projet de loi portant création de la CNDS, l'Assemblée nationale avait souhaité éviter que les pouvoirs d'investigation de la nouvelle Commission ne soient entravés par des contraintes procédurales jugées trop lourdes. Aussi avait-elle supprimé l'obligation de motiver les demandes de communication de pièces. Toutefois, le Sénat a réintroduit cette obligation en estimant que, dès lors que le refus de communication pouvait donner lieu à des poursuites pénales (délit d'entrave), ces demandes devaient être motivées.

²⁷⁵ Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, *JORF*, 4 janvier 1973, p. 164.

²⁷⁶ Article L822-10 du Code de la consommation.

²⁷⁷ À ce égard, l'article L462-2-1 du Code de commerce, créé par la loi du 6 août 2015, prévoit, en ce qui concerne l'Autorité de la concurrence, que « l'engagement d'une procédure d'avis en application du présent article est rendu publique dans les cinq jours ouvrables, afin de permettre aux associations de défense des consommateurs agréées au niveau national pour ester en justice ainsi qu'aux organisations professionnelles ou aux instances ordinales concernées d'adresser leurs observations à l'Autorité de la concurrence ».

²⁷⁸ P. IDOUX, « Débat contradictoire et régulation économique », art cit, p. 6.

²⁷⁹ Article 62 de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, *JORF*, n° 0151, 2 juillet 2010, p. 12001, texte n° 1.

abusives et la Commission de la sécurité des consommateurs notamment] entendent les personnes concernées, sauf cas d'urgence. En tout état de cause, elles entendent les professionnels concernés. Elles procèdent aux consultations nécessaires »²⁸⁰. Ces commissions sont dès lors tenues au respect du caractère contradictoire de l'instruction et des droits de la défense. Les auteurs de la saisine ainsi que les professionnels intéressés doivent pouvoir obtenir communication des informations recueillies par le rapporteur, à l'exception de celles qui sont protégées par le secret professionnel ou le secret de fabrication. Ensuite, le rapporteur doit annexer à son rapport les observations présentées par l'auteur de la saisine et les professionnels concernés. Dans ce cas, l'information débute en pratique dès la saisine ou l'auto-saisine de l'autorité qui publie alors un communiqué de presse informant le public concerné – les entreprises – de l'élaboration d'un avis. Par exemple, devant les commissions placées auprès de l'institut de la consommation, la phase d'instruction achevée, toutes les parties concernées (particuliers, professionnels, administrations) sont invitées à consulter le dossier préparé par le rapporteur hormis les informations concernant le secret de fabrication, le secret commercial ou le secret médical²⁸¹. Ces parties ont la possibilité, conformément à l'article R. 534-10²⁸², de faire part de leurs observations dans un délai d'un mois. En pratique, cela revient à imposer la consultation dans la phase de recueil de l'information²⁸³.

293. Ces deux exemples permettent de saisir deux cas de procéduralisation des avis : le respect du contradictoire comme garantie des droits des personnes visées ou concernées par un avis ou une recommandation d'une AAI ; et l'obligation faite à l'organisme consultatif de recueillir de manière exhaustive les informations avant de produire son expertise. Le législateur tend désormais à imposer la plus grande transparence et le principe du contradictoire, tenant ainsi compte de ce qui ressort du contentieux des avis et des recommandations, à savoir que les personnes requérantes se plaignent le plus souvent de ne pas avoir pu faire valoir leurs intérêts face aux AAI²⁸⁴.

²⁸⁰ Alinéa 3 de l'article L534-9 du Code de la consommation.

²⁸¹ Cette information est disponible sur le site Internet de la Commission de la sécurité des consommateurs à la rubrique consacrée au fonctionnement de l'institution (securiteconso.org/la-csc/fonctionnement/, consulté le 18 avril 2016).

²⁸² Article R534-10 du Code de la consommation.

²⁸³ L'article L6361-5 du Code des transports relatif aux missions de l'ACNUSA prévoit que l'Autorité « prend connaissance des informations et propositions émises par l'ensemble des parties concernées par la pollution atmosphérique liée à l'exploitation des aéroports ou le bruit lié aux aéroports et aux trajectoires de départ, d'attente et d'approche ».

²⁸⁴ Cf. P2. T2. Ch2.

294. Outre le cas des avis préparatoires, les avis « spontanés », rendus en dehors d'une procédure décisionnelle, ne peuvent en principe faire l'objet d'une contestation devant le juge administratif, eu égard à leur caractère non décisoire. Néanmoins, la prise en compte de l'influence des avis sur les acteurs pourrait, le cas échéant, conduire le juge administratif à admettre la recevabilité d'un recours, marquant ainsi l'évolution vers une « justice procédurale »²⁸⁵.

B. Le contradictoire issu de la pratique des autorités administratives indépendantes

295. À défaut d'imposer le contradictoire ou la participation aux procédures d'avis, la loi ne l'interdit pas. En d'autres termes, l'absence de garanties procédurales ne signifie pas que les procédures d'avis ou de recommandations des autorités ne tiennent pas compte de façon relativement formalisée de l'ensemble des intérêts en présence. Certaines AAI développent une pratique soucieuse d'associer les personnes intéressées par la transmission de leurs observations afin d'assurer l'émission d'un avis sur la base d'informations exhaustives et pertinentes. D'ailleurs, lorsque de telles exigences légales existent, les autorités peuvent s'imposer le respect de garanties procédurales plus strictes²⁸⁶.

296. Si dans le cas d'une procédure d'avis inquisitoire, l'absence de disposition légale manifeste une lacune dans la garantie des droits, il n'en va pas de même d'une procédure d'avis sur un sujet d'intérêt général. Dans ce cas, les garanties procédurales issues de la loi imposant la prise en compte d'une certaine forme de contradictoire peuvent même alourdir la procédure d'émission de l'avis, alors que celle-ci se caractérise par son caractère informel et sa souplesse. En ce sens, les AAI distinguent deux types d'avis selon qu'ils constituent l'émission d'une opinion sur un mode incantatoire ou une véritable expertise qui se doit d'être rigoureusement fondée.

297. Néanmoins, la possibilité pour les intéressés de faire valoir des observations en amont de l'édition d'un avis ou d'une recommandation s'impose de plus en plus comme une évidence au regard de l'efficacité recherchée de la mission d'expertise des autorités. Il s'agit précisément

²⁸⁵ G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, 21 (Dossier : La normativité), p. 84-87.

²⁸⁶ Rien n'interdit au Défenseur des droits de se doter de garanties plus strictes. En effet, la « crédibilité de l'engagement du Défenseur des droits repose sur la qualité des investigations qu'il mène. L'ampleur des pouvoirs d'investigation dont il dispose est essentielle à l'exercice, par le Défenseur des droits, de sa mission d'instruction des réclamations, notamment celles pour lesquelles il doit rassembler puis analyser des éléments de preuve indispensables à l'établissement de faits allégués. Il lui appartient de les exercer dans le respect du principe du contradictoire » (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, Paris, Défenseur des droits, 2012, p. 24).

de limiter les risques liés à l'omission d'un fait ou à une interprétation faussée, voire orientée. Ainsi, les AAI « donne[nt] à voir leur neutralité, leurs compétences et l'adéquation de leurs actions »²⁸⁷. Les autorités s'imposent dès lors à elles-mêmes le respect d'un certain contradictoire dans le cadre d'une procédure d'avis, qu'il s'agisse de l'identification des informations, de leur mise en forme ou encore de leur interprétation. En effet, le contradictoire, loin de garantir uniquement le respect des droits des administrés, permet « d'avancer dans la réflexion, de cristalliser les véritables sujets et de limiter le risque d'omission ou de mauvaise interprétation »²⁸⁸.

298. L'essor de telles pratiques s'explique avant tout au regard d'enjeux tenant à la légitimation des avis et des recommandations. Si les AAI veillent notamment à soumettre aux acteurs l'interprétation qu'elles font des informations recueillies, c'est dans le but d'en assurer la bonne réception. Le sentiment d'arbitraire dans le choix et le traitement de l'information présente le risque de nuire à l'efficacité de leur intervention dès lors que celle-ci repose sur une logique de persuasion. À ce égard, la méthode d'élaboration des recommandations de bonnes pratiques par la Haute autorité de santé illustre une telle exigence²⁸⁹. En tant que synthèses rigoureuses de l'état de l'art et des données de la science à un temps donné, la Haute autorité s'impose une méthode d'élaboration des recommandations qui doit permettre le contrôle de toutes les personnes détentrices de connaissances ou d'information sur cet « état ». Elle fait ainsi reposer la méthode d'élaboration sur : « la participation des professionnels et représentants des patients et usagers concernés par le thème de la [recommandation de bonnes pratiques] ; la transparence, avec mise à disposition de l'analyse critique de la littérature, des avis du groupe de travail, et des cotations et commentaires du groupe de lecture ; l'indépendance d'élaboration et la gestion des intérêts déclarés par les experts du groupe de travail »²⁹⁰.

299. En ce qui concerne l'introduction du contradictoire dans le cadre d'une procédure d'avis, l'Autorité de la concurrence, sous la pression des entreprises, fait office de modèle²⁹¹.

²⁸⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 9.1.2.

²⁸⁸ N. JALABERT-DOURY, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence: le point de vue des entreprises », art cit, p. 46.

²⁸⁹ HAS, *Exigences communes à toutes les productions HAS*, Seine-Saint-Denis, Haute autorité de santé, juillet 2014, 11 p. (has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2015-02/methodes_has_exigences_communes.pdf, consulté le 4 mai 2015).

²⁹⁰ HAS, *Méthode d'élaboration de recommandations de bonne pratique*, Seine-Saint-Denis, Haute Autorité de Santé, décembre 2010 (has-sante.fr/portail/jcms/c_431294/recommandations-pour-la-pratique-clinique-rpc HAS, consulté le 14 juin 2014).

²⁹¹ Voir : C. CHAMPALAUNE, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité », art cit ; N. JALABERT-DOURY, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence: le point de vue des entreprises », art cit.

En effet, la loi n'impose quasiment jamais le contradictoire aux procédures d'avis²⁹² à l'exception de ceux initiés par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies²⁹³ et celles issues de la procédure de clémence²⁹⁴. Le caractère informel de la procédure d'avis suivie par l'Autorité a souvent fait l'objet de critiques fondées sur une comparaison avec la pratique de la Commission européenne dans ses enquêtes sectorielles. Les professionnels du secteur déplorent le plus souvent l'inapplication du principe du contradictoire et le non-respect des droits de la défense²⁹⁵. Lors de la phase d'instruction d'une demande d'avis, ni le saisissant ni l'entreprise concernée par l'avis ne sont mis en situation de faire valoir leurs points de vue. L'Autorité de la concurrence souhaitant renforcer la légitimité de ces avis développe une pratique en ce sens. Ainsi, bien qu'aucun texte ne prévoie la publicité de la saisine pour avis, l'Autorité, lorsqu'elle se saisit d'office pour avis, rend systématiquement publique sa décision de saisine. Loin de se limiter à révéler l'existence de cette procédure, l'autorité publie quelques commentaires préliminaires qui permettent de comprendre l'étendue de l'objet de la saisine²⁹⁶. De la sorte, cette publication permet aux entreprises de prendre toutes les mesures possibles dès qu'elles ont connaissance d'une procédure les intéressant en transmettant leurs observations.

300. L'Autorité de la concurrence a décidé de procéder à une consultation publique dans le cadre de l'instruction de la saisine pour avis, qualifiée d' « innovation processuelle »²⁹⁷. Ainsi on peut lire qu'« à l'instar de sa façon de procéder pour l'enquête dans la réparation automobile, l'Autorité de la concurrence soumettra à consultation publique ses premières conclusions. L'ensemble des acteurs du secteur sera amené à réagir et faire part de ses observations avant que l'Autorité ne rende son avis définitif, éventuellement assorti de recommandations, en fin

²⁹² Ces exigences de consultation tendent à se développer dans les textes constitutifs. La création par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (*JORF*, n° 0181, 7 août 2015, p.13537, texte n° 1) de l'article L462-2-1 du Code de commerce en est une illustration. Il prévoit, en ce qui concerne l'Autorité de la concurrence, que « l'engagement d'une procédure d'avis en application du présent article est rendu publique dans les cinq jours ouvrables, afin de permettre aux associations de défense des consommateurs agréées au niveau national pour ester en justice ainsi qu'aux organisations professionnelles ou aux instances ordinales concernées d'adresser leurs observations à l'Autorité de la concurrence ».

²⁹³ Article L462-3 du Code de commerce.

²⁹⁴ Article L464-2 du Code de commerce.

²⁹⁵ Voir sur ce point : M. De DROUAS, P. HUBERT et C. FAURANT, « Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2011, n° 3, p. 230-234.

²⁹⁶ N. JALABERT-DOURY, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence: le point de vue des entreprises », art cit, p. 45.

²⁹⁷ C. CHAMPALAUNE, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité », art cit, p. 41.

d'année »²⁹⁸. Dès lors, un document de consultation publique est élaboré sous la forme d'un premier diagnostic. Par exemple, il a été diffusé un document conséquent de consultation publique sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville, résumant les enjeux et les diverses démarches d'information entreprises par l'Autorité de la concurrence²⁹⁹. Le communiqué de presse diffusé à l'occasion de cette consultation précise que ce premier diagnostic doit permettre à l'ensemble des acteurs de faire valoir de nouveaux éléments. Un délai d'un mois est accordé pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Il est notamment fait mention en fin de page publiant l'avis résultat de l'enquête sectorielle que l'autorité « invite toute personne intéressée à réagir aux développements et conclusions exposés dans le document de consultation publique avant le 16 septembre 2013 ». Cette pratique du contradictoire à toutes les étapes de la procédure d'avis manifeste la volonté de l'autorité d'assurer la meilleure réceptivité de son expertise. L'autorité sera donc appelée à adapter et renforcer ces garanties dès que le besoin s'en fera sentir. Par exemple, la procédure d'avis pourra donner lieu à l'établissement de procès-verbaux, voire à la communication systématique d'un avis brouillon permettant à toute personne intéressée de s'exprimer ou de fournir des éléments complémentaires ou rectificatifs³⁰⁰. Il pourrait être opportun d'autoriser le saisissant et les entreprises concernées à assister à l'intégralité de la séance³⁰¹.

301. Considérant l'hypothèse d'une procédure d'avis inquisitoire, on peut souligner que les bonnes pratiques développées par les AAI apparaissent précaires. Dans ce cas, l'intervention du législateur s'avère nécessaire pour pérenniser et uniformiser l'hétérogénéité des pratiques. *In fine*, un équilibre doit être trouvé entre la préservation de la souplesse inhérente à une procédure consultative, fondée sur une information pertinente, et la protection des intérêts individuels pouvant être affectés par le contenu de l'expertise.

²⁹⁸ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel synthèse 2012*, Paris, Autorité de la concurrence, 2013, p. 57.

²⁹⁹ Autorité de la concurrence, Instruction de la décision n° 13-SOA-01 du 25 février 2013, « Comment dynamiser la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville ? », document de consultation publique sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville, juillet 2013, 139 p.

³⁰⁰ Y. UTZSCHNEIDER, « La procédure consultative devant l'autorité de la concurrence : regard critique », communication prononcée dans le cadre du séminaire *Procédure et concurrence. L'articulation entre la procédure d'avis et la procédure contentieuse devant l'Autorité de la concurrence*, organisé par Concurrences et Gide Loyrette Nouel, Paris, 10 juillet 2013 (concurrences.com/fr/conferences/l-articulation-entre-la-procedure-d-avis-et-la-procedure-contentieuse-devant-l., consulté le 10 janvier 2015).

³⁰¹ *Ibid.*

Chapitre 2. Le pouvoir de diffuser l'information, condition d'une action influente

302. Parmi les pouvoirs caractéristiques de la magistrature d'influence des AAI, la maîtrise et l'étendue de la diffusion de l'information constituent un enjeu essentiel dès lors que leur influence ne repose pas uniquement sur le prestige du détenteur du pouvoir. La diffusion de l'information recouvre en partie ce qui est parfois évoqué comme le « pouvoir juridique de faire savoir », associé généralement au « pouvoir juridique de savoir », tels que l'ont énoncé Patrice GELARD et Marie-Anne FRISON-ROCHE, respectivement dans le rapport¹ et l'étude² de 2006 relatifs aux AAI. Le pouvoir de « faire savoir » trouve son fondement et son principe d'action dans un appel à l'opinion publique. Pour certains, la véritable originalité de l'action des AAI en tant qu'acteur de la régulation réside précisément dans cet appel à l'opinion publique³. Cet action en faveur de l'opinion publique est considéré comme une condition déterminante de l'efficacité de leur action régulatrice⁴. Ainsi peut-on lire dans l'étude de 1984 sur les AAI que c'est « l'une de leurs attributions que de développer leur action en s'adressant directement à l'opinion du secteur où elles interviennent (COB) ou, plus largement, celle du pays tout entier (sondages, audio-visuel) pour l'informer ou pour la faire réagir »⁵. Les auteurs de l'étude sont allés jusqu'à faire de ce pouvoir le critère permettant de distinguer formellement un organisme exerçant une magistrature d'influence d'un organisme consultatif traditionnel⁶. De façon générale, ce volet du pouvoir d'information des AAI consiste en un « pouvoir de désigner les problèmes et d'organiser la publicité de leur décision »⁷ qui prend ainsi à témoin l'opinion publique.

¹ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 50.

² M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 8.1.12.

³ P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 110.

⁴ C. TEITGEN-COLLY, « Histoire d'une institution » dans G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 45.

⁵ Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 19.

⁶ Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, *op.cit.*, p.35.

⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 8.1.12.

303. Toutefois, les liens qu'entretiennent les AAI avec l'opinion publique ne se réduisent pas uniquement à une information ou à une « prise à témoin » de cette dernière, mais se tissent également en amont de la création de ces instances ou constituent parfois l'objet même de leur mission. D'abord, la mise en place de certaines AAI s'est vue justifiée par l'invocation de l'opinion publique. La création d'une commission ou d'une autorité réputée « indépendante » peut-être considérée comme étant à même de répondre à un problème public. En ce sens, leur genèse procède d'une double construction : à la fois d'une croyance en l'existence d'un problème, mais aussi le crédit donné à l'efficacité d'autorités indépendantes du pouvoir politique pour résoudre ce problème. La pression de l'opinion en vue de la reconnaissance d'une situation jugée comme problématique trouve ainsi dans la création d'une institution indépendante l'instrument même de la politique publique⁸ ayant vocation à prendre en charge la problématique soulevée⁹. Par exemple, la réaction négative de l'opinion publique face à des événements médiatisés peut justifier la création de mécanismes de contrôle tels que la Commission consultative du secret de la Défense nationale (CCSDN), la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS)¹⁰ (désormais la CNCTR) ou encore justifier les suppressions et renaissances de l'autorité de régulation dans le secteur de l'audiovisuel¹¹. Ainsi peut-on lire dans l'étude du Conseil d'État de 2001 que la création des AAI consiste à « offrir à l'opinion »¹² une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État, ces dernières étant « nées d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir

⁸ Sur la définition d'un instrument d'action publique : P. LASCOUMES et P. LE GALÈS, « Instrument » dans L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT et P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3^e éd., Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2010, p. 325-334.

⁹ Certains auteurs dénoncent parfois l'émergence d'une nouvelle « génération d'autorités administratives indépendantes-alibi » - des magistratures d'influence - servant à contenter l'opinion sans améliorer substantiellement les mécanismes de contrôle ou de garantie des droits et libertés (S. TRAORÉ, « La commission consultative du secret de la Défense nationale : une autorité administrative indépendante sui generis? », *Revue administrative*, 1999, n° 311, p. 515). Parfois cette dénonciation provient des acteurs mêmes de la société civile jugeant l'institution trop faible ou pas à la hauteur des attentes. À propos de la HALDE, le Collectif pour une autorité indépendante universelle de lutte contre les discriminations a publié un communiqué le 25 février 2005 intitulé « Non à une Autorité alibi ! » (gisti.org/doc/actions/2005/halde/ consulté le 30 octobre 2013).

¹⁰ En ce qui concerne la mise en place de la CNCIS, il convient de rappeler que « les écoutes administratives, dites de sécurité, ont une image détestable dans l'opinion publique : elles renvoient aux mythes et réalités du « Big Brother », de l'État tentaculaire et omnipotent, à la tradition des cabinets « noirs », aux viols de la correspondance par des agents du ministère de l'Intérieur, illustrés par un Stendhal et un Balzac. Leur utilité a même été mise en doute par certains élus du peuple » (C. GUERRIER, « Les écoutes de sécurité : entre libertés publiques et intérêt général », art cit, p. 24).

¹¹ On notera que « dès la fin des années 60, l'intervention du politique dans le fonctionnement des médias est de moins en moins bien perçue par l'opinion publique et fait l'objet d'une dénonciation constante » (A. CHAUVEAU, « La voie institutionnelle de l'indépendance », *Le Temps des médias*, 1 février 2010, vol. 13, n° 2, p. 106).

¹² Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 271.

administratif»¹³. Ce sentiment d'une perte de confiance justifie un mouvement de décentralisation horizontale, qui se trouve fréquemment remis en question dans ses fondements¹⁴. Ensuite, l'opinion publique peut constituer l'objet même de la mission de certaines AAI. Il en va ainsi de la Commission des sondages, mais aussi, dans une certaine mesure, de la Commission nationale du débat public (CNDP)¹⁵ ou plus spécifiquement des organismes consultatifs indépendants tels que le Comité consultatif national d'éthique (CCNE). Il convient d'accorder une attention particulière à ces derniers, qui par leur composition collégiale forment un groupe en capacité « d'exprimer l'opinion digne d'être exprimée »¹⁶. Ainsi, à propos des Comités d'éthique, Pierre BOURDIEU faisait remarquer que le rôle de telles commissions servait surtout à dépasser l'opinion de tous – l'opinion publique révélée par les sondages notamment – en admettant le postulat selon lequel le groupe de la Commission « constitue une opinion éclairée qui va instituer l'opinion éclairée en opinion légitime au nom de l'opinion publique – qui par ailleurs dit le contraire ou n'en pense rien »¹⁷.

304. L'existence et le principe d'action de la magistrature d'influence des autorités indépendantes se trouvent fortement liés à la notion d'opinion publique. Toutefois, cette référence à l'opinion publique ne va pas de soi. Afin de saisir la signification de son rôle dans l'établissement de la magistrature d'influence des AAI, un retour sur la notion elle-même et son rôle dans la régulation sociale et politique s'avère nécessaire. Qualifiée de « plus vulgarisée des notions »¹⁸, elle fait l'objet de nombreuses études approfondies en sociologie politique¹⁹, en

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Sur la signification des démembrements internes à l'État à travers le cas des AAI : O. BEAUD, « L'État » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 238 et s.

¹⁵ Le rôle de la notion d'opinion publique dans la structuration de l'espace public a pris une dimension particulière avec la mise en place de la CNDP qui se définit elle-même comme une « magistrature d'influence en matière de participation du public » (Rapport n° 156 (2001-2002) de D. HOEFFEL, au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi relatif à la démocratie de proximité, Sénat, 19 décembre 2001, p. 421).

¹⁶ P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Éd. Raisons d'agir/Éd. du Seuil, 2012, p. 111.

¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

¹⁸ P. BEAUD, « Introduction », *Sociologie de la communication*, 1997, vol. 1, n° 1, p. 316.

¹⁹ F. TÖNNIES, *Critique de l'opinion publique (1920)*, trad. P. OSMO, Paris, Gallimard, 2012, 772 p.; B. GAÏTI, « L'opinion publique dans l'histoire politique : impasses et bifurcations . », *Le Mouvement Social*, 4/2007 (n° 221), p. 95-104 ; ; P. CHAMPAGNE, *Faire l'opinion, le nouveau jeu politique*, Paris, Les Editions de Minuit, 1990, 317 p ; L. BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion: une histoire sociale des sondages*, Paris, Éd. du Seuil, 1998, 601 p ; P. LEHINGUE, *Subunda: coups de sonde dans l'océan des sondages*, Bellecombe-en-Bauges, Éd. du Croquant, 2007, 267 p ; P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas » dans *Questions de sociologie*, Paris, Les Editions de Minuit, 1984, p. 222-235 ; J. CAZENEUVE, « La fabrication de l'opinion », *Les Cahiers de la publicité*, 1962, vol. 1, n° 1, p. 33-58.

histoire²⁰ ou encore en philosophie politique²¹. Elle ne constitue pas un concept juridique en soi²². Pour les juristes, l'opinion publique est logiquement rangée parmi les « garanties non organisées »²³ des libertés publiques, catégorie rassemblant généralement les contre-pouvoirs politiques. D'ailleurs, rares sont les juristes contemporains qui lui consacrent une étude particulière ou qui tentent d'en saisir les déterminants et les implications juridiques spécifiques²⁴. Sans doute s'en tiennent-ils à l'avertissement lancé par Léon DUGUIT, lequel estimait que « sous prétexte de faire la construction juridique de l'opinion publique, on crée une entité métaphysique sans valeur et sans réalité »²⁵. Il faut remonter aux théoriciens de l'État et du droit public pour trouver des tentatives de définition et de mobilisation de cette notion dans l'explication des fondements de l'État. Les travaux d'Alfred V. DICEY²⁶ ou ceux d'Adhémar ESMEIN lui consacrent d'importants développements. Par exemple, ce dernier y trouvait la « force politique primordiale et nécessaire [...] la souveraineté de fait »²⁷ lui permettant de donner corps au concept de souveraineté nationale. Ces travaux consistent à rapprocher, *in fine*, la notion de volonté générale et celle d'opinion publique en faisant de celle-ci un alter-égo du peuple électoral²⁸. Dans les régimes démocratiques libéraux, l'arrivée des sondages a relativisé cette référence à l'opinion publique. En effet, les sondages d'opinion constituent une routine de la pratique de la politique contemporaine, associée à de fortes croyances. Leurs présupposés ont donné lieu à une analyse critique de Pierre BOURDIEU sous l'intitulé significatif : « l'opinion publique n'existe pas »²⁹. Dès lors, si certains, conscients de leur caractère perfectible, écrivent

²⁰ J.-J. BECKER, « L'opinion publique française et les débuts de la guerre de 1914 (printemps - automne 1914) », *Le Mouvement social*, juillet 1978, n° 104, p. 63-73 ; J.-J. BECKER, « L'opinion publique : un populisme ? », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1997, vol. 56, n° 1, p. 92-98.

²¹ J. HABERMAS, *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, traduit par Marc Buhot de Launay, Paris, France, Payot, 1978, 324 p.

²² S. MILACIC, « Le contre-pouvoir, cet inconnu » dans Centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats (dir.), *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 694.

²³ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, 8e éd., Paris, PUF, coll. "cours", 1997, vol. vol.1, 262 p ; J. BARTHELEMY, *Précis de droit public (1937)*, Paris, Dalloz, 2006, p. 271 et s.

²⁴ Voy. J.-M. DENQUIN, « Volonté générale, opinion publique, représentation », *Jus Politicum*, 2013, n° 10, p. 4.

²⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel ; la règle de droit, le problème de l'Etat*, 3^e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, vol.1, p. 584-585 ; L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État : conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Félix Alcan, 1908, p. 26-50.

²⁶ A. V. DICEY, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du dix-neuvième siècle*, traduction par G. JÈZE et A. JÈZE, Paris, V. Giard et E. Brière, 1906.

²⁷ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé (1914)*, Paris, Dir. Panthéon-Assas, 2001, p. 298.

²⁸ S. MILACIC, « Le contre-pouvoir, cet inconnu », art cit, p. 693.

²⁹ P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », art cit.

que les sondages sont des « consultations électorales miniatures »³⁰, d'autres leur dénie la possibilité d'expression du vrai au regard précisément de leur processus de fabrication³¹.

305. En science politique, l'opinion publique est définie par ses fonctions et par sa détermination. Elle constitue une représentation de ce qu'est censée penser la majorité de la population³². Cette représentation est socialement construite par les journalistes, les instituts de sondages et les élus, en d'autres termes « l'opinion de tous, de la majorité ou de ceux qui comptent, ceux qui sont dignes d'avoir une opinion »³³. Ce qui importe dans cette définition est précisément le caractère construit de la notion d'opinion publique. Pour le dire autrement, il existe une multiplicité d'opinions publiques, d'acteurs habilités à en révéler le sens ainsi qu'une pluralité d'usages. En ce qui concerne ces derniers, sans doute est-ce Patrick CHAMPAGNE qui résume le mieux les fonctions de l'opinion publique dans le discours politique, qui malgré tout « restent vagues et contradictoires ». Selon lui, l'opinion publique joue « le rôle d'une sorte d'« opérateur polyvalent » : selon les cas, l'« opinion publique » est un simple spectateur du jeu politique qui, comme le chœur dans le théâtre grec antique, ponctue l'action des acteurs par des rires ou des pleurs ; ou alors c'est un acteur politique de plein droit qu'il faut écouter parce que sa volonté, toujours juste par définition, doit être respectée ; ou encore c'est un acteur collectif de second rang qui peut être trompé (ou même qui peut se tromper) »³⁴.

306. Sur le plan fonctionnel, deux usages principaux se distinguent : l'identification à la volonté populaire d'une part ; et le contre-pouvoir démocratique d'autre part. Parmi ces fonctions, celui de contre-pouvoir apparaît pertinent dans la compréhension de l'action des AAI dans le cadre d'exercice de leur magistrature d'influence. C'est à la seconde figure que les rédacteurs des rapports relatifs aux AAI font référence, à savoir celle d'une sorte de « tribunal moral » voire d'un contre-pouvoir démocratique³⁵. Cette figure fait écho à la définition donnée dans les années 1950 par le démographe Alfred SAUVY, caractérisant l'opinion publique comme « un arbitre, une conscience ; [...] un tribunal, dépourvu certes de pouvoir juridique, mais redouté. C'est le for intérieur d'une nation »³⁶. On trouve une idée équivalente chez Léon DUGUIT lorsqu'il évoque « la conscience de la masse »³⁷. C'est d'ailleurs à ce titre que figure

³⁰ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant Némésis, 2008, p. 418.

³¹ P. CHAMPAGNE, *Faire l'opinion, le nouveau jeu politique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1990, 317 p.

³² P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 624.

³³ P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, *op. cit.*, p. 111.

³⁴ P. CHAMPAGNE, *faire l'opinion, le nouveau jeu politique*, *op. cit.*, p. 85.

³⁵ S. MILACIC, « Le contre-pouvoir, cet inconnu », *art cit.*, p. 692 et s.

³⁶ A. SAUVY, *L'opinion publique*, Paris, PUF, coll. « que sais-je? », 1956, p. 6.

³⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, vol. Tome 3, p. 667.

l'opinion publique dans un rapport de 1975 relatif à la création de la première AAI – la CNIL. Son auteur, Bernard TRICOT, soulignait que cette institution, dans son domaine d'activité, devait devenir « en quelque sorte l'organe de la conscience sociale : elle renseigne, réfléchit, conseille, propose, contrôle, elle informe l'opinion »³⁸.

307. Sous ces traits, l'opinion publique apparaît donc comme une instance susceptible de participer à la régulation politique et sociale. Là encore, peu d'ouvrages français consacrés au droit constitutionnel ou aux libertés publiques accordent des développements conséquents à l'opinion publique en tant que contre-pouvoir³⁹. Au contraire, les auteurs nourrissent une certaine méfiance à son égard, considérant notamment que « la garantie des libertés par l'opinion publique est aléatoire »⁴⁰ ; et ce au regard précisément de son caractère construit précédemment évoqué : l'opinion publique est considérée comme un contre-pouvoir malléable. Conditionnée par l'effectivité d'une série de libertés, elle n'est pas gouvernée ni par l'automatisme ni par la systématique. Dans sa thèse sur la normativité et le droit, François BRUNET évoque à ce titre les « techniques [propres] à susciter l'adhésion à une opinion que la raison pourrait discréditer »⁴¹ dont la propagande constitue le premier modèle.

308. L'opinion publique est donc une notion dont la délimitation reste incertaine tandis que sa mobilisation par les acteurs politiques est sujette à discussion. Pourtant, elle n'en désigne pas moins un phénomène politique majeur. Prenant progressivement conscience de l'importance de ce phénomène, le législateur a introduit des mécanismes juridiques tendant à garantir la sincérité de son expression et à minimiser les effets négatifs d'une instrumentalisation de son usage. À ce titre, les références à l'opinion publique en droit renvoient à une série de libertés – dont les plus emblématiques restent la liberté de la presse et d'expression – et d'institutions visant à ne pas fausser son information et son expression. Maurice HAURIUO écrivait à propos de la liberté de la presse que « ce sont les manifestations publiques de la pensée individuelle qui créent l'opinion publique, puissance indispensable dans les pays libres et c'est par la presse périodique que se produisent ces manifestations »⁴². De la même manière, lorsque Léon DUGUIT évoque

³⁸ *Rapport général sur l'informatique* de B. TRICOT publié en 1975 cité par C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », art cit, p. 33.

³⁹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 261 et s ; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8e éd., Paris, Armand Colin, 2009, p. 448 et s. ; J. RIVÉRO, *Les libertés publiques*, op. cit., p. 241 et s. ; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, op. cit., p. 418 et s. ; J. MORANGE, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 2007, 278 p.

⁴⁰ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, op. cit., p.232.

⁴¹ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012, p. 461.

⁴² M. HAURIUO, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1893, p. 148.

l'opinion publique, il le fait au travers de la question des libertés accordées à la presse qui représentent « un moyen autrement puissant pour imposer une question à l'attention des pouvoirs publics que le modeste droit de pétition. Elle peut soulever l'opinion publique et forcer l'intervention du parlement et du gouvernement, quand des pétitions, même réunissant des milliers de signatures, restent oubliées dans l'*in pace* des commissions parlementaires »⁴³. À ce titre, les entreprises de presse, entendue comme l'ensemble des livres et écrits périodiques, sont parfois désignées comme des « faiseurs d'opinions », analyse qu'il convient désormais d'étendre à l'ensemble des médias⁴⁴. Cette évocation du pouvoir de la presse sur l'opinion publique renvoie aux ressorts d'action du « pouvoir de faire savoir » des autorités administratives indépendantes.

309. Cependant, l'hypothèse selon laquelle la presse, et plus largement les médias, font et défont l'opinion est régulièrement battue en brèche. Le système médiatique est un lieu de médiation plus que de domination, de pluralité et non d'unité, de conflit et non d'accord, en somme un lieu caractérisé par une grande plasticité qui autorise un jeu permanent des acteurs. Dans ce schéma, les AAI sont l'un des acteurs de ce jeu médiatique. Par leur statut d'autorités indépendantes, elles sont amenées à jouer un rôle de producteur/prescripteur de l'opinion publique, et ce faisant, sont co-productrices de cette opinion. À travers leurs pouvoirs de s'adresser ou de solliciter l'opinion par la diffusion de leur expertise, elles s'inscrivent dans les mécanismes mis en œuvre par le législateur pour garantir l'information et l'expression sincère de l'opinion publique. Elles vont dans un premier temps « former » l'opinion pour, le cas échéant, l'« actionner ». Par leurs pouvoirs de diffusion, les AAI peuvent « accroître l'effet dissuasif et éducatif »⁴⁵ de leurs décisions, autrement dit l'influence de leur expertise.

310. Deux finalités propres à la diffusion de l'information permettent de caractériser l'exercice d'une magistrature d'influence par les AAI. En effet, bien que la technique demeure *a priori* la même – rendre public –, la finalité en modifie quelque peu la perspective. D'abord, les AAI remplissent une fonction d'information, de sensibilisation du public (sectoriel ou général) au regard de l'objet de leur mission (Section 1). Ensuite, pour accroître l'efficacité de

⁴³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Les libertés publiques*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1925, vol. 5, p. 450.

⁴⁴ En ce sens, Erik NEVEU relativise le pouvoir d'influence de la presse, thème récurrent et cependant surestimé selon lui ; car en effet si on constate une influence, celle-ci « émane de réseaux d'interdépendances entre sources, groupes mobilisés et acteurs du monde de la presse » (Cf. les développements sous l'intitulé « 2. Un pouvoir d'influence surestimé », E. NEVEU, « SOCIOLOGIE DE LA PRESSE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne] (universalis.fr/encyclopedia/sociologie-de-la-presse/, consulté le 15 août 2015)).

⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 8.1.12.

leur démarche persuasive, la diffusion de l'information est brandie comme une menace, celle de révéler, de jeter à la vindicte populaire les noms des administrations, des entreprises, des individus qui adopteraient ou maintiendraient un comportement (moral, législatif ou autre) qui ne serait pas conforme aux normes juridiques en vigueur, aux normes éthiques ou encore à la conception que l'autorité promeut de la liberté ou des droits dont elle a la charge d'assurer la concrétisation. Très souvent considéré comme « l'arme la plus efficace »⁴⁶ à la disposition des AAI, cet usage de la diffusion de l'information érige celles-ci, le cas échéant, en « véritables censeurs face à l'opinion publique »⁴⁷ (Section 2). Néanmoins, la publicité plus ou moins étendue donnée à leur expertise, à des informations recueillies ou la divulgation d'informations confidentielles sont susceptibles de porter une atteinte disproportionnée à la réputation des personnes concernées ou mises en causes et appellent dans ce cas un encadrement spécifique (Section 3).

Section 1. Le pouvoir d'informer

311. L'influence des AAI se concrétise « le plus souvent dans la faculté d'informer et de sensibiliser l'opinion générale ou celle d'un public spécialisé »⁴⁸. Au sens étymologique, le terme *information* vient du verbe latin *informare* qui signifie « façonner », « donner une forme à une matière »⁴⁹. Selon le Littré, « informer » est ce qui « donne une forme à l'esprit »⁵⁰. Plus couramment, informer consiste à « faire connaître quelque chose à quelqu'un »⁵¹. Partant, le pouvoir d'informer recouvre deux finalités : l'une indicative ; l'autre éducative. La diffusion de l'information, plutôt que de permettre un accès aux données détenues par ces organismes, s'inscrit d'abord dans une visée préventive. Celle-ci se traduit par une action privilégiant la transparence et les dispositifs pédagogiques dont l'efficacité repose ainsi sur la prise de conscience des destinataires (§1). L'efficacité d'une telle démarche d'influence est conditionnée par l'autonomie relative du pouvoir de diffuser l'information d'une part (§2) dans le respect des règles propres au droit des personnes d'autre part (§3).

⁴⁶ D. COUJARD, magistrat depuis 1974, ancien président du Syndicat de la magistrature, « Contrôle des lieux de privation de liberté : l'âge de raison », *Le Blog de Dominique Coujard*, 20 janvier 2014 (blogs.mediapart.fr/blog/dominique-coujard, consulté le 25 janvier 2014).

⁴⁷ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁸ Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1993, vol. 1/2, p. 514.

⁵⁰ Entrée « INFORMER » dans E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, L. Hachette, 1873-1874. Version électronique créée par François GANNAZ (littre.org).

⁵¹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 514.

§1 Les vertus préventives du pouvoir d'informer

312. La fonction d'information des autorités recouvre l'ensemble de leurs activités d'expertise, de conseil, d'enquête et de concertation ainsi que, plus largement, leur mission de surveillance générale d'un secteur d'activité. Conformément au sens étymologique du mot « information », les autorités participent ainsi à la « formation des esprits » par la médiatisation de leur expertise et de leur doctrine. Ce volet de l'action régulatrice des AAI se caractérise d'abord par la faculté dont elles disposent d'attirer l'attention de l'opinion publique générale ou celle d'un public spécialisé sur les dysfonctionnements ou les problèmes d'un secteur en organisant la transparence des situations (A). Ensuite, cela se prolonge souvent par la capacité dont elles disposent de promouvoir explicitement les « bonnes pratiques » jugées nécessaires à l'application effective des droits et des libertés (B).

A. L'influence par la transparence des situations

313. En matière économique, la régulation par la transparence, la plus douce qui soit⁵², est habituellement évoquée sous sa dénomination anglophone – *sunshine regulation* – que l'on traduit parfois par l'expression « régulation par coup de projecteur ». Dans ce cas, l'autorité de régulation se voit reconnaître une autorité en raison d'une expertise fondée sur des informations fiables. Les avis du régulateur sont largement diffusés, dans une forme claire et compréhensible pour le public concerné.

314. Historiquement, ce modèle de régulation est apparu au début du XX^e siècle dans le secteur de l'économie des transports aux États-Unis. Claude HENRY, évoquant « la régulation comme magistère » à propos de la régulation des services publics, attribue son invention à Charles Francis ADAMS JR qui fut à la tête de la *Massachusetts Railroad Commission*, un organe qui « n'avait en réalité aucun pouvoir, si ce n'est le pouvoir de faire rapport »⁵³. À la tête de cette commission, caractérisée par son indépendance, Charles F. ADAMS avait pour mission d'amener les compagnies de chemin de fer à respecter une certaine éthique. Cette commission a été surnommée par l'historien Thomas MCCRAW la « *Sunshine Commission* », baptisant ainsi ce procédé de régulation⁵⁴. Selon lui, « la Commission [de Régulation des Chemins de fer du

⁵² S. BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 71.

⁵³ C. HENRY, « Enjeux et formes de la régulation des services publics dans l'Union Européenne » dans M. BOITEUX, C. HENRY et E. QUINET (dir.), *Concurrence et service public*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 45.

⁵⁴ T. K. MCCRAW, *Prophets of Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, p. 1.

Massachusetts] fut conçue comme une lentille qui centrait les rayons de l'opinion publique, autrement dispersée, sur un point focal auquel elle était amenée à s'intéresser »⁵⁵.

315. Le terme « *sunshine* » se justifie précisément au regard des méthodes de régulation qui se fondent sur la transparence des activités. Elle suppose que, sous certaines conditions, les dysfonctionnements, les problèmes ou les inefficacités disparaissent du simple fait de leur mise en lumière⁵⁶. Selon MACCRAW, ce type de régulation repose sur « une exigence d'éclaircissement » qui est le « prélude essentiel à l'action »⁵⁷. Il s'agit d'éclairer, de sensibiliser un secteur aux problématiques concrètes affectant l'effectivité d'une liberté (économique, sociale ou individuelle), d'un droit et par ce biais de susciter une prise de conscience chez les acteurs de ce secteur susceptible de les conduire à modifier leur comportement. Cet « éclaircissement » participe d'un moment pédagogique de la régulation. Ce procédé consiste à diffuser l'information recueillie et interprétée par l'autorité. Ce qui recouvre généralement des observations, la production d'une expertise concrète ainsi qu'à la promotion d'une éthique particulière. Dans ce contexte, le rôle préalable de l'autorité indépendante est donc de récolter ou de produire des informations fiables et impartiales.

316. Sur ce point, le cas de l'Autorité de la concurrence est particulièrement éclairant. Celle-ci assure une mission de conseil, sur saisine ou d'office, auprès des acteurs des marchés et des pouvoirs publics, conformément aux articles L462-1 à L462-4 du Code de commerce. Un des apports de cette activité consultative de l'Autorité est précisément « de présenter des situations factuelles de façon impartiale et détachée des cas contentieux concrets en avançant des recommandations destinées à porter remède à des problèmes bien identifiés »⁵⁸. Cette mission consiste donc à mettre en lumière les enjeux du marché, les motivations et les comportements des entrepreneurs ayant des conséquences pour les usagers et les finances publiques sur la base d'investigations approfondies et d'analyses rigoureuses. Par exemple, saisie par le ministre de l'Économie, l'Autorité a adopté un avis le 31 mars 2015 sur la question de l'impact concurrentiel des rapprochements de centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire. Par une publication de l'avis sur son site internet le lendemain de son adoption, ainsi que d'une synthèse sous la forme d'un communiqué de presse, l'Autorité a contribué à informer les acteurs du marché de la grande distribution des

⁵⁵ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁷ « [...] a call for enlightenment as the essential prelude to action. » *Ibid.*, p. 20.

⁵⁸ P. SPILLIAERT, « Les avis de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 61.

risques concurrentiels liés à une série d'accords qualifiés de « complexes », à l'issue d'une analyse fondée sur une enquête menée auprès des acteurs économiques et de nombreuses auditions⁵⁹. La portée de l'expertise auprès du public ciblé se trouve confortée à la fois par la synthèse de l'avis dans un communiqué de presse et par la mention des entreprises et organismes concernés par son analyse du marché en question. Avant de formuler des propositions visant à améliorer l'efficacité du dispositif permettant d'appréhender les abus de dépendance économique dans le cadre des relations entre distributeurs et fournisseurs⁶⁰, l'Autorité expose longuement le contexte⁶¹ et les caractéristiques du secteur du marché de la distribution concerné⁶². Ce n'est que dans un second temps que l'Autorité cible précisément – et de façon détaillée – les risques concurrentiels dans le cadre d'une analyse tenant compte tant du cadre juridique⁶³ que des effets favorables à la concurrence⁶⁴. L'objectif de l'Autorité est clairement affiché en introduction de l'avis lorsqu'elle indique que celui-ci « vise [...] à fournir une grille d'analyse pour permettre aux intéressés de mieux appréhender les enjeux concurrentiels, et d'adapter, le cas échéant, leur comportement »⁶⁵. Par ailleurs, elle y détaille longuement sa méthodologie et les avantages liés à une approche transparente du sujet, ce qui participe à renforcer la valeur de son avis auprès des acteurs et favorise ainsi le consensus nécessaire autour de son expertise pour éviter que celle-ci soit remise en question.

317. Un des leviers d'action de la régulation par la transparence réside notamment dans l'importance de la réputation pour les acteurs publics ou privés d'un secteur⁶⁶. Cette approche repose sur le postulat que les entreprises ou les acteurs concernés choisiront de changer de comportement et d'améliorer leur efficacité plutôt que de prendre le risque de voir leur image détériorée par le maintien d'un comportement discrédité par les informations émises par les autorités. Toutefois, il est nécessaire de distinguer cette activité de la pratique développée par certaines autorités consistant à stigmatiser le comportement d'un acteur public ou privé qui ne respecterait pas les prescriptions légales ou éthiques dont l'autorité a la charge d'assurer l'application. Dans le cas de la régulation par la transparence, l'atteinte à la réputation n'est

⁵⁹ Autorité de la concurrence, avis n° 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, 90 p.

⁶⁰ *Ibid.* p. 85.

⁶¹ *Ibid.* p. 8.

⁶² *Ibid.* p. 12.

⁶³ *Ibid.* p. 39.

⁶⁴ *Ibid.* p. 68.

⁶⁵ *Ibid.*, p.6.

⁶⁶ J. INGLES et J.-M. SALLES, « Régulation de l'activité des délégataires de services de l'eau et de l'assainissement : Qu'avons-nous appris ? Peut-on faire mieux ? », *Flux*, 1998, vol. 14, n° 31, p. 45.

qu'un effet de décalage entre l'information produite et le comportement de l'entreprise du secteur. En revanche, dans le cas de la stigmatisation, l'atteinte à la réputation est le fait de l'autorité elle-même par la diffusion du nom de la personne mise en cause et des faits qui lui sont reprochés. Le processus de régulation par la transparence permet néanmoins d'actionner des mécanismes « d'incitation réputationnelle »⁶⁷, comme en témoigne la diffusion par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) d'indicateurs de performances dans les secteurs du transport de marchandises ou de voyageurs à partir des données collectées et analysées par l'Observatoire des marchés. Les travaux de cette structure ont pour vocation d'« éclairer et objectiver le débat public par la diffusion d'indicateurs quantitatifs fiables et réguliers, et la publication d'analyses de marchés »⁶⁸. Si la diffusion de ces indicateurs n'a pas « les mêmes vertus disciplinantes que le pouvoir d'approuver leurs tarifs ou de leur imposer des sanctions, [...] il ne faut pas ignorer [leur] effet incitatif »⁶⁹.

318. En définitive, la magistrature d'influence suppose dans ce cas que des irrégularités potentielles disparaissent du simple fait de leur mise en lumière. Ce pouvoir, caractéristiques des techniques de persuasion, maniant l'information et les indications, va dans le sens de l'« auto-organisation de la société »⁷⁰, dont la prise de conscience est le principal ressort.

B. L'influence par la promotion des droits et des libertés

319. Souvent complémentaire de la transparence des situations, la sensibilisation de l'opinion générale ou d'une opinion sectorielle traduit la dimension éducative de la diffusion de l'information. En menant une action en amont des violations aux prescriptions légales ou éthiques, les autorités, qui promeuvent des bonnes pratiques, participent à prévenir les atteintes aux droits ou aux libertés. Cela se fait généralement par des opérations de communication et d'incitation auprès des organismes et des personnes, qui par leur activité ou en raison de leur nature, peuvent être à l'origine d'une telle violation⁷¹. La promotion des bonnes pratiques

⁶⁷ A. YVRANDE-BILLON (vice présidente de l'ARAFER), « Vers une « data-driven regulation » dans les transports », éditorial publié dans *Regulation(S), La newsletter de l'ARAFER*, novembre 2015 (arafer.fr/?wysija-page=1&controller=email&action=view&email_id=124, consulté le 16 juillet 2016).

⁶⁸ Cette information est disponible sur la page du site de l'ARAFER consacrée aux activités de l'Observatoire des transports hébergé par celui de l'ARAFER (arafer.fr/observatoire-des-transports-tient-sa-feuille-de-route/, consulté le 16 juillet 2016).

⁶⁹ A. YVRANDE-BILLON, « Vers une « data-driven regulation » dans les transports », art. cit.

⁷⁰ D. BÜTSCHI et S. CATTACIN, « L'État incitateur : nouvelles pratiques de subsidiarité dans le système du bien-être suisse. » *Annuaire Suisse de Science Politique*, 1993, 33, p.49 cité par C.-A. MORAND dans *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, France, LGDJ, 1998, 3 p.

⁷¹ Voir sur ce sujet : M. GOURCUFF, « La mission de promotion et de diffusion des droits de l'homme en France par les autorités administratives indépendantes » dans *Pédagogie et droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2014, p. 145.

implique une démarche proactive de l'autorité, mobilisant des techniques originales de diffusion de l'information, vers les acteurs du secteur soumis à leur surveillance ou bénéficiaires de leur expertise. De façon générale, le développement d'actions promotionnelles, qui s'inscrivent dans le cadre de l'application effective d'un droit, d'une liberté ou d'une politique publique économique, indique qu'il ne suffit plus à l'État de réagir aux violations des droits, ou plus largement du droit, mais qu'il lui incombe d'en organiser la prévention. De telles actions viennent s'ajouter à celle du juge dont le rôle est parfois considéré comme insuffisant à faire respecter l'ensemble des droits étant donné que son action n'a une portée que sur le plan juridique.

320. Prévenir l'émergence d'un contentieux s'ajoute donc à l'action strictement juridique symbolisée par l'arbitrage du juge tranchant un litige. Dans ce schéma où la connaissance de la norme juridique rend attentif à son infraction, les autorités administratives indépendantes apparaissent comme la forme institutionnelle la plus à même d'assurer une telle activité, tant par leur autonomie fonctionnelle que par les contacts permanents qu'elles ont établis avec les pouvoirs publics et les acteurs des secteurs d'activité soumis à leur surveillance. Pour ce faire, les autorités, qui assument une telle mission de promotion, mettent en place des dispositifs de prévention pour lutter contre de possibles violations qui résulteraient tant des acteurs privés que des autorités publiques⁷². Ce mode d'intervention mobilise des moyens principalement extra-juridiques, compensant l'impossibilité d'agir jusqu'alors par le biais du droit seul dans le cas de la violation de certains droits ou libertés. Par exemple, en matière de lutte contre les discriminations, le renforcement de la pénalisation des comportements s'est accompagné de la création d'une autorité indépendante – la HALDE dont les missions et compétences ont été reprises par le Défenseur des droits – dont la mission a d'abord consisté à inscrire la politique de lutte dans un registre plus large « en menant des actions de communication, en conduisant des travaux de recherche, en identifiant et en encourageant les bonnes pratiques en la matière, en partenariat avec les acteurs publics et privés, en recommandant le cas échéant des modifications législatives ou réglementaires »⁷³.

321. Dans les textes constitutifs des AAI, ce rôle promotionnel ne s'exprime pas de façon homogène. Le législateur peut prévoir explicitement une telle mission de promotion des droits ou des valeurs dont les autorités ont la charge d'assurer la concrétisation. Par exemple, le

⁷² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, France, LGDJ-Lextenso, 2008, p. 49.

⁷³ HALDE, *Rapport annuel 2005*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 2.

Défenseur des droits s'est vu attribuer par l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011 une mission générale « de promotion des droits de l'enfant, de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, ainsi que de déontologie dans le domaine de la sécurité »⁷⁴. Néanmoins, le plus souvent, cette consécration diffère pour chaque institution en fonction des compétences de chacune. Ainsi, cette mission de promotion peut trouver de façon indirecte un fondement dans les dispositions relatives à une activité d'information et d'étude au bénéfice d'un public ciblé. Il en va ainsi de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires qui, conformément à l'article L6361-6 du Code des transports, est chargée « dans le domaine de la pollution atmosphérique générée par l'aviation, [...] de contribuer au débat en matière d'environnement aéroportuaire ». Pour remplir sa mission, l'autorité peut « formuler des propositions d'études pour améliorer les connaissances dans ce domaine et diffuser ces études auprès du public ou de toute personne physique ou morale qui en fait la demande ». Lorsqu'une telle mission n'est pas explicitement énoncée dans le texte constitutif de l'autorité, elle se déduit d'une lecture combinée des termes de sa mission de surveillance et des attributions relatives à l'exercice d'une magistrature d'influence (attributions consultatives, diffusion de l'information ou encore auto-saisine). Par exemple, il est courant de lire que l'autorité « veille » à l'application effective d'une liberté ou d'une valeur. L'emploi du verbe « veiller » manifeste la volonté du législateur de ne pas réduire l'action de l'autorité à une mission de contrôle de conformité des comportements aux normes juridiques en vigueur. Par exemple, l'article L461-1 du Code de commerce dispose que l'Autorité de la concurrence « veille au libre jeu de la concurrence ». L'ancien président de l'Autorité, Bruno LASSERRE, considérait que l'Autorité devait participer à renforcer, voire à encourager la « culture de la concurrence »⁷⁵ par son action de conseil, qu'elle soit sollicitée ou spontanée. On peut citer également l'exemple du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui, aux termes de l'article 3-1 al. 2 de la loi du 30 septembre 1986⁷⁶, « veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ». Pour ce faire, le Conseil peut formuler toutes propositions sur l'amélioration de la qualité des programmes. En résumé, cette mission de promotion consiste

⁷⁴ Article 11 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée* ; ainsi qu'aux articles 4 (2°, 4°), 14, 15 et 34 de la même loi.

⁷⁵ B. LASSERRE, « L'office de l'Autorité de la concurrence », art cit, p. 113 ; B. LASERRE, « La culture de la concurrence : La démonstration par la preuve » dans *À quoi sert la concurrence ?*, Paris, Institut de droit de la concurrence, 2014, p. 711 et s.

⁷⁶ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), version consolidée au 09 septembre 2009.

davantage, par la diffusion d'une information, à développer un état d'esprit chez les acteurs du secteur soumis à leur surveillance favorable à l'application effective des droits.

322. La consécration d'une telle mission résulte dans certains cas d'une exigence internationale. En effet, de nombreux textes internationaux tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁷⁷ ou la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale consacrent une obligation de l'État de prendre en charge la protection, la diffusion et la promotion des droits et des libertés⁷⁸. Une telle obligation se trouve à l'origine de l'ancienne Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)⁷⁹ dont les compétences ont été reprises dans le texte constitutif du Défenseur des droits⁸⁰. L'attribution d'une telle mission de défense et de promotion des normes internationales et européennes à une autorité nationale indépendante conduit à faire de l'organisme en question l'instrument national de promotion des politiques menées à l'échelon international et européen. La mise en place de la HALDE concrétise ainsi la volonté du législateur communautaire de lutter effectivement contre les discriminations⁸¹ dans un programme précis⁸² adopté à la suite de la directive « Race » qui vise ainsi à encourager « l'élaboration de nouvelles pratiques et politiques de lutte contre les discriminations ». De la sorte, le législateur communautaire participe à mettre en place « un nouvel espace européen des politiques publiques »⁸³.

⁷⁷ Alinéas 5 et 6 du Préambule du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution A/RES/2200A (XXI), 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 3 janvier 1976 conformément aux dispositions de l'article 27).

⁷⁸ Article 7 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, conformément aux dispositions de l'article 19.

⁷⁹ Article 15 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *précitée*. Sa création résulte de la transposition en droit national des directives européennes du 29 juin 2000 et du 23 septembre 2002, prises en application de l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne (TCE). L'article 13 de la directive 2000/43 prévoit la désignation d'un ou plusieurs « organismes de promotion de l'égalité de traitement » (Article 13-1 de la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Journal officiel n° L 180 du 19 juillet 2000 p.22-26).

⁸⁰ Article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF* n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

⁸¹ K. GRABARCZYK, « La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, un magistrat d'influence ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, n° 81, p. 68.

⁸² Décision du Conseil du 27 novembre 2000 établissant un programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), *JOCE*, L 303, 2 décembre 2000, p.23.

⁸³ G. CALVÈS, « Il n'y a pas de race ici. Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, octobre 2002, n° 17, p.175.

323. Lorsque les autorités administratives indépendantes mettent en œuvre leur mission de promotion des droits, elles ont pour tâche de transmettre une information⁸⁴. En pratique, cela comprend deux niveaux d'intervention. D'abord, les autorités informent les personnes concernées des enjeux économiques d'un secteur ou, plus précisément, de leurs droits, afin que ces dernières prennent conscience des causes d'une éventuelle atteinte à ces droits et modifient, le cas échéant, leur comportement en conséquence lorsqu'elles sont à l'origine de la violation ou mobilisent les voies de recours lorsqu'elles sont victimes de la violation. Pour ce faire, elles organisent des campagnes de sensibilisation, de diffusion de rapports spécifiques ou encore interviennent dans le cadre de formations ou de manifestations diverses. À cet égard, l'action de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en fournit une illustration concrète. Conformément à l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978, la Commission « informe toutes les personnes concernées et tous les responsables de traitements de leurs droits et obligations »⁸⁵. La Commission conduit une politique de communication afin de sensibiliser l'ensemble des citoyens aux problématiques « Informatique et libertés ». Ce procédé consiste, d'une part, à vulgariser l'application des dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel dans un secteur en particulier. Il en va ainsi des guides destinés aux professionnels de santé, aux employeurs et aux salariés, aux collectivités locales et aux avocats⁸⁶. D'autre part, il permet, plus largement, d'informer les personnes sur leurs droits. Pour ce faire, la CNIL met en place des campagnes ciblées. Elle édite ainsi un grand nombre de guides pratiques accessibles en version papier ou sur son site internet⁸⁷. On peut citer également la Convention de partenariat entre la CNIL et le ministère de l'Éducation nationale⁸⁸ dont l'objectif consiste à informer les jeunes, considéré comme un public vulnérable, de leurs droits. Cette action s'inscrit pleinement dans le cadre de l'enseignement d'éducation civique qui prévoit que les élèves doivent être informés « des moyens de maîtriser leur image publique, des

⁸⁴ M. GOURCUFF, art.cit., p. 135.

⁸⁵ Article 11 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 22 octobre 2016.

⁸⁶ CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, Paris, Commission nationale de l'informatique et des libertés, 2010, 49 p. (cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Guide_employeurs_salaries.pdf, consulté le 12 janvier 2015).

⁸⁷ On peut citer également le guide téléchargeable sur le site Internet de la Commission à l'adresse des responsables de traitement ainsi que des personnes disposant d'un minimum de connaissances informatiques (administrateur système, développeur, responsable de la sécurité des systèmes d'information, utilisateur...) souhaitant évaluer le niveau de sécurité dont doit bénéficier tout traitement de données à caractère personnel (CNIL, *Guide. La sécurité des données personnelles*, Paris, Commission nationale de l'information et des libertés, 2010, 44 p. (cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Guide_securite-VD.pdf, consulté le 17 août 2016)).

⁸⁸ Cette information est disponible sur le site Internet de la Commission (cnil.fr/fr/education-au-numerique-le-ministere-de-leducation-nationale-et-la-cnil-signent-une-convention-de-, consulté le 17 août 2016).

dangers de l'exposition de soi et d'autrui, des droits d'opposition, de suppression, d'accès et de rectification (...), ainsi que des missions de la Commission nationale de l'informatique et des libertés »⁸⁹. Ces démarches trouvent leur justification dans l'idée, régulièrement réaffirmée, selon laquelle « l'éducation aux droits de l'homme et l'inculcation des valeurs correspondantes peuvent promouvoir le changement des comportements sans qu'il soit besoin de recourir à des sanctions »⁹⁰. Ainsi, la promotion des droits de l'homme doit contribuer à prévenir efficacement certaines violations des droits et libertés.

324. La mission de promotion des droits et libertés implique de développer une action en amont, de manière préventive, par des actions visant ceux qui peuvent, par leur activité ou en raison de leur nature, être à l'origine d'une violation, dans le but d'en minimiser la survenance⁹¹. Les autorités veillent ainsi au respect des lois et des conventions internationales en mettant l'accent sur une démarche de dialogue et de partenariat. Elles accompagnent les acteurs dans la modification des pratiques susceptibles de contrevenir, parfois de manière involontaire, aux droits et libertés ou aux normes éthiques. Cette mission consiste d'abord à proposer ou recommander publiquement la modification d'une loi ou d'un règlement qui ne serait pas compatible avec l'effectivité d'un droit ou d'une liberté. Par exemple, le Défenseur des droits s'est vu confier la mission « de promotion, de protection et de suivi de l'application »⁹² de la Convention relative aux droits des personnes handicapées⁹³. Sur le fondement de l'article 29 de ladite Convention, le Défenseur promeut une meilleure accessibilité au vote des personnes handicapées et, plus largement, leur participation à la vie politique. Cette démarche a donné lieu à la publication de plusieurs avis⁹⁴. En vue de sa mise en œuvre, le Défenseur a formulé

⁸⁹ Article L. 312-15 du Code de l'éducation.

⁹⁰ HCHR, *Institutions nationales pour les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 63.

⁹¹ M. GOURCUFF, *art.cit.*, p. 135.

⁹² Convention (ensemble un protocole facultatif) relative aux droits des personnes handicapées adopté par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution A/RES/61/106 du 24 janvier 2007, entrée en vigueur le 20 mars 2010. Cette Convention a été ratifiée le 31 décembre 2009 (Loi n° 2009-1791 du 31 décembre 2009, *JORF* n°0002 du 3 janvier 2010 p.121, texte n° 1) et publiée le 1^{er} avril 2010 (Décret n° 2010-356 du 1er avril 2010, *JORF* n°0079 du 3 avril 2010 page 6501, texte n° 16).

⁹³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 163.

⁹⁴ Concernant la promotion d'une meilleure accessibilité au vote, le Défenseur a adopté une décision n° MLD-2012-2 le 12 janvier 2012 dans laquelle il formule des recommandations détaillées qui tendent à permettre aux électeurs atteints d'un handicap visuel de voter de façon autonome. Dans le cadre d'une audition par des parlementaires, il a émis un avis dans lequel il réaffirme, conformément aux dispositions de la convention, la « nécessité de développer au maximum les dispositifs de prises de décisions assistées, accompagnées, notamment dans le domaine du vote et de la possibilité de se présenter aux élections » (n° 14-04 du 28 mai 2014). Enfin, il a également, dans le cadre de la préparation du rapport parlementaire de juillet 2014, publié un rapport intitulé « L'accessibilité électorale, nécessaire à beaucoup, utile à tous ». Ce rapport a été suivi d'un rapport assorti de recommandations lors des élections départementales de 2015 (defenseurdesdroits.fr/fr/outils/les-discriminations-liees-au-handicap-et-a-letat-de-sante).

des recommandations adressées aux pouvoirs publics et veille au suivi de ces recommandations émanant des instances internationales. Ensuite, leur activité consiste également à renforcer la connaissance chez les personnes concernées du droit qu'elles doivent appliquer ainsi que des pratiques favorisant l'instauration d'un climat favorable au respect du droit. Elles font donc ainsi preuve de pédagogie. La diffusion de bonnes pratiques est caractéristique d'une telle mission de promotion. Cette diffusion peut se faire sous la forme d'une publication, un guide ou encore par l'émission de communiqués. Toutefois, il convient d'accorder une attention particulière à leurs interventions lors des formations professionnelles. Celles-ci représentent un volet important des actions menées par certaines autorités qui visent tantôt le grand public, tantôt des acteurs spécifiques. À ce titre, l'exemple de la HALDE est fréquemment cité en référence aux formations destinées aux professionnels du droit, avec l'objectif de parfaire leurs connaissances du droit de la non-discrimination⁹⁵. Il en va également des interventions de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) au travers d'interventions à l'École des officiers de la Gendarmerie nationale, à l'École supérieure de police et à l'École nationale supérieure des officiers de police⁹⁶. La pédagogie dont font preuve les autorités vise à la fois à parfaire la culture des professionnels, mais aussi à limiter la survenue de contentieux nés du fait de la méconnaissance des droits.

325. En conclusion, la régulation assumée par les autorités dans le cadre de leur magistrature d'influence, grâce à une maîtrise et un usage de l'information, s'opère en amont de la régulation juridique proprement dite. Les autorités n'imposent ni ne sanctionnent des comportements déterminés, mais participent d'une part à rendre visibles des situations, à mettre en lumière des pratiques considérées comme problématiques – la transparence des situations – et d'autre part à promouvoir les « bons » comportements ou l'état d'esprit susceptible de favoriser la mise en œuvre effective d'un droit ou une liberté – la diffusion d'une éthique identifiée et promue par les AAI.

§2 Les conditions d'adaptation des modes de diffusion de l'information aux publics visés.

326. Dresser une typologie des manifestations et des supports de diffusion de l'information au regard de leurs effets apparaît vain tant leur variété et l'évaluation de leur réception

⁹⁵ L. FERRAND, « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) » dans T. REVET et L. VIDAL (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, IRJS éditions, 2009, vol. 2/2, p. 166.

⁹⁶ CNDS, *Rapport 2010 remis au Président de la République*, Paris, Commission nationale de déontologie de la sécurité, 2011, p. 27.

dépendent du contexte de leur diffusion, de l'organisme ou du public visé. Toutefois, la possibilité d'avoir accès à des supports de diffusion variés s'avère déterminante pour cibler efficacement le public concerné. La diversification des stratégies de diffusion des autorités constitue une condition d'efficacité de leur magistrature d'influence fondée sur la communication adéquate de leur expertise (B). Or, celle-ci n'est possible que si les autorités disposent d'une autonomie réelle en la matière (A.).

A. L'autonomie du pouvoir d'informer comme condition de l'influence de leur expertise

327. Les dispositions législatives ou réglementaires relatives au pouvoir de diffusion de l'information des autorités sont peu nombreuses et, lorsqu'elles existent, se contentent en général d'en reconnaître la possibilité. Le plus souvent, ces dispositions se caractérisent par l'emploi du verbe « pouvoir » sans prévoir les modalités de diffusion de l'information. De manière significative, elles donnent à lire que l'autorité « peut porter à la connaissance du public »⁹⁷. Par exemple, la publication des recommandations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) fait l'objet d'une habilitation spécifique. Aux termes de l'article 11 §4 de la loi du 6 janvier 1978, l'autorité « se tient informée de l'évolution des technologies de l'information et rend publique le cas échéant son appréciation des conséquences qui en résultent pour l'exercice des droits et libertés mentionnés à l'article 1^{er} ».

328. De façon générale, la diffusion de l'information s'apparente à une faculté spontanée dont les manifestations concrètes dépendent de la forme institutionnelle originale des AAI et à leur fonctionnement souple. À cet égard, Thierry TUOT considère que les autorités, au regard de leur mode d'intervention fondé sur l'influence, devraient « toujours avoir le droit de s'exprimer sur les sujets de [leur] compétence »⁹⁸. Cette « liberté de parole »⁹⁹ des autorités doit donc s'exprimer à travers une forme de « liberté de publication »¹⁰⁰. Dans ce cas, le choix du mode de diffusion apparaît comme le résultat d'une pratique mise en place par les autorités

⁹⁷ À titre d'exemple, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) se voit reconnaître cette possibilité à l'article L612-1 5° du CMF qui dispose que « pour l'accomplissement de ses missions, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution dispose, à l'égard des personnes mentionnées à l'article L612-2, d'un pouvoir de contrôle, du pouvoir de prendre des mesures de police administrative et d'un pouvoir de sanction. Elle peut en outre porter à la connaissance du public toute information qu'elle estime nécessaire à l'accomplissement de ses missions, sans que lui soit opposable le secret professionnel mentionné à l'article L612-17 ».

⁹⁸ T. TUOT, « La planète des sages » dans Bernard SPITZ et Roger FAUROUX (dir.), *Notre état: le livre vérité de la fonction publique*, Paris, Hachette littératures, 2002, p. 711.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p. 366 ; H. DUMEZ et A. JEUNEMAITRE, « Quels modèles de régulation pour les services publics? » dans J. CHEVALLIER, M.-A. FRISON-ROCHE et Ivar EKELAND (dir.), *L'idée de service public est-elle encore soutenable?*, Paris, PUF, 1999, p. 69.

elles-mêmes¹⁰¹ ; la forme ou les modalités de la diffusion sont laissées à leur libre appréciation. L'hypothèse contraire – une procéduralisation excessive – ne serait d'ailleurs pas souhaitable puisqu'elle aurait pour conséquence, en conditionnant la maîtrise de la diffusion, de les déposséder de leur expertise. À ce titre, il apparaît que l'édition d'un site internet, régulièrement mis à jour et alimenté, constitue le principal outil d'information dont les autorités disposent librement¹⁰². Cette interface est déterminante dans l'action des autorités en ce qu'elle leur permet d'une part de maîtriser l'opportunité de la diffusion et d'autre part d'avoir accès à une audience la plus large possible.

329. L'autonomie du pouvoir de diffusion de l'information implique d'abord la maîtrise de l'opportunité de la diffusion. À ce titre, l'exclusion de la Commission des clauses abusives (CCA) de la catégorie des AAI dans le rapport de 2001 du Conseil d'État se fondait précisément sur le fait que la Commission ne décidait pas elle-même de publier ses recommandations. Citant les dispositions de la loi relative à la CCA, les auteurs du rapport insistaient sur le « rôle purement consultatif » de la Commission car, entre autres, « la publication de ses avis est décidée par le ministre chargé de la consommation »¹⁰³. Autrement dit, les avis de cette commission ne seraient constitutifs d'une « doctrine officielle » que parce que le ministre aurait décidé ou accepté qu'il en soit ainsi. Dans cette hypothèse, outre que la Commission n'exerce pas son office de manière indépendante sur ce point, elle perd surtout l'opportunité du choix de la publication, de son support et du moment de sa publication. Sur le plan pratique, ce dispositif présente le risque de limiter son influence dans l'hypothèse où la publication interviendrait tardivement voire n'interviendrait pas du tout. Cet état du droit a été modifié par la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation¹⁰⁴ qui réunit les dispositions relatives aux trois commissions dans le domaine de la consommation, dont la Commission de la sécurité des consommateurs et la Commission des clauses abusives (CCA). Le législateur précise ainsi que les commissions mentionnées « assurent la diffusion des informations, avis et recommandations qu'elles estiment nécessaire de porter à la connaissance du public »¹⁰⁵.

¹⁰¹ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p. 365.

¹⁰² La mise en place d'un site Internet n'est qu'une étape. La présence sur les nombreux réseaux sociaux de l'Internet (Facebook, Twitter, etc.) peut s'avérer déterminante dans la maximisation de leur influence. Par exemple, l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) a mis en place des flux RSS « pour suivre en temps réel l'intégration de nouvelles actualités et la mise à jour du Bulletin officiel de l'ASN » (Autorité de sûreté nucléaire, *Rapport annuel 2010*, Paris, Autorité de sûreté nucléaire, 2011, p. 164).

¹⁰³ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 306.

¹⁰⁴ Article 62, 14° de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, *JORF*, n° 0151 du 2 juillet 2010, p. 12001, texte n° 1.

¹⁰⁵ Article L534-8 du Code de la consommation.

330. Lorsque le législateur prévoit explicitement l'habilitation de diffuser des avis, celle-ci peut néanmoins être contrariée en pratique. Certaines autorités sont contraintes dans leur faculté de diffuser l'information en raison de leur domaine d'intervention. Il en va ainsi des Commissions de contrôle des activités de renseignements ou celle relative au secret de la défense nationale. Par exemple, on peut lire à l'alinéa 2 de l'article L2312-8 du Code de la Défense que « dans le délai de quinze jours francs à compter de la réception de l'avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), ou à l'expiration du délai de deux mois mentionné à l'article L2312-7, l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction ou au président de la commission parlementaire ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées. Le sens de l'avis de la commission est publié au Journal officiel de la République française ». Une fois rédigé puis approuvé en séance plénière de la Commission, l'avis est en pratique transmis au ministre afin qu'il en assure la publication conformément à la loi. Toutefois, en 2003, la commission a constaté que les avis n'étaient pas publiés dans un délai de trois semaines suivant leur adoption, mais uniquement après que la Commission ait procédé à un rappel au ministre de son obligation de publication¹⁰⁶. Dans une affaire en 2004, le ministre concerné par l'avis n'ayant pas fait procéder à sa publication, la Commission a dû transmettre directement le texte du sens de l'avis au Secrétaire général du Gouvernement – instance qui centralise toutes les publications officielles – afin que ce dernier procède sans délai à sa publication¹⁰⁷. Dans son rapport bilan pour les années 1998-2004, la Commission insiste sur la nécessité de dissocier le temps de la publication du sens de l'avis et celui de la notification par le ministre de sa décision de déclassification aux magistrats. Dans le cas contraire, la subordination de la publication de l'avis à la décision du ministre conduirait à « l'occultation pure et simple de cet avis, sinon même de l'existence de la Commission »¹⁰⁸. La conclusion qu'il en serait ainsi au seul motif que le principe de la publication ne vient que dans le dernier alinéa après les dispositions traitant de la notification, ne convainc pas¹⁰⁹. De plus, la loi du 8 juillet 1998 instituant la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), ne prévoit pas la remise et la publication d'un rapport annuel auprès des autorités, ce qui renforce le sentiment d'être en

¹⁰⁶ CCSDN, *Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale. 1998-2004*, Paris, La Documentation française, p.65 et s.

¹⁰⁷ CCSDN, *Rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale. 1998-2004*, Paris, La Documentation française, p. 67.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

présence d'un simple organe purement consultatif. Toutefois, corrigeant ce point, la CCSDN a pris l'initiative, en 2005, de publier un rapport bilan pour la période allant de 1998 à 2004¹¹⁰.

331. De façon plus discutable, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), à l'instar de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) qu'elle remplace, ne dispose pas du pouvoir de publier, même de façon exceptionnelle, ses avis au *Journal officiel*¹¹¹. Par conséquent, la CNCTR ne peut pas informer l'opinion sur les affaires qui leur ont été soumises et pour lesquelles les autorités compétentes ont déjà statué. Or, comme l'indique le rapport de la Commission de Venise sur l'encadrement des services de sécurité, si l'instance de contrôle « ne peut pas contrôler la fréquence de ses rapports, [elle] risque, au moins occasionnellement, de voir son rapport perdre tout impact politique »¹¹². Cette absence de maîtrise participe à affaiblir la magistrature d'influence de l'institution, relativise son efficacité et l'originalité de son intervention, voire, dans le cas de la CNCTR, en fait une instance d'accompagnement de l'administration plutôt qu'une instance de contrôle.

B. Principale conséquence de l'autonomie du pouvoir d'informer : la diversification des stratégies de communication

332. La liberté de parole des autorités, qui se traduit par une autonomie du pouvoir de diffusion de leur expertise, conduit à la diversification des stratégies de diffusion, permettant ainsi un meilleur exercice de leur office d'influence. Si la multiplicité des modes de diffusion rend difficile toute systématisation ou typologie, on peut distinguer cependant deux constantes liées au but recherché : la publication dans un support officiel afin de renforcer la caractère solennel de leur expertise d'une part ; et la variation des modes de diffusion afin de toucher l'ensemble des acteurs susceptibles d'être concernés par leur expertise d'autre part.

333. En premier lieu, la publication au *Journal officiel* peut résulter directement d'une disposition issue de la loi instituant l'autorité ou du décret organisant son fonctionnement, ce qui est, par exemple, le cas pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel¹¹³, ou d'une décision ministérielle à la demande de l'autorité ou du ministre concerné par l'avis. De façon générale, la publication au *Journal officiel* poursuit deux finalités précises : porter les textes à la

¹¹⁰ CCSDN, *Rapport 1998-2004*, Paris, La Documentation française, 2005.

¹¹¹ Par ailleurs, la CNCIS ne possédait pas de site internet (ce qui s'explique au regard de l'objet de sa mission), celle-ci ne disposait pas de la possibilité de publier le sens de ses avis, même de manière informelle.

¹¹² Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise), *Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité*, Étude n° 388 / 2006, Strasbourg, 2007, p. 38.

¹¹³ Article 3-1, al. 7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) (version consolidée au 6 août 2016).

connaissance de l'administration et du public ; et les rendre opposables¹¹⁴. Dans le cas de la diffusion des actes non obligatoires des AAI, la finalité de la publication se limite à la première finalité. Toutefois, celle-ci demeure d'une efficacité relative. Les autorités, pour assurer une diffusion plus large de leur expertise ou de leur opinion, privilégient le plus souvent la publication de leurs expertises sur leur site internet. D'ailleurs, les avis ou les publications au *Journal officiel* font le plus souvent également l'objet d'une publication sur le site internet des autorités. Dès lors, cette publication au *Journal officiel*, lorsqu'elle existe, ne s'inscrit pas dans une stratégie de maximisation de la diffusion de l'expertise, mais participe à renforcer la solennité de leur avis ou recommandation. Cette publication conforte le statut du locuteur, du moins la perception que le destinataire se fait de l'acte. Par ailleurs, s'il apparaît évident d'un point de vue strictement juridique que la publication au *Journal officiel* ne modifie en rien la nature non juridique de l'acte en question, certaines autorités jouent sur la confusion qui peut résulter de la publication au *Journal officiel* ou dans un recueil officiel de textes quant à la portée de l'acte. C'est, semble-t-il, le cas de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) lorsqu'en plus de recommander des bonnes pratiques en matière de publicité, celle-ci fixe la date de leur entrée en vigueur au jour de leur publication au registre officiel¹¹⁵. Ce qui revient à prévoir le jour où l'on doit tenir compte de sa recommandation, et ce à l'instar d'un texte de portée juridique. Ainsi, comme le souligne Pierre SABLIERE à propos des avis ou recommandations, « là où les choses se compliquent, c'est lorsque les pouvoirs publics donnent une certaine publicité à ces documents, mais sans que soit recherchée une véritable opposabilité »¹¹⁶.

334. En second lieu, le choix du mode de diffusion dépend du public ciblé. Par exemple, en ce qui concerne la communication de l'expertise des AAI aux autorités politiques et publiques, le rapport annuel constitue un mode de diffusion incontournable. Toutefois, à l'origine, le rapport ne s'apparente pas à un moyen de diffusion de l'expertise des AAI, mais à un document présentant l'état de leurs comptes et permettant le suivi de leur activité par les pouvoirs publics constitutionnels¹¹⁷. À ce titre, il est l'objet d'une obligation qui pèse sur la plupart des

¹¹⁴ Ces fonctions sont exposées au §2.1.8 intitulé « publication au journal officiel » dans le *Guide de légistique* (legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique, consulté le 23 juillet 2016).

¹¹⁵ T. BONNEAU, « L'ACP, législateur occulte ? », *Revue de Droit bancaire et financier*, janvier 2014, n° 1, p. 1-2.

¹¹⁶ P. SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les « documents référents » », *Actualité juridique du droit administratif*, 2007, p. 71.

¹¹⁷ Cette autorité était, dans les premiers temps d'activité du Médiateur de la République, le Président de la République, « ce qui contredit le principe d'absence de lien entre les autorités administratives indépendantes et le pouvoir exécutif » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude bilan sur les AAI », *op. cit.*, § 19.1.12).

autorités¹¹⁸. Il s'agit avant tout d'un outil censé permettre la reddition des comptes¹¹⁹. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'il convient d'interpréter les recommandations, effectuées dans les rapports de 2006 et de 2010 sur les AAI, visant à généraliser à toutes les autorités l'obligation de remettre un tel rapport¹²⁰. Cependant, dès les premières années d'activité des autorités, le rapport est apparu comme un moyen pour elles d'exposer ou de rappeler leur expertise. Il permet par exemple de présenter une évaluation de l'état du droit, de son application ou encore des propositions de réforme aux autorités compétentes, voire une synthèse de la doctrine diffusée sur une année, ainsi que des études thématiques. Le rapport constitue ainsi une véritable « mine d'information »¹²¹ à l'adresse d'abord des pouvoirs publics, mais également, par leur reprise dans les médias spécialisés ou généraux, à l'opinion publique. Certains auteurs y ont même vu le « point d'orgue de [leur] magistrature d'influence »¹²². En définitive, le rapport annuel remplit « une fonction bivalente », c'est-à-dire « à la fois une contrainte qui assure la transparence de l'organisme et un moyen de pression qui l'aide à atteindre ses buts »¹²³.

335. En ce qui concerne la diffusion auprès d'un plus large public, le site internet permet une publication large et effective de leurs diverses productions. Grâce à ce mode de diffusion, les autorités peuvent avoir un retour concret sur la consultation de leur doctrine ou des documents publiés et, ainsi, ajuster leurs stratégies en conséquence. Par exemple, dans son rapport d'activité pour l'année 2013, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) note que les rubriques les plus consultées sont la base des avis et conseils et les synthèses sur la communication par type de documents¹²⁴. Si les nombreux guides pratiques publiés par les AAI peuvent être déposés en version papier dans des lieux stratégiques (mairie, maison de la

¹¹⁸ Si la quasi-totalité des autorités rendait déjà un tel rapport, la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut des AAI et API a généralisé à l'ensemble des 26 autorités mentionnées en annexe de la loi l'obligation d'adresser « chaque année, avant le 1^{er} juin, au Gouvernement et au Parlement un rapport d'activité rendant compte de l'exercice de ses missions et de ses moyens » (Art. 21).

¹¹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude bilan sur les AAI », *op. cit.*, § 19.1.11.

¹²⁰ Cette fonction des rapports annuels a été mentionnée dans le rapport parlementaire d'information de 2010 sur les AAI au chapitre relatif au nouveau schéma du contrôle budgétaire. En effet, « c'est en particulier sur la base de ces rapports annuels que peut s'effectuer une évaluation de leur activité ». En faire un instrument du « dispositif d'évaluation de la performance » des AAI. Un outil dont la qualité conditionne l'effectivité du contrôle de leur activité. Le Cour des comptes avait dans ce sens relevé des inégalités sur ce point dans les rapports de l'ancienne CNDS (Rapport d'information n° 2925 (2009-2010) de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, *op. cit.*, p. 160).

¹²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », *art cit.*, § 19.1.11.

¹²² S. GOUHIER, « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens ? », *RFDA*, 2002, p. 392.

¹²³ F. GAZIER et Y. CANNAC, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*

¹²⁴ CADA, *Rapport d'activité pour 2013*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, p. 106.

justice et des droits, etc.) ou adressés gratuitement en version papier aux personnes qui en font la demande, ces documents sont toujours accessibles depuis le site internet des autorités

336. Ensuite, la référence à la notion d'opinion publique dans l'activité d'information des AAI ne doit pas occulter les relations plus concrètes que ces dernières tissent avec les acteurs d'un secteur ou dans un domaine donné. En effet, elles interagissent avec les médias spécialisés ou généraux ou encore les diverses associations agissant dans un secteur déterminé. Plutôt qu'une référence abstraite à l'opinion publique, cette diffusion de l'information va cibler précisément un public susceptible de réagir afin d'assurer l'influence effective de leur expertise. Les relations des autorités avec les acteurs ou les professionnels d'un secteur visent à renforcer la connaissance de la réglementation et la culture attachée aux valeurs promues par les autorités (concurrence, dignité, pluralisme, etc.). Les autorités développent leurs relations avec les professionnels au cours de colloques qu'elles organisent ou qui sont organisés par les professionnels ou des associations. Elles élaborent également des publications à l'adresse des acteurs ou des professionnels du secteur pour expliciter l'actualité de la réglementation en vigueur et en favoriser une application effective, allant du simple communiqué à la création d'une revue ou d'une lettre d'actualité. Nombreuses sont les autorités qui publient une lettre d'actualité. On peut citer le Conseil supérieur de l'audiovisuel qui diffuse la *Lettre du CSA*, la CNIL la revue *IP innovation & Prospective, Entrée libre, la lettre de l'Autorité de la concurrence* (diffusion via internet)¹²⁵ ou encore la « lettre d'information mensuelle » de la CADA aux personnes responsables de l'accès au sein des administrations¹²⁶.

337. Enfin, la diffusion de l'information peut être le fait des membres de l'institution eux-mêmes. Ce constat conforte l'idée qu'une magistrature d'influence repose d'abord sur l'autorité morale des membres de l'institution. Cet aspect est particulièrement vrai pour les autorités fortement personnalisées. Auprès du pouvoir politique, c'est sans doute la voie la plus efficace pour persuader de la pertinence d'une proposition de réforme (audition parlementaire, visite

¹²⁵ Dans la première lettre d'information éditée par l'Autorité de la concurrence, le président de l'Autorité, Bruno LASSERRE, dans son éditorial, présente cette lettre comme un « instrument de dialogue » censé faciliter l'échange de l'institution avec les opérateurs économiques. Cette échange doit être « d'autant plus enrichissant qu'il sera régulier, que j'ai voulu compléter la panoplie d'outils de communication du Conseil : il nous manquait en effet un instrument de dialogue et de terrain, à côté du rapport annuel, qui décrit nos performances et notre pratique décisionnelle, de la synthèse qui en est proposée au grand public depuis 2006, des communiqués de presse publiés dans les grandes affaires et, bien sûr, de notre site Internet, dont le nombre de consultations a presque triplé depuis trois ans » (*Entrée libre, la lettre du Conseil de la concurrence, janvier-avril 2008, n° 1, p.1.*)

¹²⁶ La lettre d'information mensuelle diffusée aux personnes responsables de l'accès aux documents administratifs (PRADA) et mise en ligne sur le site de la CADA a été créée en janvier 2008. Elle a pour objectif de donner des informations au sujet des travaux de la Commission en signalant les avis et les nouveaux conseils (CADA, *Rapport d'activité 2013, op. cit., p.106*).

ministérielle, etc.). Les présidents des autorités jouent ce rôle auprès du grand public¹²⁷. Au niveau local, les correspondants de l'autorité occupent également une place importante dans la diffusion personnelle de l'information. Ils ne se contentent pas de faire remonter l'information auprès de l'institution, ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre précédent, mais la diffusent également auprès d'un public varié. Il en va ainsi du rôle pédagogique des délégués du Défenseur des droits¹²⁸, des correspondants de la CNIL ou encore des personnes responsables de l'accès aux documents administratifs (PRADA) pour la CADA¹²⁹. Si elle permet d'apporter des informations aux autorités, la désignation d'un interlocuteur dans les entreprises (dialogue régulier), que l'on a déjà pu évoquer précédemment, est aussi un vecteur de l'information prodiguée par les autorités au sein des entreprises¹³⁰.

338. En conclusion, cette liberté de diffusion, dans ses modalités matérielles de mise en œuvre, ne trouve de limites que dans des considérations d'opportunité et, de façon plus pragmatique, dans les moyens financiers et humains dont disposent les autorités. Ceci explique que la publication *via* le site internet soit une solution fortement privilégiée. Aucune forme de diffusion n'est par ailleurs exclusive l'une de l'autre. Ce sont leur combinaison et leur

¹²⁷ Louis SCHWEITZER, président de la HALDE, a publié un livre grand public portant sur les discriminations pour le président de la HALDE (L. SCHWEITZER, *Les discriminations en France, op. cit.*). Par ailleurs, le caractère informel de ce pouvoir de diffuser l'information dans une perspective pédagogique peut aller jusqu'à participer à des projets de film documentaire. C'est le cas de Jean-Marie DELARUE et des contrôleurs de l'autorité qui ont participé au documentaire de création intitulé « À l'ombre de la République » réalisé par Stéphane MERCURIO (ISKRA, 2011, 100 min, HDV). En plus d'attirer l'attention sur l'existence de l'institution, ce film participe à la conscientisation de l'opinion publique sur la situation des lieux d'enfermements.

¹²⁸ Ainsi, dans leurs travaux sur le Médiateur de la République, les sociologues de la mission de recherche « Droit et justice » sur le Médiateur de la République soulignent que « si [leurs] observations lors des permanences [leurs] permettent de confirmer l'extraordinaire diversité des cas proposés à l'attention du [délégué du Médiateur (DMR)], il n'en reste pas moins que la présentation qu'en fait ce dernier DMR est pour le moins aveugle à ce qui constitue pourtant plus de la moitié du travail réel de « ces délégués, c'est-à-dire non pas une intervention qui pourrait déboucher sur des propositions de réforme [...], non plus des interventions qui conduisent à modifier la conduite d'administration, mais de démarches catégorisées par l'institution elle-même « d'informations/orientations » (A. REVILLARD et al., *La fabrique d'une légalité administrative: sociologie du médiateur de la République*, Paris, France, Mission de recherche droit et justice, 2011, p. 207 et 221).

¹²⁹ La CADA ne se conçoit toutefois pas uniquement comme un « aiguillon ». Consciente des contraintes qui pèsent sur les administrations et du caractère nécessairement annexe de l'activité de communication de documents, elle s'investit fortement dans la sensibilisation, l'information et la formation aux règles d'accès aux documents administratifs. À cet égard, on observe que cette mission s'est considérablement renforcée depuis la création, par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 (*JORF*, n° 131 du 7 juin 2005, p. 10022, texte n° 13), de la fonction de « personne responsable de l'accès aux documents administratifs » (PRADA), interlocuteur unique de la Commission dans les administrations d'État, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de plus de 10 000 habitants et de nombreux établissements publics (A. LALLET et J.-P. THEILLAY, « La Commission d'accès aux documents administratifs à trente ans », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2008, pp. 1415-1420).

¹³⁰ Voir la section intitulée « Sensibiliser, mobiliser, pousser les entreprises à agir » dans L. SCHWEITZER, *Les discriminations en France*, Paris, Robert Laffont, 2009, p. 102 et s.

complémentarité qui vont permettre d'atteindre un public ciblé ou d'assurer une diffusion de l'information répétée et suffisamment large afin d'en renforcer l'influence.

§3 L'encadrement limité de la diffusion de l'information

339. Le pouvoir de diffusion des AAI rencontre certaines limites justifiées par le souci de protection des droits des personnes d'une part et par le bon fonctionnement de l'administration exécutive ou judiciaire d'autre part. Dès lors, ces limites ne sont pas seulement d'ordre fonctionnel (A), mais concernent également, de façon cohérente, le contenu de l'information diffusée (B).

A. La levée progressive des limites fonctionnelles à la diffusion de l'information

340. Les autorités, consultées de manière facultative ou obligatoire sur les projets et propositions de lois, de décret ou sur l'évaluation d'une situation doivent respecter les règles propres à ce type de procédure, à l'instar de n'importe quel organe consultatif. Or, en matière de publication, il existe de nombreuses restrictions fonctionnelles dont la plus importante réside dans le principe du secret des avis dès lors qu'il constitue un document préparatoire à une décision administrative. Sur ce point, si les AAI ne font *a priori* pas exception, on observe néanmoins une tendance qui consiste à lever ces limites aux bénéfices des instances dont l'un des modes d'intervention repose sur l'exercice d'une magistrature d'influence

341. Avant de poursuivre, notons que l'absence de diffusion des avis consultatifs ou l'interdiction de leur diffusion n'aboutit sur le plan théorique à leur exclusion des procédés participant à l'exercice d'une magistrature d'influence. Certes, une telle restriction réduit leur influence par une mobilisation tardive de l'opinion, voire en privant l'autorité d'une partie de l'audience concernée par son avis. Nonobstant, l'influence d'un avis ne dépend uniquement d'une manifestation particulière de sa diffusion, à savoir sa publicité au *Journal officiel* ou dans la presse généraliste ou spécialisée. Pour le dire autrement, si la maîtrise de la diffusion de l'information apparaît comme une caractéristique importante de l'exercice d'une magistrature d'influence, elle n'en épuise pas pour autant les manifestations. Cependant, se fondant sur la distinction entre les avis préparatoires et les avis dits « spontanés », certains auteurs ont fait de cette différence le critère permettant de distinguer deux types d'avis correspondant à deux fonctions distinctes : les « avis-régulation »¹³¹ d'une part, c'est-à-dire un « avis qui cherche à

¹³¹ La paternité de cette locution revient à Jacques RAYNARD lors de sa participation au colloque sur *L'inflation des avis* (J. RAYNARD, « Domaines et thèmes des avis » dans *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 27). Elle a connu un succès relatif auprès des juristes qui ont tenté de penser la fonction de régulation comme une fonction singulière (L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif*

usurper le rôle de la prescription », et les actes consultatifs traditionnels¹³² d'autre part, sollicités le plus souvent et qui ne communiquent qu'une opinion. Or, si cette distinction est commode pour affirmer la singularité de concepts tels que le « droit souple »¹³³ ou celui de « régulation »¹³⁴, elle s'avère néanmoins inopérante si l'on attache une importance à la nature et à la portée de l'avis¹³⁵. Certes le pouvoir de rendre public un avis permet d'accroître son influence par le soutien de l'opinion publique ou par la sensibilisation des acteurs du secteur régulé¹³⁶, toutefois l'influence d'un avis repose d'abord sur le magistère moral de l'institution dont les conditions résident dans le statut, la composition et la qualité de l'expertise de l'autorité émettrice de l'avis, bien plus encore que dans sa diffusion¹³⁷. *In fine*, les avis consultatifs qui ne sont pas spontanés, loin de n'exercer aucune influence, sont l'expression contrainte d'une manifestation de la magistrature d'influence.

342. D'abord, et en dépit des observations précédentes, l'obligation de secret qui pèse sur les avis pris dans le cadre de l'édition d'une décision repose sur la distinction entre les documents préparatoires à une décision administrative et les documents non préparatoires assimilables à des documents administratifs conformément aux dispositions du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA)¹³⁸. Dès lors que les avis s'inscrivent dans une procédure d'édition d'une décision administrative, ils sont assimilables à des documents préparatoires. En vertu de l'article L311-2 al. 2 du CRPA, ces documents ne sont pas publiables « tant que la décision administrative est en cours d'élaboration ». Leur diffusion est donc subordonnée à l'intervention de la décision qu'ils préparent. Cette disposition se justifie afin d'éviter qu'une publicisation précoce de l'avis entrave l'action administrative en portant à la connaissance du

français, *op. cit.*, p. 311-315 ; B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, *op. cit.*, p. 215 et s).

¹³² Pour Laurence CALANDRI, ce mode de publicité conforte l'idée selon laquelle dans ce cas l'avis est différent dans sa fonction de celle d'un avis consultatif classique : « l'«avis-régulation» n'est pas soumis, comme ce dernier, à la règle du secret ou à celle d'une diffusion restreinte au seul demandeur de l'avis, il fait, au contraire, l'objet d'une diffusion générale » (L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009, p. 36).

¹³³ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, *op. cit.*, p. 215 et s.

¹³⁴ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 265.

¹³⁵ Qu'il soit spontané ou préalable à l'édition d'une décision, il conserve *in fine* la même nature juridique à savoir celle d'un acte non décisoire relevant de l'ordre du conseil.

¹³⁶ T. REVET, « Rapport introductif » dans T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 8.

¹³⁷ Dans ce sens, Hélène SIMONIAN-GINESTE, par une approche institutionnelle des organismes consultatifs, a mis en lumière l'évolution du phénomène de la consultation par l'autonomisation desdits organes vis-à-vis de l'autorité consultante. Pour l'auteure, les institutions se trouvent en définitive « l'une face à l'autre, défendant des intérêts distincts » (H. SIMONIAN-GINESTE, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », *RDP*, 1999, p. 1129).

¹³⁸ Articles L300-2 et L311-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

public des éléments d'information qui, nourrissant l'action du responsable d'une décision, peuvent le faire hésiter entre plusieurs solutions avant de prendre parti. Concernant la diffusion des avis donnés aux juridictions, ils font l'objet d'une restriction similaire aux documents préparatoires¹³⁹. Dans ce cas, cette restriction se justifie en raison surtout du principe de séparation des pouvoirs : l'exercice d'une influence avant le prononcé d'un jugement par un appel à l'opinion publique générale ou sectorielle présente le risque de peser de façon exagérée sur l'office du juge¹⁴⁰. Il en va ainsi, par exemple, des avis de l'Autorité de la concurrence aux juridictions, qui ne peuvent être publiés au Bulletin Officiel de la Concurrence (BOCCRF), sur son site ou dans son rapport d'activité, qu'après le prononcé de la décision pour laquelle ils ont été demandés¹⁴¹.

343. Ensuite, les règles de publication après l'intervention de la décision diffèrent suivant le mode de saisine concernée. Lorsque l'avis ou la recommandation est adopté sur saisine d'office, la publication n'est soumise à aucune limitation. Ainsi, l'avis de l'Autorité de la concurrence portant « sur toute question de concurrence » adopté sur saisine d'office fait l'objet d'une publication systématique¹⁴². Il en va autrement lorsque l'avis est adopté sur saisine d'une autorité publique ou d'un organisme privé. Dans ce cas, dans le silence des textes¹⁴³, leur publication est *a priori* soumise à l'accord du saisissant. Ils devraient être en principe seulement notifiés et n'être diffusables qu'après l'obtention de l'accord du Gouvernement ou des organisations professionnelles¹⁴⁴. Toutefois, la pratique de l'Autorité de la concurrence contredit cette lecture, celle-ci organisant la diffusion de ses avis au regard de la spécificité de leur contenu. Ceci s'explique notamment car les avis sollicités portant « sur toute question de concurrence » ne s'inscrivent pas dans une procédure d'édition d'une décision. Ils ne sont pas qualifiables de documents préparatoires. Un avis consultatif ne peut être qualifié de préparatoire que s'il se rapporte à une question précise sur laquelle l'organe délibérant n'a pas encore délibéré¹⁴⁵. Dans l'hypothèse de l'avis de l'Autorité sur « toute question de concurrence », celui-ci s'apparente d'abord à une demande d'information susceptible d'intéresser l'ensemble

¹³⁹ Si l'Autorité de la concurrence peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles (article L462-3 du Code de commerce), l'avis qui en résulte ne peut toutefois être publié qu'après le non-lieu ou le jugement définitif de l'affaire (article L462-3 al. 4 du même Code).

¹⁴⁰ Cf. P3. T1. Ch.1. Sect.2.

¹⁴¹ Article L462-3 du Code du commerce.

¹⁴² Article L462-4 du Code de commerce.

¹⁴³ Par exemple, l'article L462-1 du Code de commerce ne prévoit aucune mesure de publicité.

¹⁴⁴ N. JALABERT-DOURY, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence: le point de vue des entreprises », art cit, p. 45.

¹⁴⁵ CADA, avis n° 20083995 du 23 octobre 2008, *Préfet de la Loire*.

des acteurs du secteur concerné. Cette précision met l'accent sur l'idée que la détermination du caractère préparatoire tient moins au moment de l'intervention de l'avis et à son caractère sollicité qu'à son contenu et sa vocation.

344. Enfin, en ce qui concerne les avis donnés au Gouvernement, il demeure une exception qui s'avère en contradiction avec la mission de conseil de certaines AAI. En effet, en vertu de l'article L311-5 du CRPA, certains documents sont couverts par l'exception tirée du secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif. Ces documents ne sont communicables qu'au terme du délai de soixante ans fixé en la matière par le e) de l'article L. 213-3 du Code du patrimoine. La question s'est posée à propos d'un avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) relatif au projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Or, au titre de ses missions, la CNIL « est consultée sur tout projet de loi »¹⁴⁶ relatif à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés. Toutefois, la loi demeure silencieuse sur la publicité de l'avis ainsi rendu. C'est pourquoi la CNIL a saisi en 2006 la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) d'une demande de conseil sur les conditions dans lesquelles il était possible de communiquer les avis rendus sur ce fondement. Dans sa réponse, la CADA a estimé que même lorsqu'il a perdu son caractère préparatoire, l'avis de la CNIL se rapportant à « des dossiers examinés en conseil des ministres, c'est-à-dire les projets de loi, projets d'ordonnance et de décrets » n'était dès lors pas communicable sans l'autorisation du Gouvernement¹⁴⁷. C'est la raison pour laquelle, en dépit des nombreuses demandes qui lui ont été adressées en 2009, la CNIL s'est refusée à communiquer l'avis rendu sur l'avant-projet de loi relatif à la loi HADOPI 1, alors même que son avis a fait l'objet de « fuites » et s'est retrouvé sur des sites de presse.

345. Dans son rapport de 2008, la CNIL a dénoncé le caractère insatisfaisant de la situation l'empêchant de transmettre son avis aux parlementaires¹⁴⁸. D'abord, ces derniers ne peuvent prendre connaissance d'un avis de la Commission rendu sur des questions dont ils ont à débattre. Ensuite, l'avis de la CNIL est rendu sur un texte qui évolue fortement, sous l'influence de ses demandes et de celles formulées par le Conseil d'État. Le Parlement se retrouve donc

¹⁴⁶ Article 11 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 12 août 2016.

¹⁴⁷ CADA, Avis n° 20103832, *Président de la (CNIL)*, séance du 14 octobre 2010.

¹⁴⁸ Cette opinion a été exprimée par E. DE GIVRY dans un entretien publié dans le *Rapport d'activité 2008* de la CNIL (Paris, La Documentation française, 2009, p. 77).

face à une « procédure fantôme »¹⁴⁹, puisque deux avis essentiels à la compréhension d'un texte sont maintenus dans l'ombre. Pour remédier à cette situation, la CNIL a proposé une modification de son texte constitutif afin que les parlementaires soient destinataires de ses avis sur des projets de loi concernant la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁵⁰. Une modification de l'article 11, 4° a) est entrée en vigueur le 14 mai 2009¹⁵¹. Il dispose qu'« à la demande du président de l'une des commissions permanentes prévue à l'article 43 de la Constitution », l'avis de la Commission sur tout projet de loi est rendu public. Sans donner la maîtrise de la diffusion à la CNIL, le législateur permet néanmoins un accès à son expertise.

346. En conclusion, dans sa thèse sur l'administration consultative publiée en 1968, Yves WEBER insistait sur une caractéristique essentielle de l'acte consultatif : celui-ci « est en principe secret et sa publicité éventuelle relève de l'autorité destinataire »¹⁵². Toutefois, il relevait une exception, en se basant sur l'exemple du Conseil économique et social, au profit d'organes qui au regard de leur « autonomie accentuée ont le privilège »¹⁵³ de pouvoir publier leur avis. Or, il apparaît qu'il ne s'agit pas d'un « privilège » fondé sur le statut d'indépendance de l'instance en question, mais que celui-ci est précisément lié à la portée de l'avis, son utilité au débat démocratique ou, à l'inverse, de la nécessaire limitation de l'influence dans certains cas. Dès lors, si un tempérament au principe du secret des avis consultatifs tend désormais à se généraliser au profit des instances indépendantes, celui-ci est maintenu dans certains cas lorsqu'il s'agit de préserver le bon déroulé de l'action administrative ou de la justice. D'ailleurs, la volonté de publiciser les avis du Conseil d'État confirme cette tendance¹⁵⁴. Ainsi que le relève Pascal GONOD, la publicité donnée de fait aux « avis parlementaires » délivrés sur le fondement de l'article 39.5 de la Constitution¹⁵⁵ laissait présager depuis 2008 que l'exécutif accède tôt ou

¹⁴⁹ Proposition de loi n° 139 tendant à rendre publics les avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur les projets de loi (2008-2009), présentée par A. TÜRK, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 décembre 2008, Sénat, p. 3.

¹⁵⁰ CNIL, Lettre d'information n° 2 à l'intention des parlementaires, « La CNIL souhaite pouvoir communiquer ses avis sur les projets de loi aux parlementaires », novembre 2008.

¹⁵¹ Article 104 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, n° 0110, 13 mai 2009, p. 7920, texte n° 1.

¹⁵² Y. WEBER, *L'administration consultative*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 146.

¹⁵⁴ L.-A. BOUVIER, « Vers la fin du secret des avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi ? », *AJDA*, 23 mars 2015, n° 10, p. 553-562.

¹⁵⁵ Voir sur ce point : M. TODOROVA, « Le Conseil d'État, conseiller du Parlement : premier bilan », *RFDC*, 16 avril 2013, n° 93, n° 1, p. 125-148.

tard à la demande de publicité des « avis gouvernementaux »¹⁵⁶. La publication croissante des avis du Conseil d'État ou des autorités administratives indépendantes montre précisément une transformation de la perception de l'expertise *lato sensu*, y compris avant l'achèvement de la procédure décisionnelle.

B. Le maintien de limites matérielles à la diffusion de l'information

347. L'étude des procédés de recueil de l'information a montré que la protection des divers secrets ne fait pas, dans la majorité des cas obstacle, au pouvoir des AAI de recueillir l'information, dès lors que l'obtention de l'information apparaît nécessaire à l'accomplissement de leurs missions. Néanmoins, c'est lors de l'étape de la diffusion de l'information, ou plus précisément de la diffusion de leur expertise, que les autorités sont susceptibles de porter directement atteinte aux intérêts des parties ou de l'État en divulguant des informations sensibles, et de ce fait protégées ou classifiées. Il en résulte donc qu'un moindre recours aux limitations à l'accès aux informations se double logiquement d'une exigence stricte de non divulgation lors de la publication de leur expertise des informations protégées lorsque celles-ci ne sont pas nécessaires à l'efficacité de la mission.

348. Paradoxalement, si les textes constitutifs des AAI prévoient le plus souvent la soumission de leurs membres et de leur personnel au secret professionnel, ils s'avèrent moins précis quant à la compétence de publication de l'information recueillie. Dans le cadre de l'exercice de leurs missions, les textes constitutifs des autorités ne prévoient pas toujours le respect des règles de confidentialité. Par ailleurs, l'encadrement au cas par cas par le législateur est compliqué par la diversité des modes de diffusion de l'information par les autorités.

349. Dans une décision du 12 octobre 2009, le Conseil d'État a rattaché ces manifestations de la magistrature d'influence au régime juridique de la diffusion des documents administratifs tel que consacré à l'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 relative à l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés, codifié depuis une ordonnance du 23 octobre 2015 à l'article L312-1 du CRPA¹⁵⁷. Dans sa décision, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser le régime juridique applicable à la publication d'une recommandation émise par la Haute Autorité de Santé (HAS), publiée sur son site internet, dans laquelle celle-ci exprimait sa préférence pour la non inscription d'une spécialité sur la liste des spécialités remboursables par

¹⁵⁶ P. GONOD, « La publicité des avis du Conseil d'État », *AJDA*, 2 mars 2015, n° 7, p. 369.

¹⁵⁷ Annexe de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, *JORF*, n° 0248, 25 octobre 2015, p. 19872, texte n° 2.

la Sécurité sociale¹⁵⁸. Le juge estime que « la publication de la recommandation du 17 avril 2008 sur le site internet de la Haute autorité est autorisée par les dispositions de l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978 en vertu desquelles les administrations peuvent rendre publics les documents administratifs qu'elle élabore ou détient et ne porte pas atteinte aux secrets protégés par cette loi ». Par cette décision, le Conseil consacre un fondement juridique général au pouvoir de diffuser l'information. En vertu de ces dispositions, les autorités administratives indépendantes peuvent rendre publique toute information qu'elles produisent ou reçoivent dès lors que le support est assimilable à des « documents administratifs ». Or, l'article L300-2 du CRPA listant les documents administratifs est énoncé de façon suffisamment large permettant d'y inclure les avis et recommandations spontanées des AAI. En effet, « sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions, codes sources et décisions ». Ce rattachement présente l'avantage de soumettre la diffusion des informations produites ou recueillies par les AAI à un régime juridique garantissant le respect des intérêts des particuliers et de l'État. Par conséquent, si la HAS est en droit de rendre publiques, *via* son site internet, les analyses ou autres recommandations qu'elle élabore ou détient, elle doit néanmoins respecter le régime applicable à la diffusion des documents administratifs. Ainsi, par les obligations attachées au régime de la diffusion des documents administratifs, en vertu de l'article L312-1-2 du CRPA, les autorités ne peuvent rendre public un document administratif qu'après avoir fait l'objet d'un traitement qui garantit le respect des secrets ou leur caractère anonyme¹⁵⁹. La diffusion des données sous une forme agrégée garantissant leur caractère anonyme doit permettre de concilier la bonne information du public et la protection des secrets et les droits des personnes.

¹⁵⁸ CE, 12 octobre 2009, n° 322784, *Société GlaxoSmithKline Biologicals et Société Laboratoire GlaxoSmithKline*, T. Lebon p. 598 ; *RDSS*, 2010, p. 165, obs. C MASCLET ; *Revue générale de droit médical*, décembre 2010, n° 37, p. 285, L. CALANDRI.

¹⁵⁹ La mention à l'article L312-1-2 est plus sévère que l'anonymisation stricte. Elle constitue une exigence complémentaire des « secrets » concernant le contenu des avis ou des recommandations. Le plus souvent, ces derniers sont seulement notifiés à l'intéressé et, lorsqu'ils ont un intérêt doctrinal, anonymisés avant leur publication.

350. Ces restrictions sont susceptibles d'entraver le bon accomplissement des missions d'informations des autorités administratives indépendantes. En effet, les limites apportées au pouvoir de diffuser l'information en raison de la protection d'un secret peut poser des difficultés à l'autorité qui doit à la fois respecter cette protection et assurer l'efficacité de sa mission d'information qui repose sur l'appui de l'opinion publique ou de l'opinion du secteur régulé. Lorsque la mission de régulation remplie par l'autorité l'exige, le législateur peut prévoir des exceptions au principe. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la régulation du marché bancaire ou la protection de la clientèle des banques et des assurances, le législateur a estimé nécessaire d'autoriser l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) de dévoiler des secrets d'affaires dès lors que l'accomplissement de ses missions l'exige (police administrative, etc.). Au terme d'une disposition du Code monétaire et financier, l'Autorité peut « porter à la connaissance du public » certaines informations concernant des opérateurs soumis à son contrôle sans que le secret professionnel ne lui soit alors opposable¹⁶⁰. Lorsque le législateur ne prévoit aucune dérogation, les autorités développent parfois des pratiques de diffusion des informations de façon à préserver le secret tout en assurant sa mission d'information de façon efficace. À cet égard, la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), dont la mission revient à se prononcer sur l'opportunité de déclassifier des documents protégés par le secret¹⁶¹, en offre une illustration concrète. La publication de ses avis comporte un risque non négligeable de divulgation d'informations protégées par le secret de la défense nationale et donc une violation de l'esprit de la loi du 8 juillet 1998 tel qu'il ressort des débats parlementaires¹⁶². Dans son article 8, la loi prévoit que la CCSDN publie le « sens de l'avis » au *Journal officiel*. Il est ainsi opérée une distinction entre le « sens de l'avis » et l'avis lui-même. L'organisation de la publicité des avis de la commission par le législateur s'est faite *a minima* avec le souci de préserver le secret de la défense nationale¹⁶³. La publication ne doit donc comporter que la mention relative à l'opinion favorable ou défavorable à la déclassification. L'analyse des débats parlementaires permet d'affirmer que le législateur a entendu exclure toute motivation du « sens de l'avis » car, ce dernier ayant vocation à être

¹⁶⁰ L'article L612-1 du CMF.

¹⁶¹ Article L2312-1 du Code de la Défense.

¹⁶² Compte-rendu intégral des débats, Assemblée nationale, 12 février 1998, p. 29.

¹⁶³ Il est prévu à l'article 8 de la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale (*JORF* n°157 du 9 juillet 1998, p. 10488) que « dans le délai de quinze jours francs à compter de la réception de l'avis de la commission, ou à l'expiration du délai de deux mois mentionné à l'article 7, l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées. / Le sens de l'avis de la commission est publié au *Journal officiel de la République française* ».

publié, une explicitation de ses motifs par la Commission pourrait aboutir à révéler des informations protégées¹⁶⁴. La communication de la CCSDN – l’information de l’opinion publique – se limite donc au minimum¹⁶⁵.

351. C’est au regard de ce dispositif légal que doivent être appréhendées certaines pratiques de la Commission qui consistent à expliciter ses avis sans les motiver, afin d’en améliorer la lisibilité et la portée¹⁶⁶. Pour ce faire, elle retient au besoin une interprétation extensive de ses attributions légales. Il peut arriver par exemple que la CCSDN communique des éléments de motivation dans son avis lorsque ces derniers sont d’une « nature purement juridique, selon les particularités des affaires en cause »¹⁶⁷. De plus, la Commission, dans un souci d’efficacité de son contrôle, a développé une pratique plus à même de renforcer l’impact de la publicité systématique de ces avis en distinguant les avis publiés des avis communiqués aux autorités destinataires et en adoptant une conception extensive du « sens de l’avis »¹⁶⁸. Dans son rapport du 1^{er} juillet 2003, elle présentait d’ailleurs la publication de ces précisions matérielles comme une condition nécessaire, d’une part, à l’intelligibilité de ses avis de déclassification partielle et

¹⁶⁴ La position des rapporteurs des deux assemblées, partagée par le ministre de la Défense, est claire sur ce point. La motivation de l’avis, si motivation il y a, ne doit pas être publiée, en effet, car « pour motiver le sens de son avis, la commission fera forcément usage du contenu du dossier sur lequel elle aura été amenée à se prononcer. Cette motivation sera communiquée à l’autorité de classification pour que celle-ci se prononce ; il est en revanche, vous le comprenez, tout à fait préjudiciable qu’elle soit rendue publique » (Ministre de la Défense, Compte-rendu intégral des débats, AN, 12 février 1998, p.29 ; J.-P. AMOUDRY, Avis pour la Commission des lois, *JO débats*, Sénat, n° 327, 24 mars 1998).

¹⁶⁵ La CCSDN compte parmi les rares AAI qui ne possède pas de site Internet et ne procède à aucune communication particulière autour de ses avis. Par ailleurs, la Commission ne maîtrise pas la publication de ses avis dont le régime est prévu à l’article 8 de la loi du n° 98-567 du 8 juillet 1998 (*précitée*). Aux termes de cet article, les avis font l’objet d’une publication spécifique au *Journal officiel* (cf. difficulté de relation entre SGG et ministre).

¹⁶⁶ Sur ce sujet : P. TÜRK, « Six ans d’activité de la Commission consultative du secret de la Défense nationale », *LPA*, juin 2005, n° 125, p. 24 et s.

¹⁶⁷ CCSDN, *Rapport 2010-2012*, Paris, La Documentation française, 2013, p. 57.

¹⁶⁸ Dans l’hypothèse d’un avis dont le sens est favorable à une déclassification partielle, la Commission adopte une technique de diffusion qui consiste à en préciser le champ exact. Ainsi, dans son rapport de 2001, elle se déclarait décidée à « préciser au ministre, et à lui seul, les limites du périmètre de déclassification » (CCSDN, *Rapport 2001-2003*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 31 et s). et à être, à son égard, plus explicite que ne l’y autorise le simple alinéa 3 de l’article 7. Il s’agit d’indiquer à l’autorité administrative la liste exhaustive des pièces et documents dont la déclassification est préconisée. On peut considérer que ces explications complémentaires ont été autorisées par le législateur, dès lors que celui-ci a entendu distinguer le contenu de l’avis, destiné au seul ministre, de son sens, qui doit être publié conformément à l’article 8 de la loi du 8 juillet 1998 (*précitée*). Mais, en réalité, les précisions apportées par la Commission relatives au champ des données concernées, en cas de déclassification partielle, ne sont pas réservées à l’autorité administrative. Elles sont, en pratique, assimilées au sens de l’avis et donc publiées au *Journal officiel*. Le « relevé d’observation » consiste à assortir la transmission des avis d’une lettre ou d’un relevé d’observations à l’intention de l’autorité administrative auteur de la saisine. Ces observations portent sur la procédure de déclassification (délai, difficultés rencontrées, motivation,...) et sur la « grille de lecture » de la Commission ; dès lors, il est clair que ces observations ne peuvent être destinées qu’à la seule information du ministre, dans le cas contraire, le risque d’affaiblir la protection des informations qui devront être classifiées (CCSDN, *Cinquième rapport de la Commission consultative du secret de la défense nationale*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 58-59).

d'autre part, à la possibilité, pour la juridiction comme pour le public, de vérifier dans quelle mesure l'autorité administrative a tenu compte de l'avis qui lui a été rendu. Elle souligne ainsi l'importance d'une publication complète pour rendre efficace le contrôle de l'opinion et du juge sur l'attitude de l'autorité administrative en cas de déclassification.

352. Pour ce faire, la Commission a adopté une rédaction de plus en plus précise de ses avis favorables à la déclassification. Elle ne se contente plus, comme elle le faisait dans les premiers temps de son activité, de se déclarer favorable à la déclassification des « documents demandés par le magistrat », mais indique la liste des documents, les éléments précis d'information et, notamment, le nombre et la nature des feuillets ou pièces concernés¹⁶⁹. Dans son rapport de 2005, la Commission consacre cette pratique en précisant les références qu'elle estime indispensables de faire figurer, à savoir le nombre de pièces, de feuillets, leur configuration, leur identification, les mentions, notes, paragraphes ou rubriques concernés ou exclus par l'avis¹⁷⁰. La Commission se défend de toute pratique violant la lettre ou l'esprit de la loi en indiquant que « ces mentions subsidiaires », dont la publicité est assurée, « ne sauraient nullement être assimilées à une motivation »¹⁷¹, mais visent seulement à « assurer pleinement le rôle que le législateur a voulu lui confier dans le cadre complexe du mariage du secret et de la transparence »¹⁷². Ainsi, en développant ses techniques de diffusion, la Commission adopte une conception extensive de la notion de « sens de l'avis », dont le législateur a prévu la publication, afin de remplir sa mission et d'exercer pleinement sa magistrature d'influence.

353. En définitive, ainsi que le précise la décision du 12 octobre 2009, les autorités peuvent, sous réserve de dérogations expresses, diffuser une information dès lors qu'elle n'est pas contenue dans un document préparatoire et que son contenu respecte les règles de confidentialités prévues aux articles et suivants du CRPA.

¹⁶⁹ CCSDN, *Rapport 1998-2004, op. cit.*, p. 43 et s. Est exemplaire sur ce point l'avis 2010-10 du 1^{er} octobre 2010 relative à l'affaire Ben Barka qui mentionne de manière précise, dans un tableau, l'ensemble des pages des documents sous scellés pour lesquelles la Commission est favorable à une déclassification.

¹⁷⁰ Ainsi, à l'issue du travail en séance plénière, il est procédé à l'adoption du « sens de l'avis », puis à la rédaction collégiale du texte de l'avis publié au *Journal officiel*. Cette procédure est indispensable dès lors que le sens de l'avis doit parfois être complété d'un certain nombre de renseignements dont la précision ne doit laisser place à aucune équivoque, mais qui dans le même temps ne doit pas rendre possible une éventuelle compromission du secret de la défense nationale dans l'hypothèse où le ministre ne suivrait pas l'avis favorable à une déclassification totale ou partielle de la CCSDN (*Ibid.*, p. 59).

¹⁷¹ CCSDN, *Rapport 2001-2003, op. cit.*, p. 32.

¹⁷² CCSDN, *Rapport 1998-2004, op. cit.*, p. 32.

Section 2. Le pouvoir de stigmatiser

354. Le second volet du pouvoir de diffusion de l'information, plus radical, consiste à stigmatiser publiquement le comportement d'une administration ou d'une personne mis en cause en raison d'un comportement non conforme aux dispositions en vigueur ou jugé incompatible avec les valeurs promues par l'autorité. Cette pratique, qui consiste à porter atteinte à la réputation, est une importation de techniques d'action liées à la tradition anglo-américaine de *naming and shaming*, que l'on traduira par la formule « nommer puis stigmatiser »¹⁷³. En droit interne, l'émergence de cette pratique coïncide avec le développement des AAI. Dans une communication publiée en 1977 intitulée « La redéfinition du judiciaire », Michel FOUCAULT, s'intéressant aux autorités administratives indépendantes¹⁷⁴, considère que « ces sanctions d'un type relativement nouveau »¹⁷⁵ caractérisent l'originalité des institutions évoquées. Le procédé consistant à publier des rapports et des avis pour dénoncer, nommer ou critiquer, traduit selon lui l'émergence d'un « système de blâme »¹⁷⁶ s'appuyant sur l'opinion publique. Au sens figuré, « stigmatiser » consiste à dénoncer, blâmer ou critiquer publiquement avec sévérité une personne ou une institution pour un fait que l'on juge moralement condamnable ou répréhensible¹⁷⁷. La diffusion remplit ainsi une « fonction sociale de dénonciation – de mise au pilori »¹⁷⁸.

355. Son développement, tant en droit international¹⁷⁹ qu'en droit interne, s'explique car l'action sur la réputation est considérée parfois comme plus efficace que l'action par le droit pour lutter contre certains phénomènes difficiles à appréhender au travers d'actes juridiques

¹⁷³ Elle se définit comme « *the activity of saying publicly that a person, company, etc. has behaved in a bad or illegal way* » (Entrée « NAME AND SHAME » dans *Cambridge Dictionary*, Cambridge University Press, 2016 (dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/name-and-shame?fallbackFrom=english-french, consulté le 12 juin 2016)).

¹⁷⁴ Les autorités auxquelles Michel FOUCAULT fait référence dans sa communication sont le Conseil de la consommation, de l'audiovisuel, de la presse et enfin une « délégation aux libertés avec des inspecteurs et un délégué général aux libertés » qui sont respectivement les ancêtres ou les équivalents du Commission de la sécurité des consommateurs, du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'actuel Défenseur des droits.

¹⁷⁵ M. FOUCAULT, « La redéfinition du judiciaire », art cit, p. 57.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Entrée « STIGMATISER », *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, ATILF - CNRS & Université de Lorraine, atilf.fr/tlfi.

¹⁷⁸ Serge SLAMA, « Premier rapport spécial de la HALDE : une mise au pilori bien inoffensive », *Blog Droit administratif*, 15 novembre 2006 (blogdroitadministratif.net/index.php/2006/11/15/113-premier-rapport-special-de-la-halde-une-mise-au-pilori-bien-inoffensive, 15 novembre 2006, consulté le 4 juillet 2014).

¹⁷⁹ Par exemple, les multiples procédures de contrôle sur rapport, parfois qualifiées de « monitoring », reposent en partie sur ce procédé de stigmatisation. Ainsi, au niveau du Conseil de l'Europe, les mécanismes de contrôle non contentieux des droits de l'homme fournissent de nombreux exemple du développement de la publicité des rapports comme moyen de pression voire, dans le cas des publications spéciales, comme moyen de pression basé sur la stigmatisation.

déterminés. Toutefois, la contrainte morale que subissent parfois les sujets interroge sur le caractère opératoire de la distinction entre simple pression et sanction, entre incitation et punition, et, *in fine*, entre influence et injonction (§1). À cet égard, si l'on admet le caractère punitif de certaines diffusions, la possibilité d'y appliquer, sous certaines conditions, un régime procédural proche de celui des sanctions administratives doit être envisagé (§2).

§1 La stigmatisation, une sanction morale aux effets variables

356. Dans l'hypothèse de la stigmatisation, la diffusion de l'information perd sa dimension éducative ou indicative à l'égard de l'opinion publique ou d'une opinion spécifique pour acquérir une dimension incitative à l'égard de la personne dont le comportement est ainsi rendu public, voire une dimension punitive dans certains cas. Il n'est plus question d'encourager à adopter un comportement conforme à des objectifs que l'institution est chargée de poursuivre, mais bien de stigmatiser un comportement considéré comme non conforme aux normes juridiques en vigueur ou aux normes éthiques dont l'institution est chargée de veiller à l'application.

357. L'usage de la stigmatisation par les autorités dans le cadre de leur mission respective ne repose pas uniquement sur les conséquences propres à la stigmatisation, à savoir l'atteinte à la réputation. En effet, cette atteinte constitue rarement une peine suffisamment dissuasive ni ne permet la réparation compensant le tort subi. Tenant compte de ces observations, la menace de la stigmatisation s'apparente davantage à un moyen pour les autorités d'exercer une pression favorisant le suivi de leurs recommandations (A). Elle constitue par ailleurs un moyen d'alerter les pouvoirs publics ou les acteurs d'un secteur concerné de la gravité d'une situation ou des risques attachés à un comportement (B).

A. La stigmatisation comme moyen de pression

358. Déterminer la frontière entre la simple pression et la sanction ayant le caractère de punition à la suite du non-respect d'une prescription émise par une autorité administrative n'est pas aisé. Sans doute est-ce lié au fait que le terme de sanction a pris une signification particulièrement étendue, notamment sous l'influence des travaux menés en sociologie¹⁸⁰. Cette démarche implique une étude détaillée des éléments du dispositif mis en place par le législateur ou encore des usages qu'en font les autorités. Pris dans une acception large, la stigmatisation est une sanction négative en ce qu'elle constitue la « réaction d'un groupe social ou d'une institution face à une certaine conduite, par laquelle s'exprime [...] la désapprobation de la

¹⁸⁰ Sur ce sujet : C.-A. MORAND, « La sanction », *Travaux CETEL*, mars 1990, n° 36, p. 16.

conduite que l'on sanctionne»¹⁸¹. Dans son principe, elle consiste à rendre public le comportement de la personne mise en cause et à mobiliser l'opinion publique ou une opinion sectorielle comme une instance de jugement¹⁸². Les ressorts de cette mesure sont avant tout d'ordre moral en ce qu'ils reposent sur le fait de susciter la honte, la culpabilité ou l'embarras de l'institution publique ou de la personne visée¹⁸³. La stigmatisation consiste à rendre public un état de fait ou un comportement. L'effet recherché se trouve dans la pression susceptible de résulter d'une potentielle atteinte à la réputation des acteurs publics ou privés visés¹⁸⁴.

359. Dans sa thèse sur le contrôle non juridictionnel de l'administration publiée en 1973, Alain-Serge MESCHERIAKOFF avait déjà pu identifier l'émergence de ce type de « sanction » à l'issue des interventions du Médiateur. De manière générale, il distinguait deux types de contrôle non juridictionnel de l'administration, selon que le contrôleur dispose ou ne dispose pas de compétences juridiques visant à la mise en conformité. Il conclut ainsi que « si tous les contrôles ont vocation à déboucher sur une action corrective, pour les uns cette vocation est d'ordre juridique, pour les autres elle reste morale, politique, psychologique, mais ne débouche pas sur une obligation juridique »¹⁸⁵. Tenant compte des effets de ce type de sanctions, Michel VIRALLY attirait l'attention sur la portée sous-estimée des recommandations en droit international qui bénéficieraient d'une telle sanction. En effet, si au regard des normes juridiques traditionnelles, la valeur des recommandations internationales dont la sanction réside dans un appel à l'opinion publique mondiale « peut paraître médiocre [...] [o]n aurait tort d'en sourire. Les gouvernements, à défaut des juristes épris d'absolu, savent combien ils doivent en tenir compte et, s'ils se résignent souvent à l'affronter, ils n'en éprouvent pas moins tout le poids »¹⁸⁶.

360. En créant des autorités administratives indépendantes exerçant à titre principal une magistrature d'influence, le législateur a tenu néanmoins à attribuer de manière explicite des outils permettant aux autorités de mener à bien leur intervention. Le pouvoir de stigmatisation

¹⁸¹ Entrée 2. « SANCTION » dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993.

¹⁸² M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit., § 8.1.2.

¹⁸³ A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *RESS*, 1 mai 2009, n° XLVII-144, p. 73-103.

¹⁸⁴ J. INGLES et J.-M. SALLES, « Régulation de l'activité des délégataires de services de l'eau et de l'assainissement », art cit., p. 45.

¹⁸⁵ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, op. cit., p. 100.

¹⁸⁶ M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Ann. fr. dr. int.*, 1956, vol. 2, n° 1, p. 96.

en fait partie. Ainsi, le Défenseur des droits¹⁸⁷, aux termes de l'article 25 al. 4, peut, lorsqu'il n'a pas été donné suite de manière satisfaisante à son injonction, rendre public un rapport spécial préalablement communiqué à la personne mise en cause et contenant, le cas échéant, sa réponse¹⁸⁸. Lorsqu'il publie ce rapport, il lève l'anonymat de la personne mise en cause. Par exemple, dans une décision du 31 octobre 2011, le Défenseur des droits avait estimé que la pratique d'un établissement de crédit consistant à refuser des crédits à la consommation à des demandeurs domiciliés dans les départements et régions d'outre-mer caractérisait une discrimination indirecte à l'encontre des populations ultramarines. Le Défenseur des droits avait recommandé à l'établissement d'ouvrir ses crédits aux départements et régions d'outre-mer. Au vu des refus répétés de l'établissement de crédit de suivre ses recommandations, le Défenseur a décidé d'établir un rapport spécial et a invité l'établissement en question à présenter ses observations avant une possible publication. Au regard de la mauvaise publicité qu'était susceptible d'occasionner une telle publication, l'établissement de crédit en question a informé le Défenseur de sa décision de se conformer à ses recommandations en ouvrant ses procédures aux départements d'outre-mer¹⁸⁹. Dans ce cas, la stigmatisation apparaît comme une sanction de nature morale dont la menace suffit à faire respecter la recommandation.

361. Il convient néanmoins de relativiser l'efficacité de ce moyen de pression en ce qu'elle varie nécessairement selon les interlocuteurs. En effet, la contrainte liée à l'impact commercial d'une mauvaise publicité apparaît comme suffisamment grave pour influencer le comportement d'une société ou d'une personne privée ayant un intérêt économique. Au contraire, il est permis de penser que la menace de rendre public le comportement d'une administration publique ait des répercussions moins concrètes. Ensuite, le pouvoir de « faire honte » – la « mise au pilori » – est d'un maniement plus délicat à l'égard des particuliers. En effet, l'opinion publique n'est pas une instance qui manie l'équité ou fait preuve de bienveillance¹⁹⁰. Là encore, livrer le nom de particuliers, d'administrateurs ou d'entreprises n'implique pas les mêmes conséquences que de stigmatiser une administration publique ou un ministère. Ainsi, les AAI disposant d'un tel pouvoir manifestent des hésitations à l'utiliser à l'encontre des particuliers. Le plus souvent, les recommandations émises par le Défenseur des droits – comme de l'ancienne HALDE – le sont dans la majorité des cas à l'état de documents anonymisés, sauf lorsque le réclamant est une

¹⁸⁷ Article 36 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497.

¹⁸⁸ Article 25 al. 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

¹⁸⁹ Défenseur des droits, décision MLD-2014-101, 2 septembre 2014 citée dans *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, janvier 2015, p. 130.

¹⁹⁰ S. SLAMA, « Premier rapport spécial de la HALDE : une mise au pilori bien inoffensive », art cit.

association ou que l'intimé est une administration¹⁹¹, c'est-à-dire lorsque les destinataires sont considérés, à tort ou à raison, comme ayant la capacité de se défendre ou de supporter une telle atteinte. On constate ainsi que l'impact de la démarche de stigmatisation dépend du statut du destinataire et de l'ampleur de sa diffusion. À cet égard, c'est moins la publication d'un rapport spécial au *Journal officiel* – qui manque quelque peu de visibilité – que sa médiatisation *via* une reprise par les médias généraux ou spécialisés qui optimise l'efficacité de l'action.

362. Paradoxalement, dans certains cas, la contrainte qui résulte de la stigmatisation est telle que le procédé relève plus de l'injonction que de l'influence. En effet, on distingue généralement trois types d'injonction selon la nature de la contrainte : légale, physique ou morale. Dans le cas de la stigmatisation, la menace ou la mise en œuvre d'une contrainte morale liée à l'atteinte à la réputation peut révéler la présence d'une injonction morale, c'est-à-dire une situation où le sujet ne peut refuser d'adopter le comportement prescrit « sans subir une tension subjectivement insupportable »¹⁹². Eu égard à son caractère parfois radical, la technique de stigmatisation a suscité des critiques dès sa mise en place au bénéfice de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), en tenant compte notamment du caractère sous-estimé de ses effets à l'encontre des particuliers¹⁹³. Certaines autorités ont manifesté leur opposition à ce type de diffusion privilégiant une communication sur leur activité générale et conservant le secret pour les cas particuliers. Ainsi, l'ancienne Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) soulignait que sa communication devait être « limitée au rapport annuel ». La Commission préférait garder le silence en ce qui concerne son activité de « conciliation »¹⁹⁴, le « pilori » ne pouvant se justifier que pour des faits d'une gravité telle que la justice soit saisie¹⁹⁵.

363. À ce stade, il convient de distinguer la pression exercée sur la réputation, qui peut résulter d'une telle mise en lumière, et la stigmatisation publique d'un comportement déterminé, ce qui revient à porter à la connaissance de tous des faits répréhensibles ou non conformes aux dispositions légales. La distinction réside dans la finalité et l'effet recherché entre ce que l'on

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² P. BRAUD, *Sociologie politique*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁹³ En 2005, la Commission FAUROUX, chargée de réfléchir sur les discriminations à l'emploi, se montrait « très réservée sur le procédé de « naming et shaming » qui a pour objet de désigner à la vindicte publique une entreprise ou une organisation apparue fautive à la suite d'un testing ». (R. FAUROUX, *La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi*, Paris, ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, p. 16, cité par S. BÉNICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, *op. cit.*, p. 172).

¹⁹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art cit, § 2.1.3.3.

¹⁹⁵ S. GOUHIER, « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens ? », art cit.

nommera l'influence par la stigmatisation – *naming and shaming* –, d'une part, et l'influence par la transparence – *sunshine regulation* – d'autre part. Sur ce point, le pouvoir de diffusion de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) offre une illustration concrète. Depuis la loi du 7 octobre 2016¹⁹⁶, l'article L342-3 al. 2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) dispose que le président de la Commission « publie régulièrement la liste des avis favorables émis par la commission ». Il est prévu notamment que cette liste « précise le nom de l'administration concernée, la référence du document administratif faisant l'objet de l'avis, les suites données, le cas échéant, par l'administration à cet avis ». Si cette disposition semble accroître la pression sur les administrations quant au suivi des avis de la Commission, elle n'en demeure pas moins en deçà de l'intention initiale du législateur. En effet, lors des débats parlementaire sur le projet de loi pour une République numérique, il était question de mettre en œuvre une véritable procédure de stigmatisation visant à sanctionner le non-respect par les administrations des avis favorables de la CADA. Un amendement voté prévoyait d'étendre les pouvoirs de la CADA afin de créer un « gendarme de l'Open Data »¹⁹⁷. Plutôt que d'étendre ses pouvoirs répressifs, l'amendement en question proposait que la Commission établisse « une “liste noire” des administrations refusant de communiquer des documents administratifs malgré son avis favorable »¹⁹⁸. Dans ce dispositif, si un service refusait de communiquer ou de publier un document en dépit de l'avis favorable de la Commission, cette dernière devait diffuser de façon spécifique sur son site internet « le nom de l'administration, la référence du document administratif non communiqué ou non publié et, le cas échéant, le motif du refus »¹⁹⁹. Déjà présente dans l'avant-projet de loi, cette proposition avait toutefois recueilli l'avis défavorable du Conseil d'État. Il considère que rien ne permet d'affirmer que l'interprétation de la CADA est la bonne alors même que le juge administratif ne s'est pas prononcé sur le litige. Dans le cas contraire, cela conduirait à mettre au pilori numérique des administrations qui peuvent s'avérer, en définitive, être dans leur bon

¹⁹⁶ Article 13 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF*, n° 0235, 8 octobre 2016, texte n° 1.

¹⁹⁷ X. BERNE, « Open Data : les députés musclent les pouvoirs de la CADA », *Next Inpact*, 22 janvier 2016 (nextinpact.com/news/98183-open-data-deputes-musclent-pouvoirs-cada.htm, 23 janvier 2016).

¹⁹⁸ Amendement n° 754 présenté par Lionel TARDY, adopté, modifie article 8 du projet de loi pour une République numérique, Assemblée nationale, 16 janvier 2016.

¹⁹⁹ Lorsqu'une administration confirme une décision de refus de communication ou de publication à l'issue d'un avis favorable de la commission, le président de la commission inscrit sur une liste qu'il met en ligne le nom de l'administration, la référence du document administratif non communiqué ou non publié et, le cas échéant, le motif du refus. L'inscription sur la liste cesse dès que l'administration a communiqué ou publié le document ou dès qu'une décision juridictionnelle a rejeté le recours dirigé contre le refus de communication ou de publication (Amendement n° 754 de Lionel TARDY (adopté), Projet de loi pour une République numérique (n° 3399), Assemblée nationale, 16 janvier 2016).

droit. Le Conseil d'État estime que la stigmatisation publique, dans ce cas, va à l'encontre de la présomption de légalité dont sont revêtues les décisions administratives tant qu'elles n'ont pas été suspendues ou annulées par une décision juridictionnelle.²⁰⁰. Par ailleurs, lors des auditions, le président de la CADA ne s'est pas davantage montré favorable à une telle « mise à l'index ». Selon lui, la Commission devrait plutôt consacrer du temps et des moyens à vérifier les raisons pour lesquelles une administration ne se conformerait pas à son avis²⁰¹. Il convient dès lors de constater que la procédure de suivi retenue par le législateur impliquant une publication systématique produit des effets sans doute moins gênants à l'égard des administrations. En effet, contrairement à une démarche de stigmatisation au sens strict, il n'est pas prévu d'assurer une publication listant uniquement les administrations ne respectant pas les recommandations de la Commission. En rendant accessible l'ensemble des réponses de l'administration aux avis de la CADA, cette démarche participe davantage d'une procédure générale de suivi des avis que d'un dispositif de sanction dans l'hypothèse où l'administration ne se conformerait pas à l'avis de la Commission. Si le procédé consiste tout de même à exercer une certaine pression sur l'administration – le choix qu'elle fait peut être connu de tous –, celle-ci est loin d'être dissuasive. Sa portée reste faible car la vocation de la diffusion est essentiellement informative. La stigmatisation se distingue de la transparence en ce qu'elle est nécessairement nominative et qu'elle remplit une finalité significativement négative – le blâme²⁰². Pour ce faire, la publicité donnée au comportement condamnable ou à la réponse insatisfaisante de l'administration ne peut être que spéciale : « liste noire »²⁰³,

²⁰⁰ CE, Ass., avis n° 390741 du 3 décembre 2015 sur un projet de loi pour une République numérique, §28.

²⁰¹ Rapport n° 534 (2015-2016) de M. C.-A. FRASSA, au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, pour une République numérique, 6 avril 2016, Sénat, Tome I, p. 68.

²⁰² Pour certains, la *sunshine regulation* recouvre en partie la pratique du *naming and shaming*, la seconde n'étant qu'une manifestation particulière de la première (S. BRACONNIER, « La régulation des services publics », art cit, p. 46 ; R. C. MARQUES et P. T. F. SIMOES, *Regulation of Water and Wastewater Services: An International Comparison*, London, IWA Publishing, 2010, p. 14-15).

²⁰³ Par exemple, l'Autorité des marchés financiers (AMF) publie régulièrement la liste des sites Internet et entités proposant en France, sans en avoir le droit, des investissements sur le marché des changes (Forex), via des options binaires ou dans des biens divers. Elle publie également la liste des sites proposant des produits dérivés sur crypto-actifs, sans respecter la réglementation en vigueur (AMF, « Forex, options binaires, biens divers, produits dérivés sur crypto-actifs : la liste noire des sites internet », amf-france.org/Epargne-Info-Service/Protéger-son-epargne/Listes-noires?, consulté le 17 septembre 2018).

« recommandation en urgence »²⁰⁴, « rapport spécial »²⁰⁵, etc. La transparence n'implique pas une telle démarche. En résumé, si les deux techniques consistent à *nommer*, seule la seconde consiste de manière effective à *stigmatiser*.

B. La stigmatisation comme moyen d'information

364. Bien qu'en tant que moyen de pression, la stigmatisation est d'une efficacité relative, elle conserve néanmoins tout son intérêt lorsqu'elle a pour objectif d'informer les autorités de tutelle, de contrôle ou les acteurs de la société civile d'un dysfonctionnement ou d'un danger particulièrement grave. Le principe d'action de cet usage de la stigmatisation réside principalement dans la capacité de susciter une réaction de la part des personnes tierces concernées. Dans ce cas, l'usage de la stigmatisation ne se fait pas au regard des conséquences directes attachées à la diffusion de l'information (l'atteinte à la réputation) mais aux conséquences indirectes. Elle acquiert un caractère performatif²⁰⁶ et s'apparente, à ce titre, à un « pouvoir d'alerte »²⁰⁷.

365. Le pouvoir de publication d'un rapport spécial par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) en offre une illustration concrète. Conformément à l'article 9 de la loi du 30 octobre 2007²⁰⁸, le Contrôleur peut, à l'instar de la procédure prévue pour le Défenseur des droits²⁰⁹, publier un rapport spécial lorsqu'il constate une violation grave des droits fondamentaux des personnes privées de liberté. Toutefois, avant de procéder à la publication, le Contrôleur doit saisir, sans délai, les autorités responsables afin qu'elles présentent, le cas échéant, leurs observations. S'il constate, postérieurement à la réponse obtenue, qu'il n'a pas été mis fin à la violation signalée ou que les réponses des autorités mises

²⁰⁴ L'article 9 de la loi du 30 octobre 2007 permet au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, lorsqu'il constate une violation grave des droits fondamentaux des personnes privées de liberté, de saisir sans délai les autorités compétentes de ses observations en leur demandant d'y répondre. Le ministre de la justice est destinataire de ces recommandations et peut y apporter ses observations. S'il l'estime nécessaire, il rend alors immédiatement public le contenu de ses observations et des réponses reçues. Le texte publié est nommé "recommandations en urgence".

²⁰⁵ L'article 25 al. 5 de la loi du 29 mars 2011 permet au Défenseur des droits, si sa recommandation n'a pas été suivie d'effet, d'enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires. Lorsqu'il n'a pas été donné suite à son injonction, le Défenseur des droits établit un rapport spécial, qui est communiqué à la personne mise en cause. Ce rapport est rendu public ainsi que, le cas échéant, la réponse de la personne mise en cause, selon des modalités que le Défenseur détermine.

²⁰⁶ X. BIOY (dir.), « Actualité des autorités administratives indépendantes dans le domaine des libertés fondamentales », *LPA*, 23 septembre 2013, n° 190, p. 6.

²⁰⁷ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 50.

²⁰⁸ Article 9 al. 2 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, version consolidée au 19 octobre 2016.

²⁰⁹ Articles 25 al. 4 et 29 al. 3 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

en cause ne sont pas satisfaisantes, il peut rendre publiques ses observations et les réponses obtenues. La mise en œuvre de cette procédure exceptionnelle permet d'exhorter les pouvoirs publics – sous le regard de l'opinion publique – à prendre au plus vite les mesures nécessaires. En ce sens, la publication constitue une pression directement exercée sur les autorités publiques visées. Toutefois, l'efficacité de cette procédure réside moins dans la pression exercée sur les autorités publiques et pénitentiaires que dans l'information de l'ensemble des personnes concernées par le respect de conditions dignes de détentions des personnes incarcérées. Il en va ainsi notamment des associations qui assistent les personnes privées de liberté. L'absence de réaction des autorités compétentes sur ce sujet peut conduire les acteurs concernés par la question pénitentiaire à se mobiliser sur la base des constats et recommandations contenus dans le rapport du CGLPL. Cette stigmatisation peut notamment être à l'origine de l'introduction d'une requête en référé-liberté. Par exemple, à la suite de la publication au *Journal officiel* le 6 décembre 2012 d'une recommandation d'urgence relative au centre pénitentiaire des Baumettes – et sa reprise dans les médias nationaux²¹⁰ – plusieurs organisations et associations ont introduit, seulement cinq jours plus tard, une requête en référé-liberté auprès du tribunal administratif compétent aux fins de remédier à l'insalubrité prévalant dans le centre pénitentiaire visé²¹¹. Ce recours a par ailleurs été l'occasion pour le Conseil d'État de consacrer le droit au respect de la vie privée et le droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants comme libertés fondamentales. En l'espèce, il a enjoint l'administration de prendre toutes les mesures utiles dans un délai de dix jours, fixant ainsi un mode d'emploi très précis. Dans ce cas, la stigmatisation se révèle être une technique efficace d'alerte. Elle rend la sanction plus concrète qu'une simple atteinte à la réputation. Il ne s'agit pas de susciter la honte, mais d'attirer l'attention des acteurs susceptibles de mettre en œuvre une action efficace. On peut citer également l'exemple de la publication d'un rapport spécial visant à stigmatiser l'absence de réaction de l'autorité communale par le Défenseur des droits dont l'objectif était d'alerter l'autorité préfectorale²¹², afin que ce dernier exerce son contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des collectivités. Finalité que la mention au bas du document d'une

²¹⁰ F. JOHANNES, « Les Baumettes, l'effroyable prison », *Le Monde*, 6 décembre 2012, (lemonde.fr/societe/article/2012/12/06/a-marseille-la-prison-de-la-honte_1800621_3224.html, consulté le 7 mai 2014).

²¹¹ Voir : O. LE BOT, « Référé-liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », note sous CE, ord. réf., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons et a.*, nos 364584, 364620, 364621, 364647, *JCP G*, n° 4, 21 janvier 2013, p. 139 et s.

²¹² Défenseur des droits, décision MSP-2015-094, 16 avril 2015, *JORF*, n° 0095 du 23 avril 2015, texte n° 101.

transmission « pour information » au Préfet confirme²¹³. En l'espèce, il était question du refus de l'autorité communale de procéder à la rectification des travaux d'une piste de ski à la suite d'une réclamation d'une propriétaire lésée. En effet, les travaux n'avaient pas été précédés par l'ouverture d'une enquête parcellaire et d'une notification préalable aux propriétaires intéressés, aucun arrêté préfectoral n'avait institué la servitude de piste de ski, celle-ci était donc illégale.

366. Dans d'autres circonstances, le procédé de stigmatisation peut s'inscrire dans une démarche de protection d'une catégorie de personnes et de prévention à l'égard des risques liés à la dangerosité d'un produit ou au comportement illégal d'une entreprise. Dans ce cas, ces alertes prennent généralement la forme d'une mise en garde qui s'apparente à une « recommandation de vigilance » : une invitation à s'abstenir. À cet égard, la création, par la loi du 21 juillet 1983²¹⁴ – codifié à L822-7 et s. du Code de la consommation –, de la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC), parfois désignée comme une « autorité administrative indépendante d'alerte »²¹⁵, en offre un bon exemple. La Commission « 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 des services ». Pour accomplir sa mission, elle cherche et recense les informations de toutes origines sur les dangers présentés par les produits ou services. Les informations sont facilement accessibles sur son site internet, et l'efficacité de sa mission d'information dépend des liens réguliers que la Commission entretient avec les médias généraux et spécialisés. Ainsi, une fois adopté un avis sur un produit de consommation, la Commission de la sécurité élabore une mise en garde qu'elle diffuse par voie de communiqué de presse²¹⁶. Ce fut le cas, par exemple, de l'avis relatif à la sécurité du « baby safe feeder » dit « machouillette » adopté en mars 2009²¹⁷. La Commission avait étudié un vingtaine de tétine munie d'un filet que l'on remplit de morceaux de fruits pour apprendre à un bébé à mâcher – aussi appelées "machouillettes". Après avoir auditionné des pédiatres, des nutritionnistes et

²¹³ Défenseur des droits, décision MSP-2013-144, 1^{er} décembre 2014 dans *L@ lettre du Défenseur des droits*, Lettre n° 16, mars 2015, p. 24.

²¹⁴ Article 13 et s. de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs, *JORF*, 22 juillet 1983, p. 2262. Voir : J.-P. PIZZIO, « La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs », *Actualités législatives Dalloz*, 1984, Comm., p. 13.

²¹⁵ K. FAVRO, « La Commission de la sécurité des consommateurs : vingt ans après... », *D*, 2004, n° 26, p. 1886.

²¹⁶ CSC, communiqué de presse du 30 mars 2009, « La CSC met en garde les consommateurs sur les risques des machouillettes pour bébés » (securiteconso.org/wp-content/uploads/2009/03/Machouillettes.pdf, consulté le 22 juin 2015).

²¹⁷ CSC, avis du 12 mars 2009 relatif à la sécurité du « baby safe feeder » dit « machouillette », Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n° 2009/5 [consultable uniquement dans sa version numérisée mise en ligne sur le site internet du ministère], 9 p.

des odontologistes, la Commission a décidé d'alerter les parents sur les risques d'étouffement et d'intoxication bactérienne. Sans proposer l'interdiction de son usage, la CSC expose longuement dans son avis les raisons qui la conduisent à inviter les parents qui souhaiteraient l'acquiescer ou l'utiliser à la plus grande vigilance. Si l'information rencontre un large écho auprès des consommateurs, les conséquences financières sont susceptibles d'être importantes pour la société qui commercialise le produit²¹⁸.

367. La pratique développée par l'Autorité des marchés financiers (AMF) en matière de protection des épargnants fournit une autre illustration de l'usage de la stigmatisation comme moyen d'information. En vertu de l'article L621-1 du Code monétaire et financier (CMF), l'Autorité doit « veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers ». Contre les démarchages irréguliers et l'activité de certaines sociétés, la législation est apparue d'une efficacité imparfaite. Pour contrer ce risque, l'Autorité des marchés financiers a mis en place, sans base textuelle précise, de nombreux « outils de la vigilance »²¹⁹ permettant de porter à la connaissance des épargnants – qu'elle est, au titre de ses missions, chargée de protéger – les offres de produits financiers contraires aux lois et règlements. Parmi ces outils, l'Autorité diffuse – par voie de communiqués de presse édités sur son site internet – des mises en garde adressées aux investisseurs. Celles-ci ont pour objet de les inviter à être vigilants vis-à-vis des conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés, et de leur adresser des recommandations de vigilance²²⁰. Cette démarche a été formalisée par l'Autorité par la création sur son site internet d'une rubrique « Mises en garde », sous l'onglet « Épargne info service »²²¹. Si ces mises en garde sont susceptibles d'avoir un effet négatif sur la réputation de la société dont les produits sont dénoncés, elles sont avant tout des recommandations destinées aux investisseurs. La sanction attachée à cette stigmatisation se traduit par une baisse immédiate du chiffre d'affaires de la société. Cette démarche peut se traduire également par la publication de « listes noires », régulièrement mises à jour, des entités proposant en France, sans y être autorisées, des investissements sur le marché

²¹⁸ Par exemple, lorsque l'on cherche « machouillette » sur Google France. La première page de recherche présente 10 résultats dont 6 font références aux risques pointés par la Commission de la sécurité des consommateurs dans son avis du 12 mars 2009.

²¹⁹ AMF, *Rapport annuel 2015*, Paris, Autorité des marchés financiers, 2016.

²²⁰ AMF, *Rapport annuel 2015*, Paris, Autorités des marchés financiers, 2016, p. 48.

²²¹ Cf. T. GRANIER, « Mises en garde de l'Autorité des marchés financiers contre des démarchages irréguliers et l'activité de certaines sociétés », *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} juillet 2004, n° 4, p. 551.

des changes ou via des options binaires²²². Là encore, la stigmatisation a d'abord une visée d'alerte²²³. Toutefois, lorsque ces mises en garde connaissent une large diffusion ou sont restées accessibles sur le site, elles peuvent entraîner une diminution importante des souscriptions des produits de placement que la société commercialise en France, en d'autres termes causer un préjudice économique important.

368. En définitive, qu'il s'agisse d'exercer une pression ou, dans le cadre d'une mission d'information, de nommer une personne morale ou physique, stigmatiser un comportement éloigne, dans certains cas le pouvoir d'informer de sa finalité préventive et pédagogique. Il ne peut être considéré comme anodin qu'une autorité publique livre « à la vindicte populaire » un individu ou une institution. Au regard des atteintes potentielles aux droits de la personne, ce pouvoir spécifique de diffusion nécessiterait, dans certains cas, d'être encadré par le régime procédural de la sanction administrative. D'ailleurs, tenant compte de la mission des AAI et des effets de la stigmatisation, la loi consacre le plus souvent pour la personne mise en cause le droit d'être entendu²²⁴.

369. L'importance des effets de la diffusion constatés dans certains cas sur la réputation d'une entreprise ou d'un individu, la formalisation de ces procédures ainsi que l'évolution de la jurisprudence administrative amènent, sous certaines conditions, à changer le regard que l'on porte sur certaines de ces sanctions. En effet, il est fréquent de lire que la recommandation individuelle publiée, ou le « pilori » pour reprendre une expression courante, produit des « effets plus redoutables que l'éventuelle amende prononcée par le juge pénal à l'issue d'un processus nécessairement long »²²⁵.

§2 La stigmatisation, une sanction administrative non reconnue ?

370. L'inscription du nom d'une société sur une « liste noire » ou l'établissement et la publicisation d'un rapport spécial peut, dans certains cas, recouvrir les caractéristiques d'une

²²² Cette information est disponible sur le site Internet de l'Autorité des marchés financiers (amf-france.org/Epargne-Info-Service/Placements-a-haut-risque-ou-arnaques-les-conseils-de-l-AMF/Listes-noires-des-sites-non-autorises.html, consulté le 18 février 2016).

²²³ Il convient de ne pas confondre ces mises en garde avec celles adoptées dans le cadre d'une mission de police. Par exemple, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut, conformément à l'article L. 612-30 du CMF, adopter des mises en gardes qui, si elle ne sont pas suivies d'effet, entraîneraient l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre du prévaricateur (C. Mon. et Fin., art. L. 612-30 et L. 612-39). Le Code monétaire et financier distingue, dans une section intitulée « mesure de police administrative », la mise en garde d'autres mesures telles que l'injonction ou les mesures conservatoires.

²²⁴ L822-10 al. 3 du Code de commerce.

²²⁵ E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915.

sanction administrative dès lors qu'elle intervient à la suite du non-respect d'une prescription émise par une autorité administrative. En droit administratif, « est une sanction administrative et manifeste une répression administrative, toute mesure individuelle émanant d'une autorité administrative juridictionnelle ou active qui, par ses circonstances et indépendamment de la qualification qui lui est donnée par la loi, manifeste une intention de punir une personne considérée comme coupable pour s'être comportée d'une façon incompatible avec les exigences d'une mission poursuivie par une institution administrative »²²⁶. Le prononcé d'une telle mesure, au regard de son caractère punitif, doit respecter les principes constitutionnels de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines et de proportionnalité, ainsi que les droits de la défense garantis par les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²²⁷. Les sanctions administratives sont donc assorties de strictes garanties, « qui les rapprochent des sanctions juridictionnelles, sans toutefois les assimiler »²²⁸.

371. Dès lors, se pose la question de savoir si la stigmatisation, au regard de son potentiel punitif, est susceptible de se voir appliquer, dans certains cas, le droit des sanctions administratives. De façon générale, il est permis de considérer que dans la mesure où l'émission d'une recommandation individuelle serait sanctionnée par une sorte de blâme, qui plus est public, les personnes mises en cause devraient pouvoir de façon systématique, avant la publication du rapport spécial au *Journal officiel*, prendre connaissance du contenu de la réclamation. Ainsi, ces personnes devraient savoir précisément ce qui leur est reproché et être en mesure d'y répondre²²⁹. Notons que, sans qualifier la mesure de sanction administrative, le législateur prévoit déjà, dans de nombreux cas, des garanties proches de celles d'une sanction administrative applicables aux dispositifs de stigmatisation. Ainsi, le Défenseur des droits ne peut rendre public un rapport spécial adopté à la suite du non-respect d'une injonction que dans la mesure où le contradictoire a été respecté, sauf en cas d'urgence²³⁰. La conséquence de la qualification de sanction administrative réside principalement dans l'exigence d'une

²²⁶ J. MOURGEON, *La répression administrative, op. cit.*, p.129-130.

²²⁷ Cons. const., décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, considérant 36 ; *RDP*, mai-juin 2006, p. 769, J.-P. CAMBY ; *D*, 2006, p. 941, J. DALEAU ; *JCP G*, 2006, n° 16, p. 809, G. DRAGO ; *AJDA*, 2006, p. 1961 C. GESLOT ; *RFDC*, 2006, p. 585, V. OGIER-BERNARD. Voir également : M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 87 et s.

²²⁸ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 162.

²²⁹ Cette garantie correspond au respect des droits de la défense tel que prévu aux articles L121-1 et L121-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

²³⁰ Article 15 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 (*précité*).

habilitation législative organisant une procédure permettant d'assurer la garantie des droits des personnes visées par la stigmatisation.

372. L'argument tiré de la nature purement morale de la sanction ne suffit pas *a priori* à justifier son exclusion du régime des sanctions administratives, et partant, l'inapplicabilité des garanties de fond imposées en la matière. En effet, dans le cadre de la répression administrative disciplinaire, le blâme ou la publicité des faits répréhensibles constituent une sanction administrative à part entière. Jacques MOURGEON, dans sa thèse sur la répression administrative, évalue les critères permettant l'identification d'une telle sanction. Il montre que les critères formels (la qualification par la loi et le régime juridique) et matériels (l'incidence de la mesure) ne sont que partiellement opératoires. En revanche, il conclut que seul le critère subjectif tiré de l'intention de l'auteur de la mesure est « général et déterminant »²³¹ ; les critères formels et matériels ne constituent que des indices susceptibles de dénoter l'intention de l'auteur de la mesure. Or, l'intention répressive d'une autorité administrative est compatible avec le caractère purement moral d'une sanction. En effet, la catégorie des sanctions administratives se compose de trois types distincts : les sanctions privatives de droits, les sanctions patrimoniales et les sanctions morales²³². Ces dernières trouvent des manifestations caractéristiques de la répression administrative dans l'avertissement ou le blâme auxquelles il convient d'ajouter la publicité « accordée, soit à une mesure répressive, soit à des faits répréhensibles »²³³. Dans plusieurs décisions, le Conseil d'État a qualifié de sanction complémentaire la décision par laquelle une autorité administrative rend publique la sanction qu'elle a prononcée²³⁴. En effet, si cette publication poursuit un double objectif de dissuasion et d'exemplarité en tant qu'elle permet d'« assurer au public l'accès approprié au texte de la décision »²³⁵, elle comporte avant tout un caractère répressif « qui se surajoute à la sanction principale, pour en accroître la dimension punitive »²³⁶. Ainsi, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) peut ordonner sur le fondement de l'article 42-4 de la loi du 30 septembre

²³¹ J. MOURGEON, *La répression administrative, op. cit.*, p.111.

²³² M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 39 ; J. MOURGEON, *op.cit.*, p. 484.

²³³ J. MOURGEON, *La répression administrative, op. cit.*, p.486.

²³⁴ Pour un exemple concernant l'AMF : CE, 7 février 2007, *Choquenot*, n° 288373, T. Lebon, p. 695 ; et la CNIL : CE, 27 juillet 2012, *Société A/S 2*, T. Lebon, p. 766.

²³⁵ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives, op. cit.*, p. 39 ; Voir plus précisément sur ce point : J.-F. KERLÉO, « La publicité-exemplarité. Le nouveau droit de la publication des sanctions administratives et juridictionnelles », *RFDA*, août 2015, n° 4, p. 751-762.

²³⁶ J.-F. KERLÉO, « La publicité-exemplarité. Le nouveau droit de la publication des sanctions administratives et juridictionnelles », art cit, p. 751.

1986²³⁷ l'insertion d'un communiqué-sanction dont il fixe les termes et les conditions de diffusion²³⁸. Le Conseil constitutionnel, par deux décisions espacées dans le temps, a confirmé la nature punitive de cette sanction qui repose sur la publicité du comportement dénoncé. Son appartenance à la catégorie des sanctions administratives conduit donc à censurer la volonté du législateur de rendre ce communiqué automatique²³⁹. D'ailleurs, une telle sanction est jugée par certains auteurs comme plus réaliste que d'autres mesures *a priori* plus contraignantes, car « elle frappe les opérateurs au cœur même de leur activité de programmation en prenant à témoin leurs propres auditeurs ou téléspectateurs, de leur incivilité »²⁴⁰. De la même manière, la Commission des sondages peut ordonner la publication d'une « mise au point » sur le fondement de l'article 9 de la loi du 19 juillet 1997 relative aux sondages électoraux. Cette « mise au point », sanction administrative à titre principal, obéit aux règles posées par la loi du 29 juillet 1881 modifiée sur le droit de réponse : même place, mêmes caractères et, au maximum, même longueur. Toutefois, il convient de relativiser le caractère strictement moral de ces sanctions, comme le souligne Mattias GUYOMAR, car ces mises au point ou ces communiqués-sanctions doivent être diffusés dans l'organe de presse qui a rendu public le sondage ou l'émission mise en cause. De plus, ces sanctions revêtent aussi une dimension pécuniaire en tant qu'elles consomment « de l'espace éditorial, [qu'] elles ont un coût économique pour l'organe de presse auquel elles s'imposent »²⁴¹. Par conséquent, la plupart des sanctions évoquées ici ne sont pas purement morales même si elles portent atteinte à la réputation. Elles impliquent également une action positive des destinataires de la sanction et occasionnent directement une charge financière. À ce titre, les dispositions relatives à l'Autorité de la concurrence sont remarquables. Elles prévoient que « les entreprises ou groupements d'entreprises ayant fait l'objet d'une injonction de l'Autorité de la concurrence en raison de

²³⁷ Article 42-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (version consolidée au 23 octobre 2016).

²³⁸ En guise d'exemple, le CSA a infligé une telle sanction à la société TF1 le 2 mars 2010 : CSA, décision n° 2010-134 du 2 mars 2010 ordonnant à titre de sanction l'insertion de communiqués dans le programme du service TF1, *JORF*, n° 0081, 7 avril 2010, texte n° 60.

²³⁹ Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *précitée*, considérant 21 ; Cons. const., décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérants 48-52 ; *D*, 1994, p.137, M. DOBKINE ; *RDP*, 1989, p 429, L. FAVOREU ; *RFDC*, 1989, p. 215, B. GENEVOIS ; *Revue administrative*, 1989, p. 223, J.-L. AUTIN.

²⁴⁰ S. REGOURD, *Droit de la communication audiovisuelle*, Paris, PUF, 2001, paragr. 168.

²⁴¹ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 39. À ce titre, les dispositions relatives à l'Autorité de la concurrence sont remarquables lesquelles prévoient que « les entreprises ou groupements d'entreprises ayant fait l'objet d'une injonction de l'Autorité de la concurrence en raison de pratiques contraires aux mesures prises en application de l'article L410-3 doivent rendre publique cette injonction en la publiant, à leurs frais, dans la presse quotidienne locale » (article L464-2 al.5 du Code de commerce).

pratiques contraires aux mesures prises en application de l'article L410-3 doivent rendre publique cette injonction en la publiant, à leurs frais, dans la presse quotidienne locale »²⁴². Ces éléments révèlent l'intention du législateur et de l'autorité administrative d'adopter une « mesure suffisamment préjudiciable au coupable pour que celui-ci ne puisse plus se rendre tel »²⁴³.

373. La qualification de sanction administrative d'une mesure de stigmatisation sans conséquence matérielle s'est posée à propos du pouvoir de la HALDE de rendre public le non-respect de ses recommandations au *Journal officiel*²⁴⁴. Luc DEREPA, dans ses conclusions sur l'arrêt *Éditions Tissot*, reconnaît qu'une « telle modalité peut en particulier fortement inciter les entreprises, soucieuses de leur image, à respecter les recommandations de la HALDE »²⁴⁵. Il exclut, en revanche, la requalification en sanction administrative d'une telle publication en ce qu'un « tel mode de sanction n'est pas suffisant pour reconnaître aux recommandations de la HALDE la qualité de mises en demeure susceptibles de recours »²⁴⁶. L'intensité de la sanction n'est pas suffisante. Cette lecture conforte l'idée selon laquelle l'incidence strictement morale (quand bien même elle occasionnerait des répercussions pécuniaires) ne suffit pas à caractériser la volonté répressive de l'autorité, mais s'apparente seulement à un mécanisme incitatif, dont les effets varient selon le destinataire de la mesure. D'ailleurs, rappelons que l'incidence n'est pas un critère suffisant pour qualifier une mesure de sanction administrative, mais constitue un indice de l'intention de l'auteur lorsqu'elle produit des effets équivalents à ceux d'une sanction.

374. De surcroît, l'intention répressive s'avère ici faire défaut. Dans un jugement du 28 janvier 2010, le tribunal administratif de Paris refuse la requalification de la recommandation de la HALDE en mise en demeure en raison précisément de la nature de la mesure. En l'espèce, la Haute autorité soulevait dans une première délibération le caractère discriminatoire d'une décision de refus d'attribution d'un logement par une société d'habitation à loyer modéré (HLM). Après une communication parcellaire et un silence prolongé de la société mise en cause, le collège de la Haute autorité décida dans une seconde délibération de publier au *Journal officiel* ses recommandations²⁴⁷. À la suite de cette publication, la société introduisit un recours

²⁴² Article L464-2 al.5 du Code de commerce.

²⁴³ J. MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 128.

²⁴⁴ Article 11 al. 3 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JORF*, n° 0304, 31 décembre 2004, p. 22567, texte n° 3.

²⁴⁵ L. DEREPA, conclusions sur CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, Rec. Lebon p. 335.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ HALDE, délibération n° 2006-243 du 6 novembre 2006, *JORF*, n° 34, 9 février 2007, p. 2505, texte n° 132.

contre les délibérations de la HALDE. L'argumentation de la société d'HLM concernant le caractère disproportionné de la publication et la méconnaissance du principe du contradictoire supposait d'abord que le juge reconnaisse le caractère de sanction administrative du pouvoir de publication de la recommandation individuelle. Or, le tribunal rejeta la demande de la société au motif que la publication de la recommandation par l'autorité, même au *Journal officiel*, « ne constitue pas une sanction mais un moyen de pression afin d'obtenir que soit mis fin à une discrimination potentielle »²⁴⁸. Le tribunal relève les difficultés éprouvées par la société d'HLM pour justifier son manque de coopération avec la Haute autorité. Il ajoute ainsi que la loi du 30 décembre 2004 « ne permettait pas à la HALDE de prendre une mesure plus clémente pour inciter la [société d'HLM] à sortir de son mutisme »²⁴⁹. En résumé, le refus du juge de requalifier la procédure de recommandation de la HALDE en procédure de sanction tient avant tout dans l'absence d'une « intention de réprimer, c'est-à-dire celle d'infliger un châtement »²⁵⁰.

375. Si, dans le cas de la HALDE, la publication s'apparente à un moyen de pression, on peut toutefois s'interroger sur la nature du pouvoir de publication du Défenseur des droits. En effet, l'article 25 al.4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 octroie à ce dernier la même compétence de publication d'un rapport spécial. Toutefois, le législateur a introduit une étape supplémentaire entre l'émission de la recommandation et la publication d'un rapport spécial au *Journal officiel* : le Défenseur peut enjoindre « à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires ». Par conséquent, la publication d'un rapport spécial consiste à sanctionner explicitement le non-respect de cette injonction. On peut douter, dans le cas du Défenseur des droits, que la démarche ne soit pas répressive, sauf à considérer que la sanction par la publication au *Journal officiel* n'ait pas une incidence suffisamment importante sur la situation du destinataire. Dans ce cas précis, l'ouverture du recours pour excès de pouvoir présenterait l'avantage de permettre l'application des garanties attachées au prononcé de la sanction. Si la qualification de sanction administrative à titre principal ne peut pas être appliquée aux cas où la stigmatisation ne s'apparente pas à une mesure répressive ou que son incidence n'est pas suffisamment importante, il apparaît néanmoins cohérent de prévoir une autre voie de contestation.

376. En tout état de cause, l'habilitation légale à stigmatiser apparaît comme une étape décisive dans un processus d'accentuation de la contrainte exercée par les autorités

²⁴⁸ TA de Paris (7^e Section – 2^e Chambre), 28 janvier 2010, Société anonyme d'habitations à loyer modéré le logement Alpes-Rhône, n° 0715942.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ J. MOURGEON, *op. cit.*, p.128.

administratives indépendantes exerçant une magistrature d'influence, ne fût-elle qu'une contrainte morale. À ce titre, la publication au *Journal officiel* d'un acte d'une autorité publique stigmatisant le comportement d'une entreprise ou d'une association ne peut raisonnablement demeurer hors de tout contrôle en ce que cette pratique incitative, dans certaines situations, produit des conséquences concrètes sur la réputation des personnes concernées.

Section 3. Le pouvoir de diffuser l'information progressivement contrôlé

377. Si les actes porteurs d'une information, adoptés par les autorités administratives indépendantes, n'ont pas de valeur juridique en soi, les décisions périphériques relatives à leur élaboration et à leur diffusion ne suivent pas la même logique. En effet, ainsi qu'on a pu le souligner plus haut, la portée effective des actes d'une magistrature d'influence dépend d'abord des conditions de recueil de l'information et, le cas échéant, de leur diffusion. Autrement dit, si un contrôle de ces actes par le juge est envisageable, c'est d'abord au regard de ces deux étapes que celui-ci doit s'effectuer afin de garantir la régularité du processus d'influence.

378. La décision de publier une recommandation ou un avis est généralement motivée par la volonté d'en accroître les effets, d'exercer une pression morale sur ses destinataires voire, dans certains cas, de soumettre le comportement d'une personne publique ou privée au jugement de l'opinion publique générale ou d'une opinion sectorielle. À l'exception des situations explicitement prévues et organisées par le législateur, il est difficile d'assigner une portée unique à la publicité. Dès lors, compte tenu d'un état du droit en vigueur parcellaire, le Conseil d'État s'est vu contraint d'adopter une démarche casuistique. Il a progressivement développé une jurisprudence visant à réparer ou neutraliser les effets négatifs produits par la diffusion de l'information. Cette prise en compte des effets s'est d'abord opérée par l'ouverture d'une nouvelle hypothèse de responsabilité administrative (§1) ; avant d'admettre la recevabilité des recours dirigés directement contre les décisions de diffuser des informations (§2). Ces deux solutions vont toutefois apparaître inadaptées – limitée pour la première et artificielle pour la seconde – en ce qu'elles ne permettent de limiter que partiellement les effets négatifs de l'influence exercée par les autorités.

§1 La responsabilité administrative du fait de la diffusion de l'information

379. Si le juge administratif a admis récemment la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de certains actes non décisifs²⁵¹, il a reconnu depuis longtemps l'importance de tenir compte du préjudice causé par la décision de publication de l'acte non décisif (A). L'ouverture d'un recours indemnitaire contre les actes non décisifs a ouvert le débat sur la nature de la faute requise pour engager la responsabilité de l'État ou de l'autorité publique indépendante (B).

A. La prise en compte du préjudice lié aux effets de la publication

380. L'arrêt *S.A. Laboratoires Goupil* du 27 mai 1987 marque un pas important vers la reconnaissance par le juge des effets de la publication d'un avis ou d'une recommandation. En l'espèce, le laboratoire *Goupil* contestait un avis de la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC) relatif à la dangerosité de l'utilisation des psoralènes dans les cosmétiques solaires. La Commission recommandait notamment aux autorités compétentes de l'interdire. Une part importante du chiffre d'affaire de la société provenait de la fabrication de produits solaires à base de psoralène. Cette dernière se plaignait d'une baisse considérable de ses commandes du fait de la large diffusion de l'avis. Conformément aux dispositions de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 instituant la CSC, celui-ci avait été publié en annexe au rapport annuel de la Commission pour l'année 1986 ; mais, surtout, il avait été relayé par la presse spécialisée dans la défense des consommateurs.

381. Refusant de contrôler le contenu d'un avis de la CSC au motif que celui-ci ne constitue pas un acte décisif, le juge n'en souligne pas moins l'importance acquise par celui-ci du fait de sa diffusion, considérant que « cette proposition formulée dans le cadre de la compétence exclusivement consultative de la commission ne constitue pas alors même qu'elle est rendue publique avec le rapport de la commission une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ». Sur ce point, les conclusions du commissaire du Gouvernement sont intéressantes. En effet, Martine LAROQUE observe que les avis de la CSC « peuvent [...] avoir une incidence sur la situation de fait de certains administrés dont les agissements ou le comportement est ainsi porté sur la place publique sans que pourtant les autorités gouvernementales ou institutionnelles, qui ne sont pas liées par ces avis, aient pris la moindre

²⁵¹ Voir : CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH*, Rec. Lebon, p.71, concl. S. VON COESTER, p. 81 ; CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, Rec. Lebon, p.88, concl. V. DAUMAS, p. 93..

décision »²⁵². Toutefois, cette diffusion, quelle que soit son ampleur, ne saurait avoir un quelconque effet sur la nature juridique de l'avis en question. Selon les termes du commissaire du Gouvernement, la publication renforce sans aucun doute l'autorité morale de l'avis, et partant est « susceptible de faire grief à certains administrés », sans pour autant en modifier la nature juridique²⁵³. La notion de grief recouvre ici l'idée de préjudice. Excluant dès lors l'hypothèse d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'avis de la CSC, Martine LAROQUE évoque la possibilité d'une action en responsabilité fondée sur des agissements fautifs.

382. Neuf ans après la solution *Goupil*²⁵⁴, c'est sur le terrain précisément de la responsabilité administrative que les successeurs des *Laboratoires Goupil* vont tenter de minimiser la portée de l'avis. La société *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm* commercialisait une huile solaire, sous le nom *Bergasol*, dont les extraits naturels comportaient de fortes doses de psoralène. La CSC a réitéré son avis émis en 1988 relatif à l'interdiction de l'utilisation de psoralène dans les cosmétiques solaires. Or, les positions vis-à-vis de l'usage de cette substance n'étaient pas unanimes. La société *Bergaderm* faisait d'ailleurs valoir des études scientifiques contradictoires ; et la réglementation en vigueur, selon les périodes, en tolérait ou non la présence à faible dose. Sur fond de « bataille d'experts » – l'affaire dépassant le seul avis de la CSC²⁵⁵ –, le Conseil d'État a admis la possibilité d'une action en responsabilité tendant à faire condamner l'État à réparer le préjudice commercial que la publicité donnée à l'avis aurait causé.

383. Tirant les conséquences de la solution *Goupil*, la société *Bergaderm*, en liquidation judiciaire, ne pouvant obtenir l'annulation de l'avis litigieux, met en cause la responsabilité de l'État du fait de l'important préjudice commercial provoqué par la publication de l'avis au *Journal officiel*. Le premier motif invoqué réside dans le fait que la CSC aurait commis une faute en élaborant et publiant l'avis ; le second repose sur l'argument qu'un préjudice lié à la diffusion de l'avis, par les canaux officiels et la presse spécialisée, doit être considéré comme

²⁵² M. LAROQUE, conclusions sur CE, 27 mai 1987, n° 83292, *S.A. Laboratoires Goupil*, Rec. Lebon, p. 181, inédites ; *AJDA* 1987, p. 607, obs. X. PRETOT.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ CE, Sect., 31 mars 2003, n° 188833 et n° 211756, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, Rec. Lebon p. 159 ; *RFDA*, 2003, p.1189, concl. D. CHAUVAUX ; *JCP* 2003. II. 10198, note M.-F. DELHOSTE ; *AJDA* 2003, p. 935, chron. F. DONNAT et D. CASAS.

²⁵⁵ Le laboratoire *Bergaderm* s'estimait à l'époque victime d'une campagne de dénigrement orchestrée par la concurrence et, notamment, par un grand chimiste allemand (M.-J. GROS et M. SOUSSE, « Bergasol : une bataille d'experts », *Libération*, 13 juillet 1995 (next.liberation.fr/vous/1995/07/13/bergasol-une-bataille-d-experts_137813), consulté le 20 janvier 2016) .

anormal et spécial (sans faute). La Cour administrative d'appel, par un arrêt du 13 mai 1997²⁵⁶, a donné raison à la société *Bergaderm* en estimant que la CSC n'était effectivement pas compétente pour émettre un avis concernant un produit cosmétique au regard de l'exception prévue à l'article 8 de la loi l'instituant²⁵⁷. Le juge administratif, écartant le moyen tiré de l'incompétence de la CSC, s'est attachée à répondre à la question sur la nécessité de prendre en compte les effets propres de la diffusion de l'avis et, de façon générale, de la diffusion des informations par un organe consultatif exerçant une magistrature d'influence. Elle résout ainsi la question de savoir si la responsabilité de la puissance publique peut être engagée par un avis ou une recommandation donnés par un organisme consultatif qui n'a par lui-même aucun effet juridique, lorsque, par la publicité qui lui a été donnée, il a entraîné un préjudice commercial pour une entreprise privée²⁵⁸.

384. La question de principe était peu courante en droit de la responsabilité administrative. Si, comme l'écrit Raymond ODENT²⁵⁹, une décision administrative ne peut être constitutive d'une faute qu'à la double condition qu'elle soit illégale et qu'elle constitue une véritable décision, la question se pose différemment lorsque le fait générateur du préjudice est un avis. En effet, Didier CHAUVAUX rappelle dans ses conclusions qu'« à strictement parler, un avis n'est pas légal ou illégal ; il peut seulement être contestable sur le fond et avoir été rendu dans des conditions irrégulières »²⁶⁰. Certes, sur le terrain de la légalité administrative, la recommandation ne produit aucun effet juridique et, tenant compte de l'état de la jurisprudence à l'époque, est insusceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Mais rien n'interdit, sur le terrain de la responsabilité, que le juge administratif accepte de se pencher sur les effets d'un acte dont il ne pourrait pourtant pas connaître en excès de pouvoir. Le Conseil d'État avait déjà jugé que la responsabilité de la puissance publique pouvait être engagée par un avis donné par un conseil municipal au cours d'une procédure d'autorisation²⁶¹. Au regard

²⁵⁶ CAA de Paris, 3^e Ch., 13 mai 1997, n° 94PA01436, *S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, T. Lebon, p. 719, 977, 1062 et 1076.

²⁵⁷ Cet article prévoit que pour certains produits la CSC ne peut pas prendre de mesure visant à prévenir les risques liés à des produits et des services lorsqu'ils ont déjà fait l'objet d'une réglementation spécifique ayant pour objet la protection de la santé. La cour inclut dans cette catégorie les cosmétiques solaires dont il est question dans l'affaire *Bergaderm* car, selon elle, ils font déjà l'objet des dispositions de l'article L658-4 du Code la santé. Elle en conclut donc que l'avis et sa publication ont le caractère d'une faute ; et comme la CSC n'a pas la personnalité juridique, l'État est tenu responsable des dommages liés à son élaboration et à sa publication, dont le montant exact doit être déterminé par une expertise.

²⁵⁸ D. CHAUVAUX, conclusions sur CE, Sect., 31 mars 2003, n° 188833 & 211756, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, *RFDA*, 2003, p. 1185.

²⁵⁹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Les cours de droit, 1978-1979, p.1375.

²⁶⁰ D. CHAUVAUX, conclusions, art cit, p. 1189.

²⁶¹ CE, Sect. 1^{er} février 1952, *Sieur Martin*, Rec. Lebon p. 79.

des effets liés à leur publicité, Didier CHAUVAUX considère qu'« il faut tenir compte par ailleurs du fait que les prises de position des organismes chargés de la surveillance des risques sanitaires sont susceptibles d'avoir en raison de la publicité qui leur est donnée, des conséquences pratiques importantes, parfois aussi sensibles que celles de mesures d'interdiction. Lorsque le pouvoir de recommandation a de telles répercussions, il n'est pas souhaitable qu'il s'exerce à l'abri d'une immunité, même partielle, à l'égard des actions en responsabilité »²⁶².

385. Toutefois, outre la question de la faute, cette évolution est subordonnée à la prise en compte d'un préjudice indemnisable, certain et directement causé par l'avis ou la recommandation diffusée. En ce qui concerne l'atteinte à la réputation, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée, la victime de l'atteinte à l'honneur ou à la réputation doit encore prouver l'existence d'un préjudice, d'un fait dommageable et d'une relation directe de cause à effet entre celui-ci et celui-là. Comme le montrait Gaston JEZE, « l'atteinte à la réputation doit, pour être susceptible d'entraîner réparation, comporter un élément de publicité »²⁶³. Or, celui-ci est rarement suffisant. Le dommage moral, sous réserve de quelques exceptions, est rarement pris en considération par le juge, sauf à considérer précisément qu'il ait des répercussions patrimoniales qui facilitent sa prise en compte²⁶⁴, ce qui était le cas dans l'affaire *Bergaderm*. Un lien entre le préjudice commercial et la publication de l'avis avait été clairement établi par la Cour administrative d'appel qui avait estimé que l'essentiel des pertes de chiffre d'affaires subies par la société était lié à la diffusion de l'avis. En dehors des cas où le volet commercial du préjudice est invoqué – limitant en pratique le recours aux entreprises –, il existe une réelle difficulté à démontrer le préjudice moral. Par exemple, dans un jugement du 22 janvier 2015, le tribunal administratif de Toulouse a rejeté les conclusions indemnitaires d'un requérant contre les effets liés à la publication d'un rapport défavorable de l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES) relatif à l'évaluation de l'équipe de recherche qu'il dirigeait. Le requérant se prévalait d'un préjudice moral résultant du fait que la mise en ligne de ce rapport portait atteinte à sa renommée et à sa carrière sur le plan national et international. Toutefois, le juge rejette ces conclusions au motif qu'il « ne démontre pas que le rapport d'évaluation ait porté atteinte à sa réputation, alors qu'il a continué, après sa diffusion, à participer à des travaux et conférences ; il n'apporte pas davantage la preuve que ce rapport l'aurait empêché d'accéder au grade de directeur de

²⁶² D. CHAUVAUX, conclusions, art. cit., p. 1189.

²⁶³ G. JEZE, note sous CE 8 décembre 1948, *Epx Brusteau*, RDP, 1949, p. 228 cité par Francis MALLOL, art. cit., p. 833.

²⁶⁴ J. RIVÉRO et J. WALINE, *Droit administratif*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 414.

recherche – ce qui, au demeurant, serait extrêmement difficile à établir »²⁶⁵. Dans une décision similaire du 10 février 1993, *Ministre de la Solidarité nationale*²⁶⁶, un directeur de laboratoire s'était plaint d'un rapport d'un membre de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) qui contenait, selon lui, des appréciations sur son comportement personnel et professionnel. Le Conseil d'État a néanmoins considéré que ces appréciations, replacées dans leur contexte et compte tenu de la faible diffusion du rapport, n'étaient pas de nature à porter atteinte à la réputation de l'intéressé. Dans l'affaire jugée par le tribunal administratif de Toulouse, le rapport avait été mis en ligne sur internet. Il était dès lors permis de considérer que la diffusion du rapport était susceptible d'être jugée importante et donc préjudiciable. Il en fut autrement. Dans ses conclusions, Damien DUBOIS préconisa de rejeter cet argument en considérant que « l'utilisation démultipliée et quotidienne du réseau internet » aujourd'hui ne suffit pas à poser une sorte de présomption de préjudice. Le requérant doit non seulement établir que l'audience du site en question est suffisamment importante pour lui occasionner un préjudice moral, mais également l'audience de l'écrit litigieux²⁶⁷. En l'espèce, le Rapporteur public considère – de façon surprenante – que « trop d'informations tuent l'information »²⁶⁸. Il estime ainsi que le rapport publié n'est qu'un rapport parmi d'autres de l'AERES et que « seuls des observateurs avertis, avisés et donc curieux [...] auraient pu accéder à ce rapport pour, le cas échéant, se faire une opinion de l'activité de l'unité de recherche [du requérant] parmi les autres activités évaluées du laboratoire toulousain d'analyse et d'architecture des systèmes »²⁶⁹. Cette analyse n'apparaît pas convaincante. En effet, l'atteinte à la réputation n'est pas moins grave dans le cas où seuls des observateurs avertis et avisés auraient eu connaissance des termes négatifs du rapport. L'appréciation du préjudice doit l'être au regard des effets négatifs que la diffusion du rapport aura occasionnés. Or, ces effets ne dépendent pas nécessairement de l'étendue de la diffusion, mais bien de ses conséquences concrètes. Il convient d'admettre que les observateurs avisés dont parlent le rapporteur peuvent être, en l'espèce, les dirigeants de l'université ou les partenaires de l'unité de recherche qui pourront prendre argument du mauvais rapport pour mettre un terme à des collaborations, retarder l'avancement de carrière de l'unité ou encore

²⁶⁵ TA, Toulouse, 22 janvier 2015, n° 1104020, *AJFP*, 2015, p.305.

²⁶⁶ CE, 10 févr. 1993, n° 37149, *Min. de la Solidarité nationale*, T. Lebon, p. 1027 ; *D*, 1994, p. 68, obs. P. TERNEYRE et P. BON.

²⁶⁷ D. DUBOIS, « La vaine contestation du rapport d'évaluation de l'AERES sur un laboratoire », conclusions sur TA, Toulouse, 22 janvier 2015, n° 1104020, *AJFP*, 2015, p. 305.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*

réduire ses financements : ce qui constitue indéniablement un préjudice directement causé par l'atteinte à la réputation.

386. Néanmoins, tenant compte du rôle croissant des organismes administratifs investis d'une magistrature d'influence, l'arrêt *Bergaderm* marque une étape importante en ce qu'une recommandation émanant d'un organisme consultatif, qui n'a par elle-même aucun effet juridique, peut tout de même engager la responsabilité de l'État lorsque, par la publicité qui lui a été donnée, elle a entraîné des préjudices pour des particuliers ou des entreprises privées.

B. L'exigence d'une faute simple pour engager la responsabilité du fait d'une recommandation publiée

387. Dans l'affaire *Bergaderm*, par l'emploi de l'expression « faute de nature à engager la responsabilité de l'État », le juge exprime le choix de ne pas exiger en l'espèce une faute lourde. Celui-ci s'inscrit sans doute dans un processus de démantèlement²⁷⁰ de l'exigence de faute lourde dans le droit de la responsabilité administrative au profit de la faute simple. Toutefois, dans cette espèce, le ministre de l'Économie invitait la haute juridiction à suivre cette voie ainsi que le rappelle Didier CHAUVAUX dans ses conclusions²⁷¹. Dans le cas d'un régime de faute lourde, la décision illégale n'est susceptible d'engager la responsabilité de l'État que dans les hypothèses les plus graves. Le choix d'un tel régime se fait donc généralement au désavantage de la victime de la faute. La victime n'est pas indemnisée des conséquences d'une faute avérée de l'administration dès lors que la faute n'atteint pas le niveau de gravité requis. Ce régime accorde au contraire une liberté à l'administration dans ses missions, lui accordant une sorte de « droit à l'erreur »²⁷². En dépit d'un recul du régime de la faute lourde, cette solution présentait néanmoins l'intérêt d'être en accord avec la nature de l'institution – une instance consultative – et la spécificité de la mission de la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC). Dans ses conclusions, Didier CHAUVAUX considère que l'application d'un régime de faute lourde trouverait une justification assez forte dans le fait « qu'une telle mission doit bénéficier d'une liberté suffisante ». Il poursuit : « une Commission dont la tâche est d'alerter les autorités investies du pouvoir de décision ne doit pas être paralysée par la perspective d'actions en responsabilité. Il est sans doute préférable qu'elle pèche par un excès d'audace que par un excès de timidité, sa responsabilité première étant de poser les problèmes et de créer les conditions

²⁷⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 390.

²⁷¹ D. CHAUVAUX, conclusions sur CE, Sect., 31 mars 2003, n° 188833 et 211756, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, art cit, p. 1189.

²⁷² D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 390.

d'une décision éventuelle »²⁷³. Toutefois, il apparaît dans la suite des conclusions que le rejet du régime de la faute lourde se justifie précisément en raison des effets de l'intervention de la CSC. En effet, à l'instar d'autres AAI, cette Commission exerce une magistrature d'influence par l'adoption d'un avis dans le cadre d'une mission de surveillance qui est susceptible d'avoir, en raison de sa large diffusion, des conséquences déterminantes sur le chiffre d'affaires de la société commerciale concernée. Ces effets sont « parfois aussi sensibles que celles de mesures d'interdiction »²⁷⁴. Le commissaire du Gouvernement préconise pour ce motif de rejeter l'exigence du constat d'une faute lourde en ce que ce choix ne tiendrait pas suffisamment compte de l'impact de leur large diffusion.

388. Toutefois, s'il fait le choix du régime de la faute simple, le Conseil d'État n'a pas retenu la faute dans cette espèce. Il considère, en effet, que si l'instruction ne permettait pas d'affirmer avec une absolue certitude que la nocivité des produits contenant des psoralènes avait été démontrée ; la recommandation de la Commission de les interdire, motivée par le souci de protéger les consommateurs, ne lui a pas paru pour autant fautive. Cette approche témoigne de la préoccupation du juge d'assurer la compatibilité du régime de la faute simple avec la liberté dont doit disposer la Commission pour exercer sa mission d'alerte. En effet, la prudence du Conseil conduit à éviter l'écueil d'un engagement trop facile de la responsabilité de la Commission. Dans sa décision, il écarte d'abord les divers moyens qui tendaient à soutenir que l'avis du 17 septembre 1986 était intervenu ou avait été publié à l'issue d'une procédure irrégulière ou avait été émis par une autorité incompétente. Une illégalité commise sur le terrain de la procédure ou de la compétence aurait été évidemment fautive ; et cette faute aurait été de nature à engager la responsabilité de l'État. Il en résulte que la caractérisation de la faute n'est pas systématique dès lors que l'on est face à une irrégularité. L'octroi d'une indemnité suppose l'existence d'un lien direct entre la faute et le préjudice, et ce lien fait défaut s'il ressort des circonstances de l'espèce qu'une irrégularité mineure n'a pas eu d'incidence sur le sens de la recommandation. Seules des erreurs évidentes, témoignant d'une étude imparfaite de la question abordée ou d'une approche empreinte de partialité devraient ouvrir droit à réparation. Ensuite, la décision du 31 mars 2003 examine le fond de l'avis litigieux pour juger que, eu égard aux études et publications scientifiques qui, à partir de 1981, ont fait état de risques pour la santé engendrés par les produits solaires contenant des psoralènes et notamment du 5-MOP, la Commission a été avisée de se saisir de cette question et, en l'état des connaissances

²⁷³ D. CHAUVAUX, conclusions, art cit, p. 1189.

²⁷⁴ D. CHAUVAUX, conclusions, art cit, p. 1189.

scientifiques de l'époque, n'a pas commis de faute de nature à engager la responsabilité de l'État ni en recommandant l'interdiction de tels produits en 1986 ni en confirmant cet avis en 1995. En résumé, toute erreur d'appréciation commise par un organisme consultatif ne doit pas conduire à un engagement systématique de la responsabilité de la puissance publique²⁷⁵. Le Conseil d'État, par une appréciation restreinte de la régularité de la procédure consultative, assure à la Commission la liberté nécessaire pour remplir sa mission. Cela prête à discussion car le fonctionnement d'un organisme consultatif peut être soumis à des règles nombreuses, résultant de dispositions réglementaires.

389. Enfin, la société *Bergaderm* demande la réparation du préjudice causé par la diffusion de l'avis sur le fondement de la responsabilité sans faute. Le régime de la responsabilité sans faute semble de prime abord plus favorable à la victime du préjudice car elle n'a pas à prouver l'existence d'une faute ; et l'administration ne saurait s'exonérer en prouvant qu'elle n'en a pas commis²⁷⁶. Toutefois, la responsabilité sans faute est, à certains égards, plus contraignante pour la victime en ce qu'elle repose sur une appréciation stricte de son préjudice. En effet, afin d'éviter que tout désagrément du fait de l'action d'une autorité publique soit indemnisable, le juge vérifie que le préjudice est « anormalement grave et spécial ». Autrement dit, même si la limite est parfois difficile à saisir, le recours indemnitaire ne concerne que les préjudices très importants et ne pesant que sur quelques personnes²⁷⁷. En l'espèce, ainsi que le relève Didier CHAUVAUX, la société *Bergaderm* soutenait à juste titre que la diffusion de l'avis lui avait causé un préjudice anormal et spécial : anormal, car elle a subi une perte importante de son chiffre d'affaires ; et spécial, car peu d'entreprises en France se trouvaient concernées par cet avis. En dépit de cette analyse, la Section du contentieux s'en est tenue à une position constante sur ce point. En effet, elle a rappelé que « l'avis de la Commission de la sécurité des consommateurs a été émis en vertu de l'article 14 de la loi du 21 juillet 1983 et publié en application de l'article 17 de cette loi ; qu'eu égard aux objectifs de protection de la santé publique et de la sécurité des consommateurs poursuivis par le législateur, les avis rendus par la Commission de la sécurité des consommateurs ne pouvaient, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires, ouvrir droit à indemnisation, au profit des personnes qui fabriquent ou distribuent un produit pouvant présenter un danger pour la santé publique ou la sécurité des

²⁷⁵ C. GUETTIER, « Conditions de la responsabilité de l'État en cas d'interdiction d'un produit », *Responsabilité civile et assurances*, n° 1, Janvier 2004, comm. 16.

²⁷⁶ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2013, p. 573.

²⁷⁷ D. TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 415.

consommateurs, que s'ils sont constitutifs d'une faute »²⁷⁸. Dès lors, contrairement aux prétentions de la société *Bergaderm*, le Conseil d'État se contente de constater que la loi n'a pas prévu l'indemnisation dans ce cas précis de tous les fabricants visés directement ou indirectement par un avis de la CSC. Autrement dit, l'exacte application d'une loi ayant pour objet la sauvegarde de la santé publique ne peut ouvrir droit à réparation qu'en présence de dispositions le prévoyant expressément. Dans ses conclusions, Didier CHAUVAUX rejeta la question de la responsabilité sans faute en ce qu'il ne pourrait y avoir de rupture d'égalité devant les charges publiques que dans le cas où le produit aurait fait l'objet d'une interdiction en raison de sa nocivité et que celle-ci aurait été infirmée par la suite. Or, la CSC ne dispose pas précisément du pouvoir d'interdire mais seulement celui d'alerter quant aux risques liés à la nocivité des produits soumis à son contrôle. Une telle magistrature d'influence s'avère donc particulièrement adaptée dans les domaines où l'incertitude scientifique domine sans attendre que le risque soit définitivement confirmé²⁷⁹. L'adoption d'un régime de responsabilité sans faute présente le risque dans ce cas de « freiner les ardeurs de la puissance publique au moment de faire connaître l'existence d'un péril sanitaire. Or c'est précisément cette ardeur qu'on lui demande de plus en plus d'avoir : la logique du fameux “principe de précaution”, comme celle d'une répression accrue de la “mise en danger d'autrui”, atteste clairement qu'une tendance lourde s'est fait jour, qui commande de prévenir, dans tous les sens du terme, dès que la sécurité humaine se trouve mise en jeu »²⁸⁰. Cet aspect de la décision *Bergaderm* trouve néanmoins une portée limitée au cas particulier des recommandations adressées aux pouvoirs publics par les organismes chargés de la surveillance des risques pesant sur la sécurité des personnes. On peut donc envisager, *de lege ferenda*, l'application d'un régime de responsabilité sans faute dans le cas d'organisme disposant d'une fonction consultative non attachée à une telle mission d'alerte.

§2 La détachabilité de la décision de diffusion de l'acte diffusé

390. La théorie de l'acte détachable est généralement invoquée par le juge administratif pour étendre le domaine des actes administratifs unilatéraux et donc son contrôle sur l'action administrative. Hormis le domaine des contrats ou celui des actes de gouvernement, la théorie des actes détachables est une solution efficace, voire une « arme »²⁸¹, pour surmonter

²⁷⁸ CE, Sect., 31 mars 2003, n° 188833 et n° 211756, *précitée*.

²⁷⁹ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 662.

²⁸⁰ C. GUETTIER, « Conditions de la responsabilité de l'État en cas d'interdiction d'un produit », *Responsabilité civile et assurances*, n° 1, Janvier 2004, comm. 16.

²⁸¹ F. MODERNE, « Préface » dans B.-F. MACERA, *Les actes détachables dans le droit public français*, Limoges, Presses Univ. Limoges, 2002, p. 17.

l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir dans les situations où son exclusion conduit à conférer une immunité juridictionnelle à une action de l'administration qui « heurte le bon sens »²⁸² (A). Cependant, son application demeure parfois une construction artificielle. En effet, si l'annulation d'un acte détachable d'un contrat peut conduire, dans certains cas, à ce que le juge constate la nullité dudit contrat²⁸³ ; en ce qui concerne l'acte de publication d'un avis ou d'une recommandation, les conséquences de son annulation ne présentent, au contraire, guère d'intérêt pour les personnes concernées car c'est le plus souvent l'information diffusée que le requérant conteste, et non seulement sa diffusion (B).

A. Les enjeux du contrôle de la décision de diffuser un avis

391. Une année après la décision *S.A. laboratoires Goupil*, le juge a eu l'occasion de consacrer la recevabilité d'un recours dirigé contre la décision « verbale » du Premier ministre de diffuser un rapport parlementaire. En l'espèce, dans l'affaire *Église de Scientologie de Paris*²⁸⁴, était en cause un rapport d'un député effectué dans le cadre d'une mission parlementaire à la demande du Premier ministre, publié en 1985 sous le titre « Les sectes en France : expression de la liberté morale ou facteurs de manipulation ». Deux ans après son dépôt, alors qu'il avait déjà suscité l'émoi des principaux organismes visés, le Premier ministre a procédé à sa publication dans la collection « Rapports officiels » de la Documentation française. Après une démarche infructueuse devant le juge pénal, la principale association désignée comme « secte » par le rapport saisit le juge administratif alléguant le caractère infondé des conclusions du rapport et le préjudice moral résultant de sa publication par le Premier ministre. Dans sa décision du 21 octobre 1988²⁸⁵, le juge ne s'attarde pas sur la recevabilité de recours contre la décision de diffuser le rapport, la requalifiant implicitement en décision de nature exécutoire, et examine directement la légalité de la décision au fond. Il consacre ainsi le principe nouveau selon lequel la décision de diffuser un acte non décisoire est, dans certains cas et sous certaines conditions, détachable de l'acte non décisoire publié. Dans ce cas précis, la décision de publication est donc susceptible de faire l'objet d'un contrôle de légalité.

²⁸² O. VAN RUYMBEKE, conclusions sur CE, Sect., 21 octobre 1988, n° 68638 et n° 69439, *Église de scientologie de Paris*, Rec. Lebon, p. 355-361.

²⁸³ M.-C. VINCENT-LEGOUX, « L'office du juge de l'exécution après l'annulation d'un acte détachable de la passation du contrat », *AJDA*, 2011, p.1739.

²⁸⁴ CE, Sect., 21 octobre 1988, n° 68638 et n° 69439, *Église de scientologie de Paris*, Rec. Lebon, p. 353, concl. Olivier VAN RUYMBEKE ; *D.*, 1988, IR, p. 261 ; *AJDA*, 1988, p. 719, chron. M. AZIBERT et M. BOISDEFRE.

²⁸⁵ CE, Sect., 21 octobre 1988, *Église de scientologie*, précité.

392. Cette évolution jurisprudentielle est sans nul doute le fruit de considérations d'opportunité tendant à combler un impensé du droit²⁸⁶. Tenant compte du fait que la diffamation n'est pas caractérisée en la matière, le commissaire du Gouvernement fait un constat sans appel : « une décision de publier un rapport de cette nature heurte les intérêts des personnes concernées et ce, bien plus durement que l'édiction de telle ou telle mesure juridique »²⁸⁷. Or, il peut, dans certains cas, ne trouver aucun juge. L'intérêt de la détachabilité s'apprécie donc au regard : de la difficulté qu'il y a de saisir les effets réels de la diffusion de l'avis ou de la recommandation d'une part ; et de l'incontestable réalité du préjudice moral subi d'autre part. En effet, selon le commissaire du gouvernement, Olivier VAN RUYMBEKE, « ce n'est pas parce qu'un avis, un rapport ou un document n'a pas le caractère d'une décision administrative faisant grief qu'il en va de même de la décision de publier une telle décision »²⁸⁸. On retrouve l'idée développée précédemment, à savoir que la publication d'un acte non décisoire produit des effets que l'acte seul ne saurait produire : une atteinte à la réputation. Or, reconnaître le caractère détachable de la décision de diffusion du rapport apporte une solution aux difficultés de mise en œuvre de la responsabilité pour faute de l'État lorsque le préjudice est purement moral²⁸⁹.

393. L'enjeu de cette solution s'apprécie donc en raison des difficultés qu'il y a parfois à prouver un préjudice purement moral dans le cadre d'un recours indemnitaire. Contrairement à Martine LAROQUE qui voyait dans la mise en œuvre de la responsabilité de l'État un moyen de saisir les effets de la publication d'un avis, le commissaire du Gouvernement, Olivier VAN RUYMBEKE, constate que la responsabilité de l'État est difficilement – et rarement – engagée lorsqu'il s'agit d'un préjudice purement moral²⁹⁰. En effet, l'atteinte à la réputation seule ne suffit pas à caractériser le préjudice si elle ne s'accompagne pas de conséquences économiques ou tangibles sur la situation juridique de l'intéressé, des conséquences qui permettent d'évaluer l'ampleur de l'atteinte portée à la réputation du requérant. Par conséquent, au regard du vide juridique, l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision de publier apparaît comme le seul moyen à disposition du juge lui permettant de saisir les effets, pourtant bien réels, d'un acte administratif qui ne « contient aucune décision juridique [et] n'a aucun

²⁸⁶ M. GUYOMAR, conclusions sur CE, 16 janvier 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe*, *AJDA*, 2006, p. 831.

²⁸⁷ O. VAN RUYMBEKE, conclusions, art cit, p. 357.

²⁸⁸ *Ibid*, p. 356.

²⁸⁹ Cf. P1. T2. Ch.2. Sect.3. §1. A, p. 318-319.

²⁹⁰ O. VAN RUYMBEKE, conclusions, art. cit., p. 359.

effet de droit »²⁹¹. Partant, dans le cas où le fait générateur du dommage est une décision faisant grief, conformément au principe cardinal de la responsabilité administrative, toute illégalité constatée est constitutive d'une faute. En l'état du droit, le rapport, en tant qu'il relève de la fonction parlementaire, ne peut pas en toute logique s'apparenter à une décision administrative et, *a fortiori*, décisive. Dans cette espèce, ce sont les décisions « périphériques »²⁹² à l'acte publié qui peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité et donner lieu, le cas échéant, à une action indemnitaire. En effet, si l'acte de publication est détachable et qu'il est déclaré illégal, car il ne respecte pas, notamment, les conditions procédurales imposées par le législateur, il est constitutif d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État ; sous réserve toutefois que le requérant, qui en fait la demande, démontre le lien direct entre le préjudice et l'irrégularité de l'acte contesté.

394. Si cette solution est *a priori* généralisable à l'ensemble des décisions de diffusion d'un acte porteur d'une information, elle ne l'est qu'à la condition que le requérant démontre la finalité distincte de la décision de diffuser l'acte de l'acte lui-même²⁹³. En d'autres termes, il convient de distinguer la publicité d'un acte administratif unilatéral déterminant son opposabilité ou son entrée en vigueur de la décision de diffuser un acte indicatif dont la finalité est de le porter à la connaissance de l'opinion publique ou d'une opinion sectorielle ou, de manière plus radicale, de dénoncer un comportement qui pose problème. L'ouverture du recours contre la décision de publication se fonde donc sur les effets propres d'une telle décision. En effet, la valeur de la publicité n'est pas entièrement liée à l'acte publié, elle a une valeur en soi, une finalité spécifique qui justifie son caractère détachable. Cette solution apparaît clairement dans la décision du 7 août 2008 relative à la publication par la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) sur son site internet de la quatrième de couverture d'un livre intitulé « Nicolas, 25 ans, rescapé des témoins de Jéhovah » dont l'objectif était clairement de « dénoncer les dérives sectaires sous toutes [leurs] formes »²⁹⁴. En l'espèce, l'acte publié n'est ni une décision ni une recommandation. L'intention de la MIVILUDES était d'accorder une publicité importante à la thèse de l'auteur par une diffusion large *via* son site Internet. C'est précisément la décision de livrer à l'opinion publique

²⁹¹ *Ibid.*, p. 353.

²⁹² L. CALANDRI, « Le pouvoir de recommandation de la Commission des clauses abusives », art cit, p. 14.

²⁹³ Logiquement, cette solution ne peut pas « valoir pour les cas où la publication d'une décision ne constitue pas une décision distincte de celle qui est publiée » (M. GUYOMAR, conclusions sur CE, 16 janvier 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe*, art cit, p. 830).

²⁹⁴ CE, 7 août 2008, n° 310220, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, Rec. Lebon p. 312 ; *AJDA*, 2008, p. 1570.

des éléments d'information qui, en soi, n'ont pas de contenu normateur, mais dont la divulgation peut avoir des incidences sur ceux qui sont mis en cause, qui était susceptible ici de faire grief²⁹⁵. Plusieurs arrêts marquent d'ailleurs la pérennité de cette solution et son extension aux actes des autorités administratives indépendantes. Ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt *Éditions Tissot*, Luc DEREPAIS considère que la publication d'une recommandation par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), si elle produit des effets négatifs, peut être mise en cause directement devant le juge de l'excès de pouvoir²⁹⁶.

395. Enfin, le contrôle de la décision de publication doit être distingué de celui du contrôle indirect de l'acte publié. La détachabilité implique que le contrôle de la décision de publier un acte ne peut pas s'étendre, même indirectement, à l'acte publié²⁹⁷. Dans l'affaire, *Église de scientologie de Paris*, la question ne se posait pas en raison de la nature du rapport en cause qui, par principe, ne pouvait faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, car ayant été adopté dans le cadre d'exercice de la fonction parlementaire. Toutefois, dans sa décision *Fédération du Crédit Mutuel Centre Est Europe*, le Conseil d'État, saisi d'un recours contre une recommandation de la Commission des clauses abusives (CCA) et contre la décision du ministre chargé de la consommation de la publier au Bulletin officiel de la concurrence, considère qu'il « ne lui appartient pas de se prononcer sur des moyens par lesquels serait mis en cause le contenu de la recommandation et, notamment, sa légalité »²⁹⁸. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Éditions Tissot*, Luc DEREPAIS met également en garde le juge afin que « la voie de recours ainsi ouverte ne se substitue pas à celle qui aurait pu être ouverte contre l'acte lui-même, car [...] dans ce cas de figure [...] le contenu de l'acte publié ne peut être mis en cause à l'occasion de la contestation de sa publication »²⁹⁹. Là réside sans doute l'artificialité de la solution *Église de scientologie de Paris*. En effet, le rapport, la recommandation ou encore l'avis, produisent des effets en soi du fait de leur contenu, de la position arrêtée par l'autorité. Cependant, le juge se contente de constater le caractère non décisif de l'acte publié. Le

²⁹⁵ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, France, L.G.D.J., 2003, p. 194.

²⁹⁶ L. DEREPAIS, conclusions sur CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, art cit, p. 2148.

²⁹⁷ Dans l'affaire *Eglise de scientologie de Paris*, les requérants faisaient valoir que le rapport parlementaire intitulé *Les sectes en France, expressions de la liberté morale ou facteurs de manipulations* méconnaissait des principes juridiques telles que les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation de l'Église et de l'État et reposait sur des faits matériellement inexacts. Toutefois ces moyens ne portaient que sur les analyses et conclusions du rapport alors que la décision dont la légalité était examinée était celle du Premier ministre de faire publier le rapport. Ces moyens ont donc été jugés irrecevables en ce qu'ils ne peuvent être utilement invoqués à l'encontre de la décision de diffuser le rapport (CE, 21 octobre 1988, n°s 68638, 69439, *précitée*).

²⁹⁸ CE, 16 janvier 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe*, T. Lebon, p. 995 ; *AJDA*, 2006, p. 828, concl. M. GUYOMAR ; *D*, 2006, p. 576, obs. V. AVENA-ROBARDET.

²⁹⁹ L. DEREPAIS, conclusions sur 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, art cit.

préjudice, dans ce cas, n'est caractérisé que dans la mesure où la publication qui amplifie les effets de l'acte publié est déclarée illégale.

B. L'intérêt limité du contrôle de la légalité de la décision de publication

396. Au-delà des enjeux propres à l'exercice d'une magistrature d'influence, l'intérêt du recours dépend notamment de l'intensité du contrôle opéré sur la décision de diffuser une information contenue dans un rapport, un avis ou une recommandation. Dans sa décision *Église de scientologie de Paris*, le juge accepte de statuer sur l'existence d'un détournement de pouvoir ou d'une violation à la législation relative à la diffusion de l'information, mais refuse d'exercer un quelconque contrôle sur l'appréciation à laquelle s'est livré le Premier ministre en prenant la décision de diffuser le rapport. Le juge suit en cela les analyses de son commissaire du Gouvernement, selon qui la matière s'avère gouvernée par « une totale liberté d'appréciation de l'administration ». Le juge administratif ferme ainsi la possibilité d'opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Cette solution a été confirmée dans la décision du 16 janvier 2006 relative à la publication d'une recommandation de la Commission des clauses abusives. Dans ses conclusions, Mattias GUYOMAR, défend la position selon laquelle il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de s'ériger « en censeur de cette marge d'appréciation ». Il juge « préférable d'assumer une absence de contrôle sur ce point que d'afficher l'existence d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation étant entendu dès le départ qu'il n'y aura jamais matière à annulation »³⁰⁰. Autrement dit, le juge est susceptible de vérifier que la décision de diffuser l'information n'est pas entachée d'illégalité externe, d'erreur de fait, d'erreur de droit ou de détournement de pouvoir, mais l'appréciation à laquelle se livre l'autorité pour décider une telle publication échappe à son contrôle. Ni le contenu de l'acte publié ni l'appréciation de sa publication ne sont susceptibles d'être discutés devant le juge de l'excès de pouvoir. Cette appréciation relève de la pure opportunité. Elle manifeste le souci du juge de ne pas s'immiscer trop avant dans le contrôle des éléments d'exercice d'une magistrature d'influence tout en confirmant l'extension de son contrôle aux décisions de diffuser un rapport, un avis ou une recommandation. En l'état, cette solution est susceptible de réfréner l'élan des requérants voulant contester la décision de publication.

397. De plus, cette jurisprudence n'a d'intérêt que si la décision de publication fait l'objet d'un encadrement spécifique. En effet, le juge devra, lorsque le texte le prévoit, vérifier que les limites matérielles ou les garanties procédurales imposées par le législateur ont été respectées

³⁰⁰ M. GUYOMAR, conclusions sur CE, 16 janvier 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe*, art. cit., p.831.

par l'autorité (anonymisation, secret professionnel, observations de la personne mise en cause, délai de publication, etc.). Par exemple, dans sa décision du 16 janvier 2006, le juge vérifie que la condition posée à l'article L132-4 du Code de la consommation relative à l'identification de situations individuelles a bien été respectée. De façon générale, depuis la décision du 12 octobre 2009, la faculté de diffuser un rapport ou une recommandation sur le site internet de l'autorité trouve une base légale dans l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978³⁰¹, par leur assimilation à des documents administratifs³⁰². Les recommandations des autorités sont donc soumises à la législation relative à la diffusion de l'information des documents administratifs³⁰³. Parfois, la décision de diffuser un avis ou une recommandation fait l'objet d'un encadrement spécifique prévoyant des garanties procédurales liées au contexte de son émission. Il en va ainsi de la diffusion d'un rapport spécial par le Défenseur des droits lorsqu'il n'a pas été donné suite à ses recommandations³⁰⁴. Avant sa diffusion, le Défenseur est tenu de communiquer ledit rapport « aux personnes mises en cause et les inviter à produire leurs observations dans un délai qui, sauf urgence, ne peut-être inférieur à un mois avant de le rendre public »³⁰⁵. La condition d'urgence est dès lors susceptible de faire l'objet d'une discussion devant le juge de l'excès de pouvoir sans pour autant que la recommandation fasse indirectement l'objet d'un contrôle. Le contrôle de la décision de publication rend possible un référé suspension, conformément à l'article L521-1 du Code de justice administrative³⁰⁶, afin de faire obstacle à la diffusion d'un avis ou d'une recommandation susceptible de porter un préjudice de façon suffisamment grave et immédiate à un intérêt du requérant³⁰⁷. La formalisation des pouvoirs de diffusion apporte

³⁰¹ Article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (version consolidée au 17 octobre 2016). Désormais, cet article a été codifié à l'article L300-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

³⁰² Cf. P1. T2. Ch.2. Sect.1. §2. A.

³⁰³ Chapitre II intitulé « Diffusion des documents administratifs » dans le Code des relations entre le public et l'administration (Articles L312-1 et s.).

³⁰⁴ Article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

³⁰⁵ Article 15 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits, *JORF*, n° 0175, 30 juillet 2011, p. 13020, texte n° 26.

³⁰⁶ Article L521-1 du Code de justice administrative.

³⁰⁷ Dans une ordonnance du 22 novembre 2007 le juge des référés a ainsi examiné l'urgence du retrait du site de MIVILUDES de la mention sur l'une des rubriques du site Internet de la parution d'un ouvrage, présenté avec la reproduction de sa quatrième de couverture, au motif que la décision de publication méconnaît les principes de laïcité, de neutralité et d'impartialité de l'État, qu'elle porte atteinte à la liberté de culte et qu'elle donne la caution des autorités publiques à des accusations non fondées portant ainsi atteinte à l'honneur, la réputation et la présomption d'innocence (CE, ord. réf., 22 novembre 2007, n° 310221, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, Inédit au recueil Lebon).

une pertinence au contrôle du juge, les AAI n'étant plus totalement libres dans leurs pratiques de diffusion.

398. En définitive, l'étendue limitée du contrôle du juge sur l'acte de publication relativise l'intérêt de sa détachabilité pour les personnes concernées. Cette solution a d'ailleurs suscité des interrogations légitimes chez certains auteurs, s'interrogeant sur la pertinence de limiter le contrôle à la décision de diffuser l'acte, alors même que le préjudice résulte de toute évidence du contenu de l'avis ou de la recommandation diffusée. Cécile PERES souligne ainsi le paradoxe d'une telle solution lorsqu'elle énonce que le Conseil d'État « réalise [...] un étonnant tour de force consistant, dans la même décision, à exercer son contrôle juridictionnel sur un acte (la décision de publier la recommandation) pour les raisons précises (sa seule autorité de fait) qui l'ont conduit à y soustraire un autre (la recommandation) »³⁰⁸. Ce recours pour excès de pouvoir exercé à l'encontre de la décision de publication ne peut apparaître aux yeux des personnes lésées que comme un pis-aller. Il est certain que c'est le contenu des rapports, recommandations ou autres avis qui suscite d'abord la contestation. Attaquer la publication, en tant qu'amplificateur de la portée de ces actes, ne permet que d'en limiter le préjudice. Par ailleurs, ces auteurs dénoncent un contentieux rare et sans véritable intérêt puisque le contrôle opéré par le juge administratif est minimal. Dans ses décisions du 21 mars 2016³⁰⁹, le juge administratif semble avoir tenu compte des critiques ou de la prise de conscience du caractère inadapté du recours contre l'acte de publication lorsque les motifs du requérant visent précisément le contenu de l'acte publié et cherche à mettre un terme aux effets de la publication. Ainsi, de façon catégorique, le juge administratif consacre l'artificialité de la publicité comme décision faisant grief et surtout son caractère infructueux pour les personnes concernées. En effet, en considérant recevable un recours pour excès de pouvoir dirigé contre des actes non décisifs dans la mesure où ils produiraient des effets réels, du fait de leur publication notamment, le juge administratif, sans nier la réalité de la décision distincte de publication, rétablit l'ordre des choses et facilite le recours contre les effets liés à l'atteinte à la réputation³¹⁰. En l'espèce, dans la décision *Fairvesta*, la société requérante demandait entre autres choses l'annulation des communiqués de l'Autorité des marchés financiers (AMF) visant son activité et qu'il soit

³⁰⁸ C. PÉRÈS, « Le juge administratif et les recommandations de la commission des clauses abusives », *Revue des contrats*, juillet 2006, p. 673.

³⁰⁹ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, Rec. Lebon, p.71, concl. S. VON COESTER, p. 81.

³¹⁰ L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « un recours souple pour le droit souple », note sous CE, Ass, 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société Numéricable*, *AJDA*, n° 13, 2016, p. 722.

enjoint à l'Autorité de les retirer de son site internet. Elle exigeait également la condamnation de l'AMF à les indemniser du préjudice subi, à hauteur de 10 millions d'euros pour le préjudice économique et de 5 millions d'euros pour le préjudice d'image. Au-delà de ce que cette décision apporte sur la recevabilité des recours dirigés contre les actes non décisifs manifestant l'exercice d'un pouvoir d'influence³¹¹, elle fait perdre son intérêt à la distinction entre la « décision de publier » et l'acte publié issu de la jurisprudence *Église de scientologie de Paris*³¹², précisément lorsque, comme c'est le cas dans la décision *Fairvesta*, l'autorité adoptant l'acte publié et décidant de le publier est la même. En effet, le dépassement de cette jurisprudence a été motivé par le fait que la détachabilité semblait « peu appropriée aux hypothèses, comme en l'espèce, où c'est la prise de position qui est critiquée et non le principe de sa publication »³¹³. Cette jurisprudence présente l'avantage que l'annulation de l'acte publié implique jusqu'à ce que l'autorité ait réexaminé l'affaire, le retrait de l'acte publié, voire de la publication, sur le site de l'autorité concernée, de la décision juridictionnelle d'annulation³¹⁴.

³¹¹ Cf. P2. T2. Ch.2. §3.

³¹² L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, « un recours souple pour le droit souple », note sous CE, Ass, 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société Numéricable*, *AJDA*, n° 13, 2016, p. 722.

³¹³ S. von COESTER, conclusions sur CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082 et autres, *RFDA*, 2016, p. 499.

³¹⁴ Cf. P2. T2. Ch.2. §3.

Conclusion du titre 2

399. En définitive, la magistrature d'influence des AAI consiste à exercer un pouvoir sans administrer ou juger, mais en rendant transparentes les pratiques institutionnelles, les enjeux et les pratiques des secteurs régulés par la diffusion d'une information claire, pertinente et impartiale. Les usages de l'information par les AAI recouvrent ainsi deux finalités qui, *in fine*, se rejoignent : une finalité incitative d'abord qui, sans aller jusqu'à imposer un comportement, indique nettement une orientation à suivre ; et une finalité démocratique par la stimulation du débat public et le renforcement de la capacité de contrôle de l'opinion publique ou d'une opinion sectorielle. Comme en témoigne le nombre important d'avis, de recommandations, de rapports ou de communiqués de presse émis par les AAI, la régulation par l'information – la transparence des situations et la stigmatisation – s'est imposée comme une figure complémentaire de la régulation juridique traditionnelle. Bien plus que de simples rappels au droit, ces avis et recommandations participent à définir et diffuser une « culture » attachée à leur domaine de compétence afin que les personnes concernées adoptent un comportement conforme à la conception des libertés considérée comme optimale par les autorités.

400. Ce constat se double de celui des limites attachées à la maîtrise de la publicité lorsque celle-ci s'utilise dans une finalité punitive. L'identification d'une véritable contrainte psychologique remet en question l'idée selon laquelle l'autorité exercerait une simple magistrature d'influence. En effet, au regard de ses caractéristiques, une magistrature d'influence s'apprécie à l'aune d'une fonction préventive et non d'une fonction punitive. En l'occurrence, l'autorité qui dénonce le comportement d'un particulier n'exerce plus une simple influence, mais bien, selon l'étendue de la diffusion et le contenu diffusé, un pouvoir d'injonction. En tout état de cause, si la frontière entre une simple pression (potentiellement préjudiciable) et une sanction n'est pas toujours facile à déterminer, l'atteinte à la réputation par la stigmatisation implique, le cas échéant, de prévoir dans la loi la garantie des droits des personnes visées, en s'inspirant notamment du modèle de celles applicables aux sanctions administratives. Enfin, les frontières poreuses entre les différents usages de l'information imposent au juge d'appréhender au cas par cas, et ce de façon réaliste, les conséquences et la portée d'un tel pouvoir de diffusion de l'information.

Conclusion de la première partie

401. L'indépendance et la maîtrise de l'information par les AAI inscrivent celles-ci dans un renouvellement de la légitimité des pratiques de pouvoir de l'État. Située « à côté » des structures traditionnelles, la « sagesse » revendiquée des AAI n'est pas fondée démocratiquement. On peut même considérer que « cette indépendance, nécessairement associée à un déficit démocratique, constitue la condition de l'impartialité et de la neutralité et ultimement de la légitimité de ces autorités »³¹⁵. Ainsi que le signalait Evelyn PISIER, « sagesse et indépendance entretiennent un étroit rapport pour le “sens commun”. Le sage est d'abord celui dont l'opinion n'est ni soumise, ni dépendante »³¹⁶. La sagesse renvoie ici à la mise en avant d'une forme singulière de légitimité au sein des institutions qui repose sur la reconnaissance d'une expertise sérieuse car fondée sur l'expérience et d'une expertise « juste » car fondée sur l'impartialité de son auteur. C'est la combinaison d'un magistère d'influence – le caractère raisonnable du sage – et d'une capacité d'action – condition de la qualité de l'expertise – qui conditionne en définitive l'exercice d'une magistrature d'influence. En ce sens, cette catégorie participe d'un processus de légitimation de l'État par l'usage de procédures variées destinées à susciter le consentement et à développer le soutien des membres de la communauté sans usage de la contrainte³¹⁷, permettant ainsi de fonder autrement la légitimité de l'intervention de l'autorité publique³¹⁸.

402. Paradoxalement, la magistrature d'influence, fondée sur la compétence technique, le caractère raisonnable ou encore l'impartialité de l'expertise, est indissociable d'un mouvement de juridicisation de son exercice. En effet, l'influence des autorités administratives indépendantes n'apparaît acceptable en définitive que dans la mesure où elle est encadrée et limitée par les contraintes de la légalité. La soumission de cette magistrature au contrôle du juge – notamment par la décision *Retail* – manifeste l'idée selon laquelle l'indépendance et l'absence de contrainte directe issue de l'influence ne suffisent pas à soustraire cet office aux exigences attachées à l'État de droit. Certes, en tant que fondé sur l'influence, un tel office n'implique pas l'exercice d'une contrainte directe sur le comportement des personnes.

³¹⁵ S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », art cit, p. 26.

³¹⁶ E. PISIER, « Vous avez dit indépendantes? Réflexions sur les AAI », art cit, p. 74.

³¹⁷ J. LAGROYE, *Sociologie politique, op. cit.*, p. 400.

³¹⁸ Voir sur ce point : Conseil d'État, *L'intérêt général*, EDCE, n° 50, La Documentation française, Paris, 1999, p. 332.

D'ailleurs, l'étude des compétences liées au recueil et à la diffusion de l'information conduit plutôt à relativiser la distinction que l'on observe parfois dans les ouvrages ou manuels de droit entre les autorités sans pouvoir de décision et les autorités disposant d'un tel pouvoir³¹⁹. En effet, les AAI disposent de nombreuses compétences contraignantes tant lors de la communication des informations nécessaires à leur mission que lors de la diffusion de l'information conformément aux garanties attendues par les administrés. Mais c'est sur le plan des manifestations normatives de leur influence, révélant une prétention à diriger, que la juridicisation de l'influence des AAI va acquérir un statut spécifique dans le champ du droit.

³¹⁹ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8^e éd., Paris, Armand Colin, 2009, p. 201 et s.

DEUXIEME PARTIE : LES MANIFESTATIONS

NORMATIVES DE LA MAGISTRATURE D'INFLUENCE DES

AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

403. Bien que les manifestations d'influence des autorités administratives indépendantes n'aient par définition aucune portée contraignante, elles révèlent néanmoins la prétention des autorités à influencer sur les comportements, à diriger les conduites. À cet égard, les autorités disposent d'une variété de moyens et d'instruments leur permettant d'orienter les comportements sans édicter de norme obligatoire¹. Toutefois, par la mobilisation d'instruments aussi variés que les recommandations, avis, communiqués ou mises au point, les autorités sont susceptibles de poser des normes, en ce que l'énoncé de ces actes a pour finalité de servir « d'étalon de valeur pour les conduites effectives »².

404. Traditionnellement, sur le plan juridique, la norme est associée aux énoncés impératifs susceptibles d'exposer à des sanctions ceux qui contreviennent à ses prescriptions. Mais, au-delà de cette conception kelsénienne, relèvent également du domaine de la norme les énoncés qui recommandent un modèle de comportement à leurs destinataires, en ce qu'ils permettent de « déterminer la valeur positive ou négative d'un comportement, selon que ceux-ci sont conformes ou contraires »³. Dans cette hypothèse, la conduite n'est pas imposée, mais suggérée. L'efficacité de cet énoncé normatif dépend d'éléments extrinsèques tels que la nature de la relation entre son auteur et le ou les destinataires. La magistrature d'influence, en ce qu'elle participe d'un usage recommandationnel de la norme, s'inscrit dès lors dans le renouvellement des réflexions sur la normativité en droit.

405. Les instruments par lesquels les autorités administratives indépendantes recommandent ou incitent constituent une voie de production normative parallèle ou alternative à la production impérative. Cette voie se caractérise par sa souplesse en ce qu'elle est soustraite aux exigences

¹ Les autorités développent des stratégies d'influence susceptibles de trouver une variété d'expressions ou de manifestations dont l'identification n'est pas toujours saisissable par le raisonnement juridique. Il convient de néanmoins les garder à l'esprit (lobbying, formation, campagne de communication, etc.) afin de ne pas réduire l'expression d'une magistrature d'influence à ses seules expressions normatives.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (1962), 2^e éd., trad. C. EISENMANN, Paris, Bruylant LGDJ, 1999, p. 23.

³ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, France, L.G.D.J., 2003, p. 21.

du formalisme juridique. Son statut juridique est dès lors beaucoup plus incertain. Toutefois, une analyse attentive de la réglementation et des décisions relatives à ces instruments révèle un changement de tendance commandé par la nécessité de tenir compte du pouvoir réellement exercé, c'est-à-dire de la pression exercée sur la volonté du destinataire. L'encadrement des manifestations normatives s'observe ainsi par l'établissement progressif d'une réglementation des actes de la magistrature d'influence – un droit des actes à visée recommandationnelle. Ce droit désigne ainsi l'ensemble des règles de compétence et de forme qui prennent la magistrature d'influence pour objet.

406. Il apparaît utile de revenir, en premier lieu, sur les instruments normatifs caractéristiques de l'exercice d'une magistrature d'influence afin de dissiper les incertitudes relatives à leur nature et leurs effets (Titre premier). En second lieu, il convient de poursuivre par l'étude de leur encadrement – ou des tentatives d'encadrement – afin de déterminer si ces instruments doivent être traités comme des actes juridiques avec les garanties que cela suppose, prenant ainsi le risque de nier la souplesse qui fait leur intérêt, ou si, au contraire, ils demeurent confinés hors des frontières du droit avec les conséquences inverses (Titre second).

Titre 1. Les instruments normatifs de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

407. Parmi les divers instruments normatifs que les AAI mobilisent dans le cadre de leur magistrature d'influence pour orienter les conduites, nous distinguerons les normes à visée recommandationnelle d'une part (Chapitre 1) et les normes à visée incitative d'autre part. Les secondes se distinguent des premières en ce qu'elles font naître un lien de nature juridique entre le destinataire et le destinataire de la norme (Chapitre 2). En effet, ce second chapitre sera consacré à l'étude de normes qui se rapprochent des normes recommandationnelles en ce qu'elles préservent la liberté d'adhésion du destinataire de la norme – le destinataire peut ignorer la norme sans risque de sanction –, mais qui en diffèrent néanmoins : soit parce qu'elles imposent des obligations procédurales ou de suivi ; soit, en ce qui concerne la norme incitative positive, parce qu'elles subordonnent le bénéfice d'un avantage à un comportement déterminé du destinataire de la norme.

Chapitre 1. Les instruments recommandationnels de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

408. Bien qu'il n'en épuise pas les manifestations, le procédé recommandationnel constitue l'expression caractéristique de l'exercice de la magistrature d'influence des AAI. Il consiste à émettre un acte à visée recommandationnelle, c'est-à-dire un acte dont l'objet est une « invitation à agir dans un sens déterminé »¹. Le comportement, qui est l'objet de l'acte, est dès lors proposé au destinataire qui reste libre de modifier ou de ne pas modifier sa conduite.

409. Pour autant, ce procédé n'est pas propre aux AAI, tant s'en faut ; il est en effet reconnu de longue date à l'administration un pouvoir ou une force de proposition et de recommandation². Dans un rapport présenté au Congrès mondial de droit comparé qui s'est tenu à Athènes en 1994 – et que Yves GAUDEMET a contribué à diffuser en France³, Tokiyasu FUJITA insistait sur ce qu'il considérait être un aspect véritablement novateur des manifestations dites « informelles » de l'action de l'administration. Le constat était que l'administration, à travers les conseils prodigués de façon informelle aux administrés, avait pour prétention de diriger les conduites au-delà de la vie interne de l'administration⁴. Considéré comme « le pouvoir minimum »⁵ des autorités administratives indépendantes, le procédé frappe toutefois par l'ampleur de son utilisation⁶ et son caractère indissociable de la catégorie des AAI. La singularisation de ce procédé n'est pas motivée par l'identification d'une manifestation inédite d'exercice du pouvoir, mais par une approche renouvelée de ce pouvoir⁷, appuyée par des techniques de persuasion diverses attachées notamment à l'activité de conseil et d'assistance des AAI⁸.

¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 852.

² P. GONOD, « L'administration et l'élaboration des normes » dans P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 535.

³ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 645 et s.

⁴ Ces actes informels « s'adressent aux administrés, mais sans les contraindre juridiquement » (*Ibid*).

⁵ Ainsi peut-on lire dans l'étude sur les AAI du Conseil d'État que « le pouvoir minimum confié aux autorités administratives indépendantes est celui d'émettre un avis, de formuler des propositions ou des recommandations » (Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 308).

⁶ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 288.

⁷ L'étude du pouvoir exercé dans le cadre d'une activité de conseil est relativement ancienne. Notons qu'elle fait l'objet d'un chapitre entier dans le *Léviathan* de Thomas HOBBS de 1651 sous le titre « Du conseil » (T. HOBBS, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. F. TRICAUD, Paris, Dalloz, 1999, p. 270-280).

⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, vol. 1/2, p. 441 et s.

410. L'adjonction du terme « pouvoir » à la dénomination des actes à visée recommandationnelle – pouvoir d'avis, de proposition ou de recommandation – indique la reconnaissance d'une magistrature d'influence. Elle dénote l'existence d'une volonté de diriger les conduites⁹ par-delà le fait de proposer. Dans ce cas, parler de normativité – entendue comme l'ensemble des caractéristiques attachées à un procédé normatif (énonciation et usage d'une norme) – revient à apprécier l'intention de l'émetteur du référentiel normatif de diriger les conduites sans contraindre d'une part et la préservation de la liberté de choix du destinataire d'adhérer à la norme d'autre part. L'exercice d'une magistrature d'influence, par le procédé recommandationnel notamment, implique donc l'émission d'une proposition prescriptive que l'on classe parmi les procédés normatifs (Section 1). Dans l'État dit « post-moderne »¹⁰, les formes d'exercice du pouvoir ont été renouvelées par l'institution de magistratures d'influence¹¹, privilégiant la persuasion par rapport au commandement¹². Toutefois, ces instruments souples de direction des conduites n'en manifestent pas moins l'exercice d'une pression, plus ou moins forte, exercée sur la liberté d'adopter le comportement suggéré. Dans ce cas, la prise en compte de la volonté de l'émetteur de la norme et la nature de l'instrument adopté ne suffisent pas à déterminer la réalité de la pression exercée. L'existence d'un déséquilibre de la relation entre le destinataire et le destinataire de la norme – le plus souvent au profit du destinataire –, selon son importance, peut conduire à la remise en question de la nature non contraignante du dispositif. Sur ce point, l'étude des caractéristiques de la relation entre l'émetteur de la norme et son destinataire, ainsi que leurs qualités respectives, s'avère déterminante pour saisir s'il y a une préservation effective de la liberté d'adhésion du destinataire (Section 2).

Section 1. Le procédé recommandationnel, générateur de propositions normatives non impératives

411. Le renouvellement des réflexions sur les normes doit beaucoup aux travaux de Paul AMSELEK dont l'œuvre a été déterminante dans la pensée juridique française. Il a en effet

⁹ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012, p. 243.

¹⁰ Sur cette notion : J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, France, LGDJ-Lextenso éd., 2008, 266 p.

¹¹ P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 106.

¹² Comme le rappelle Paul SABOURIN, dans le champ de la régulation sociale « c'est l'analyse fonctionnelle et surtout "systémique" qui fait ressortir l'idée que le rôle du pouvoir serait moins de dicter des ordres aux acteurs sociaux que d'établir entre eux un "Code de déontologie" dont il veillerait à l'application » (P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 107).

contribué à recentrer la définition de la « norme » sur sa signification originelle, à savoir un « instrument de mesure du déroulement du cours des choses »¹³. Dès lors, la visée recommandationnelle permet de saisir, plutôt qu'un type de norme en particulier qui se caractériserait par sa souplesse, un usage particulier de la norme (§1). L'identité de la vocation instrumentale des normes recommandationnelles et des normes juridiques – diriger les conduites – invite à s'interroger sur les critères de juridicité d'une norme afin de déterminer dans quelles conditions la norme recommandationnelle peut-être ou non considérée comme une norme juridique (§2).

§1 La vocation directive du procédé recommandationnel

412. La spécificité du procédé recommandationnel réside dans son principe normatif d'une part (A) ; et dans sa nature intrinsèquement informelle d'autre part, ce qui rend difficile l'établissement d'une typologie des actes adoptés dans le cadre d'une magistrature d'influence (B).

A. Le contenu normatif du procédé recommandationnel

413. Considérer qu'une norme remplit une visée recommandationnelle n'est recevable que si l'on admet qu'une norme ne renferme pas nécessairement un impératif. Une proposition peut être prescriptive alors même qu'elle n'est pas, dans sa nature, impérative. Pour appréhender le phénomène recommandationnel sous cet angle, il convient de sortir d'une conception de la norme réduite à la contrainte ou à l'impératif. Lorsqu'une autorité émet une recommandation ou un acte à visée recommandationnelle, elle « invite » une personne ou un groupe de personnes à adopter un comportement déterminé. Quelle que soit la formulation de la recommandation, qu'il s'agisse d'une exhortation à agir ou d'une simple suggestion, la visée recommandationnelle se caractérise par sa finalité directive. La souplesse de cette expression normative réside dans le fait que « recommander » correspond à proposer, suggérer, orienter voire diriger (guider) ; mais à aucun moment ne se confond avec une prescription impérative. Dans son ouvrage *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, André LALANDE avait déjà eu l'occasion de mettre en garde contre la confusion entre normativité et impérativité. En effet, selon lui, une norme n'est pas nécessairement une loi ni un commandement, « elle peut être un idéal, sans aucun caractère d'obligation ». À cet égard, le normatif est « un genre qui contient deux espèces principales : l'impératif et l'appréciatif »¹⁴. Dans ce schéma, la

¹³ M. TROPER et D. LOCHAK, « NORME » dans A.-J. ARNAUD et alii (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 399.

¹⁴ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1993, vol. 2/2, p. 691.

recommandation relève de l'appréciatif. André LALANDE définit l'impératif comme une proposition qui prend la forme d'un commandement tandis qu'il illustre l'appréciatif¹⁵ par la formule suivante : « ceci vaut mieux que cela »¹⁶.

414. Cette mise en garde d'André LALANDE se comprend au regard de la définition de la « norme » qui, dans son acception originelle, s'apparente à un instrument de mesure, un modèle de comportement. Suivant cette définition, il apparaît dès lors peu pertinent de la réduire la norme à une manifestation particulière – un modèle de comportement imposé ou recommandé. Paul AMSELEK rappelle que « la norme ou la règle répond toujours à la même finalité : elle sert à mesurer, à évaluer, à juger »¹⁷, elle permet d'identifier une mesure ou une référence, un repère par rapport auquel la conformité d'un objet ou d'une action est appréciée, tel un « terme de comparaison »¹⁸. Sa nature « recommandationnelle », c'est-à-dire non impérative, n'en amoindrit pas son caractère normatif. Comme le fait remarquer Paul AMSELEK, « une proposition n'est pas norme en tant qu'elle exprime, qu'elle indique, qu'elle décrit ma volonté, mais en tant qu'elle formule un modèle »¹⁹. En d'autres termes, une norme n'est pas telle parce que son émetteur chercherait à l'imposer ou qu'il disposerait de la compétence de l'imposer, mais uniquement parce qu'il décide de fournir un modèle.

415. Les recommandations ou les actes à visée recommandationnelle s'inscrivent dans la dualité normative proposée par Paul AMSELEK entre les normes à fonction directive et les normes à fonction cognitive. Parmi les normes à fonction directive, il distingue « d'une part les normes éthiques et les normes techniques, d'autre part les normes à fonction directive autoritaire ou commandements et les normes à fonction directive souple, non autoritaire, ou recommandations »²⁰. P. AMSELEK, en insistant sur l'aspect nécessairement directif de la norme éthique, que celle-ci soit de nature recommandationnelle ou impérative, permet de dissocier clairement la finalité d'une norme de la contrainte qui peut y être attachée²¹. En d'autres termes, les normes peuvent être directives sans imposer un comportement. L'élément essentiel réside

¹⁵ Selon André LALANDE, apprécier est une « opération de l'esprit qui s'oppose à la description ou explication, comme le droit au fait, ce qui devrait être à ce qui a été réalisé » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1993, vol. 2/1, p. 71).

¹⁶ *Ibid.*, p. 479.

¹⁷ P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LDGJ, 1964, p. 51.

¹⁸ O. PFERSMANN, « Norme » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 1080.

¹⁹ P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 76.

²⁰ P. AMSELEK, « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, 1980, vol. 25, La loi, p. 96.

²¹ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) » dans *Études de droit public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 39 et s. ; P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques, dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 57 et s.

dans le fait que la proposition normative formule un « modèle ». On doit donc admettre l'existence de propositions normatives non impératives qui se distinguent des propositions ou énoncés strictement descriptives.

416. La magistrature d'influence des AAI, à travers le procédé recommandationnel, s'inscrit parmi les techniques de « direction non autoritaire des conduites humaines »²². Dans ce cas, l'autorité cherche à persuader le destinataire d'adopter un comportement déterminé. Elle doit convaincre un sujet, libre de ses choix, d'agir comme il lui est recommandé de le faire. Les recommandations sont ainsi des « normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable, mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés »²³. Néanmoins, comme le montre Paul AMSELEK, la recommandation appartient à la catégorie des commandements *lato sensu*. Selon lui, « Re-commander » revient littéralement à « diriger par-dessus le propre pouvoir de direction que les intéressés conservent sur eux-mêmes, orienter l'exercice de ce pouvoir de direction »²⁴. C'est encore commander, mais sans faire usage de la contrainte. On retrouve l'idée selon laquelle une proposition peut être prescriptive alors même qu'elle n'est pas, dans sa nature, impérative. L'emploi de ce procédé permet d'influer sur les manières dont il est fait usage par le destinataire de la norme de sa liberté d'action sans fixer de limites particulières²⁵.

417. Par conséquent, une norme doit être considérée comme étant de nature recommandationnelle, au contraire d'impérative, dès lors qu'elle ne « s'impose » pas à son destinataire qui n'est qu'« invité » à en tenir compte. On parle parfois à ce sujet d'une normativité « proposée »²⁶ ou encore de « modèles de conduite simplement proposés »²⁷. Le propre de la visée recommandationnelle de la norme est de laisser aux destinataires le choix de mobiliser ou non le modèle énoncé, « c'est précisément dans ce choix que réside la normativité. La possibilité d'un choix est ici la condition pour que la valeur du modèle soit rationnellement

²² P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) », art. cit., p. 39 ; P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques, op. cit.*, p. 157.

²³ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) », art. cit., p. 286.

²⁴ P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques, op. cit.*, p. 159.

²⁵ J. RICHARD et L. CYTERMANN, *Le droit souple*, Étude annuelle du Conseil d'Etat, n° 64, Paris, La Documentation française, 2013, vol. 64, p. 61.

²⁶ F. BRUNET, *La normativité en droit, op. cit.*, p. 255.

²⁷ C. PÉRÈS, « Le juge administratif et les recommandations de la commission des clauses abusives », *RDC*, juillet 2006, p. 672 ; Alexis ZARCA, « Force normative, force normatrice ? À propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, p. 466.

et spontanément reconnue »²⁸. Les normes recommandationnelles, autrement appelées « normes persuasives » par François BRUNET, appellent « la reconnaissance en valeur de l'importance de la référence, cette reconnaissance étant justement permise par la volonté »²⁹. La visée recommandationnelle d'une norme correspond à l'idée que son respect est souhaitable parce que raisonnable³⁰. Ainsi, l'existence d'un choix entre plusieurs comportements compatibles avec le modèle énoncé manifeste que, dans les faits, le destinataire demeure libre de sa réponse. Il apprécie lui même la relation entre le comportement « recommandé » et sa situation. Celui qui émet une norme recommandationnelle s'en remet en définitive à la raison de celui qui décide ou à la bonne volonté du destinataire³¹.

418. La distinction fondée sur le principe de l'adhésion volontaire du destinataire à la proposition émise permet de distinguer « les normes hétéronomes, valides indépendamment de la volonté du destinataire, ou « commandements », de celles auxquelles les destinataires doivent consentir »³². Cela revient donc à diriger le destinataire sans exclure la possibilité qu'un autre comportement soit adéquat, qu'il s'agisse d'un comportement positif ou d'une abstention³³. Or, c'est précisément l'existence de cet « autre » comportement compatible qui exclut le caractère impératif de l'acte à visée recommandationnelle. Cette conception de la norme recommandationnelle se trouve d'ailleurs confortée par la jurisprudence³⁴. Dans un arrêt

²⁸ F. BRUNET, *La normativité en droit, op. cit.*, p. 255.

²⁹ *Ibid.*, p. 254.

³⁰ Dans le *Léviathan*, Thomas HOBBS décrit le conseil, qui se rapproche ici de la norme recommandationnelle, comme « une espèce d'ordonnance à laquelle toute la raison pourquoi nous obéissons se tire de la chose même qui est ordonnée. Là où le commandement est une ordonnance à laquelle toute la raison d'obéir se tire de la volonté de celui qui commande » (T. HOBBS, *Léviathan, op. cit.*, p. 281).

³¹ M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Ann. fr. dr. int.*, 1956, vol. 2, n° 1, p. 83.

³² N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. GUERET et C. AGOSTINI, Louvain, Bruylant, 1998, p. 141.

³³ Par exemple, dans la définition de sa doctrine, l'AMF propose une définition de ses « recommandations » qui confirme cette idée. Il s'agit, selon l'Autorité, d'une « invitation à adopter un comportement ou à se conformer à une disposition [...] sans exclure que d'autres comportements ou dispositions soient également compatibles avec ces normes ou ces principes généraux » (AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF*, publiée le 17 juillet 2014 (amf-france.org/Reglementation/Doctrine/Principes-de-doctrine, consulté le 17 janvier 2015).

³⁴ La Cour de cassation, par deux arrêts rendus le même jour par la 1^{ère} chambre civile, le 13 novembre 1996, UFC c/ France TÉLÉCOM (Cour Cass, 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, n° 94-17.369, Bull. civ. I, n° 399 ; R. Dalloz, 1997, p. 174, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP* 1997. I. 4015, n° 1-3, obs. C. JAMIN ; *LPA*, 22 déc. 1997, note HUET) avait jugé que « les recommandations de la CCA ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie à la cassation ». En l'espèce, le juge refuse de considérer comme abusives des clauses pourtant dénoncées par la CCA. Confronté aux recommandations des AAI, dans un arrêt du 16 janvier 2006, le Conseil d'État, à la suite de la Cour de cassation, a précisé la nature juridique des « recommandations » dans une affaire portant sur la Commission des clauses abusives. Selon la haute juridiction, les recommandations de cette Commission ne sont dotées que d'une nature « invitative ». Ainsi, lorsque la Commission « émet des recommandations, elle n'édicte pas des règles qui s'imposeraient aux particuliers ou aux autorités publiques, mais se borne à inviter les professionnels concernés à supprimer ou modifier les clauses dont elle estime qu'elles présentent un caractère

Société Casino du 11 octobre 2012, le Conseil d'État rappelle précisément que l'Autorité de la concurrence « formule [...] des recommandations, dont certaines sont susceptibles d'être mises en œuvre par le groupe Casino si ce dernier le souhaite »³⁵. Les actes à visée recommandationnelle doivent s'analyser comme des invitations à agir dans un sens déterminé : ce sont des propositions de comportement. En tant que proposition, les actes à visée recommandationnelle appartiennent à la catégorie large des conseils donnés aux administrations et aux administrés³⁶. Si cette nature de proposition n'en retire pas le potentiel directif, elle permet d'insister sur la valeur essentielle, dans ce dispositif, accordée à la liberté du destinataire de la norme. La spécificité de ce procédé est qu'il situe l'efficacité de la norme dans l'adhésion du destinataire de la norme et qu'il ne subordonne celle-ci à aucun avantage³⁷. Il est supposé que l'individu, pouvant *in fine* décider pour lui-même, accordera le plus grand crédit à ce qui lui a été présenté parfois comme un simple conseil³⁸.

419. À ce stade, la norme recommandationnelle doit être distinguée de la norme incitative ainsi que de la règle supplétive qui sont deux types d'usage de la norme proches de la visée recommandationnelle en ce que la liberté d'adhésion du destinataire à l'égard du comportement objet de la norme demeure entière. Dans le cas de la norme supplétive³⁹, que Norberto BOBBIO associe à la directive⁴⁰, le destinataire n'est pas obligé d'en observer le modèle s'il s'en dispense pour un motif justifié. La règle supplétive laisse le destinataire libre de retenir ou d'écarter les prescriptions qu'elle contient, mais elle implique le devoir pour le destinataire d'en motiver la non-application. Dans le cas contraire, la norme s'applique de façon impérative. En ce qui concerne la norme incitative, celle-ci consiste à subordonner le bénéfice d'un avantage à un certain comportement du destinataire de la norme. L'avantage garanti constitue un encouragement. Elle se rapproche en cela de la norme recommandationnelle, car le destinataire peut totalement ignorer cette norme, mais s'en distingue néanmoins dans l'hypothèse où il y

abusif » (CE, 16 janvier 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit Mutuel Centre Est Européen*, T. Lebon, p. 995 ; *AJDA* 2006, p. 828, concl. M. GUYOMAR ; *D*, 2006, p. 576, obs. V. AVENA-ROBARDET).

³⁵ CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, Rec. Lebon p. 361 ; *Droit administratif*, 2013, n° 2, note M. BAZEX ; *RDP*, 2013, p. 771, note L. CALANDRI ; *RJEP*, 2013, n° 708, p. 19, note P. IDOUX ; *RTD com.*, 2012, p. 747, obs. E. CLAUDEL.

³⁶ L'emploi du terme « conseil », dans le langage juridique, est souvent utilisé avec une signification identique à celle du terme « exhortation » (N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 155).

³⁷ Cf. Les sanctions positives, P2. T1. Ch.2. Sect.2.

³⁸ B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », *Droit Administratif*, novembre 2005, 11, étude 18, paragr. 2.

³⁹ Voir sur cette question : C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Coll. « Bibliothèque de droit privé », Tome 421, Paris, LGDJ, 2004, 704 p.

⁴⁰ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 121.

adhère en ce qu'il a droit à l'obtention de l'avantage garanti. La norme, si elle est suivie, impose un devoir à son émetteur⁴¹.

420. Ne créant ni droit ni obligation d'aucune sorte, la norme recommandationnelle se fonde sur la valeur de ce qui est recommandé. François BRUNET résume ainsi que « lorsqu'une norme n'est ni supplétive, ni impérative, incitative (son usage n'est pas attaché à quelque avantage supplémentaire), l'usage de la référence ne peut s'expliquer que par la *valeur intrinsèque* que porte la norme [...]. En ce sens, ce n'est pas la norme qui engendre une valeur, mais bien la valeur qui explique l'existence d'une norme. L'on peut qualifier de telles normes d'*optatives*, non pas tant parce que le destinataire serait libre de choisir, qu'en ce sens qu'elles traduisent par leur existence même le simple *souhait* de la part de leur auteur qu'elles soient suivies »⁴². Autrement dit, le destinataire de la norme recommandationnelle réfléchit, pèse le pour et le contre et, s'il se décide finalement à suivre le conseil, c'est au regard de « la qualité de ce qui est conseillé »⁴³ sans avantage ou sans nécessité d'en justifier l'écart.

421. Il convient toutefois de nuancer cet exposé du procédé recommandationnel en ce qu'il apparaît plus comme un idéal qu'il n'est fidèle à la réalité des pratiques. En effet, le procédé recommandationnel, sur le plan du droit, génère des normes recommandationnelles qui sont de simples propositions. Ces normes valent au regard de ce qu'elles sont : des normes « proposées ». Pour autant, l'observation des pratiques révèle l'existence de stratégies d'influence visant à emporter le respect de la norme sans pour autant convaincre le destinataire de son bien-fondé. Ce procédé ne peut donc s'envisager sous un angle uniquement normatif, mais doit tenir compte de la relation qui s'établit entre le destinataire et le destinataire de l'énoncé normatif pour en apprécier la portée réelle⁴⁴.

B. La typologie difficile des actes émis dans le cadre du procédé recommandationnel

422. La norme n'est pas la signification d'un acte de volonté, mais le modèle en soi. La signification, au contraire, correspond à l'usage de la norme. Or cet usage est l'expression d'une volonté humaine et celle-ci s'exprime par des actes. À cet égard, la norme juridique est obligatoire en ce qu'elle est le produit d'actes de volonté reconnus par le droit⁴⁵. Au contraire

⁴¹ Cf. P2. T1. Ch.2. Sect.2. §2.

⁴² F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 246.

⁴³ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 150.

⁴⁴ Cf. P2. T1. Ch.1. Sect.2.

⁴⁵ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, 21 (Dossier : La normativité), p. 59-62.

des normes juridiques dont les formes varient peu et sont aisément repérables, les expressions recommandationnelles des normes offrent le « tableau d'une pléiade de microformes spécifiques, obéissant toutes à des règles formelles diverses, d'intensité et de complexité variables »⁴⁶. Le dénominateur commun de ces actes, qu'ils soient des avis, des propositions, des rapports, des vœux ou des communiqués, est leur vocation à guider, orienter les comportements, sans lier leur auteur ou le destinataire.

423. Le caractère inhabituel des supports de ces actes au regard de la spécificité de leur portée normative rend difficile l'identification d'un acte porteur d'une norme recommandationnelle : d'aucuns parlent à ce propos d'actes « innomés »⁴⁷ ou encore d'« actes atypiques »⁴⁸. La souplesse de la visée recommandationnelle réside précisément dans l'hétérogénéité et le caractère flexible de ses manifestations. Les propriétés de la norme recommandationnelle rendent vaine toute entreprise de classification de l'acte à visée recommandationnelle. Plus précisément, la typologie se heurte à la difficulté d'établir une frontière non équivoque entre une indication (description) et une norme (prescription), au regard notamment des implicites liés au contexte d'énonciation⁴⁹. En d'autres termes, si ce procédé tend à s'identifier désormais à l'acte dénommé « recommandation », ce dernier n'épuise pas les manifestations de la visée recommandationnelle. Au contraire, la dénomination peut être trompeuse⁵⁰, ce qu'illustrent parfaitement les incertitudes liées à la recommandation en droit international⁵¹. Il apparaît difficile dès lors de lier la dénomination avec le mode d'énonciation de la norme.

424. Les enjeux de définition de l'acte dépendent en grande partie de l'objectif poursuivi par l'auteur. Ainsi, certains identifient dans l'acte à visée recommandationnelle l'expression d'une fonction nouvelle de l'administration empruntant des formes variées – l'acte de régulation⁵². D'autres, au contraire, appréhendent ces actes au regard des catégories connues du droit

⁴⁶ A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », *Revue de droit suisse*, 2004, vol. 2, p. 177.

⁴⁷ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009, p. 182.

⁴⁸ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 197.

⁴⁹ Cf. P2. T1. Sect.2. §1. A. Voir aussi : C. KERBRAT-ORECCHIONI, *L'implicite*, Paris, A. Colin, 1986, 404 p.

⁵⁰ Cf. P2. T2. Chap.2. Sect.1. §2.

⁵¹ M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », art. cit., p. 68 ; voir également : N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 121 ; M. MERLE, « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *Ann. fr. dr. int.*, 1958, vol. 4, n° 1, pp. 341-360.

⁵² Dans cette hypothèse, la recommandation est un « acte invitatif » qui est considérée être l'expression caractéristique de la fonction de régulation. Pour étudier cette position, il convient de se référer aux travaux de L. CALANDRI (*Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit.).

administratif (avis, vœux, recommandation, etc.)⁵³, refusant ainsi la singularité de l'acte auquel serait attachée une fonction tout aussi singulière. L'approche fonctionnelle de l'acte conduit d'ailleurs les auteurs à opérer des distinctions peu convaincantes. En effet, ils proposent une définition de l'acte en négatif. Il ne serait pas assimilable aux circulaires ou aux directives en raison principalement de la nature hiérarchique de la relation⁵⁴ et il ne serait pas assimilable aux avis consultatifs en raison de l'inscription de ces derniers dans le cadre d'une procédure d'édition d'une décision. Pourtant, la visée recommandationnelle ne peut pas être réductible à une fonction en particulier en ce qu'elle indique uniquement une manière d'énoncer la norme. Tant une circulaire qu'un avis peuvent poursuivre une visée recommandationnelle, les exemples, sur ce point, ne manquent pas⁵⁵. Vouloir démontrer l'inverse revient à céder à une approche excessivement fonctionnaliste de l'acte. En pratique, la distinction ne repose pas sur l'acte en question ou sur ses qualités intrinsèques, mais sur des manifestations du pouvoir d'orientation susceptible d'influer les comportements, autrement dit sur le contexte d'émission de l'acte (pouvoir hiérarchique, infériorité du destinataire, etc.).

425. Sur le plan formel, les actes à visée recommandationnelle peuvent prendre divers aspects et s'inscrire dans des procédures variées, allant de l'expression la plus classique de l'administration au support le moins habituel, de l'adoption d'une délibération valant recommandation à la délivrance d'une information *via* un communiqué publié sur internet contenant explicitement ou implicitement une recommandation. La visée recommandationnelle dépend de la configuration de la relation entre le destinataire et le destinataire de la norme autant que du choix résolu du destinataire (exemple des circulaires). De la sorte, la visée recommandationnelle est susceptible de recouvrir l'ensemble des manifestations de la catégorie des actes administratifs unilatéraux non décisionnels ou, autrement appelés dans le langage contentieux, des actes indicatifs. Par conséquent, outre les actes dénommés « recommandation », les actes à visée recommandationnelle sont susceptibles de recouvrir

⁵³ Ainsi, Jean FRAYSSINET observe que « comme les circulaires elle interprète et facilite l'application d'un texte ; comme une directive elle donne des orientations, en fonction de cas types ; comme les vœux elle exprime des souhaits ; comme un avis elle conseille. Il ne faut donc pas accorder une grande importance à une terminologie administrative floue » (J. FRAYSSINET, « Les recommandations de la CNIL et le contrôle de légalité du juge administratif », note sous CE, 27 septembre 1989, n^{os} 74548 à 74550, *JCP G*, 1990, n^o 26, 21525, paragr. 6).

⁵⁴ L. CALANDRI, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *RDJ*, 2013, n^o 4, p. 280 ; B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, *op. cit.*, p. 203 et s.

⁵⁵ En effet, lorsqu'elle n'est pas impérative, la circulaire ne fait que recommander une interprétation ou « un certain comportement » (M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 898). Pour un exemple : CE, 22 juin 2016, n^o 388276, *société SCCV Huit Douze Liberté*, Inédit au Rec. Lebon, §19. Il en va autrement des directives (Cf. P.3. T.2. Ch.1. Sect.2.).

également des avis (sollicités ou spontanés), des propositions, des circulaires, des rappels à la loi, des mises en garde ou encore des communiqués. Par ailleurs, des actes qui ne remplissent pas *a priori* une fonction directive peuvent également revêtir cette nature recommandationnelle. Il en va ainsi des explications, des vœux, des rapports ou encore des simples renseignements. L'unique dénominateur commun à l'ensemble de ces actes réside dans leur disposition, au regard d'un contexte donné et de la volonté du destinataire, à guider, orienter les comportements sans lier juridiquement ni le destinataire ni le destinataire.

426. Le constat du caractère protéiforme de l'acte à visée recommandationnelle ne doit pas conduire à nier la différence qui existe entre une proposition descriptive et une proposition normative⁵⁶. Affirmer le contraire reviendrait à céder à la tendance dénoncée par Otto PFERSMANN, lequel s'inquiète de ce que « la discussion philosophique contemporaine semble tributaire d'une tendance à traiter comme normative toute question relative à un standard tant prescriptif que descriptif »⁵⁷. Néanmoins, la souplesse de la visée recommandationnelle (direction souple) et les multiples dénominations (distinction entre le support et la norme) brouillent la frontière établie entre proposition descriptive et proposition prescriptive. La recherche de la visée recommandationnelle implique donc un examen de l'acte au cas par cas prenant appui sur un faisceau d'indices : la dénomination de l'acte, son contenu ainsi que le contexte de son émission. Il s'agit d'identifier le moment où l'autorité ne renseigne plus, ne décrit plus une situation, mais cherche à influencer sur les comportements des acteurs d'un secteur déterminé au regard d'une norme en particulier.

427. Cet effacement de la frontière trouve une illustration dans la notion d'avis. En droit administratif, l'avis est généralement défini matériellement comme l'expression d'une simple opinion, il a dès lors une nature intrinsèquement descriptive. On lui oppose généralement les recommandations qui ont une nature prescriptive. Dans le langage courant, la recommandation s'apprécie comme une « exhortation »⁵⁸. Suivant cette distinction classique, Paul AMSELEK en déduit que les avis sortent du champ normatif en appliquant de façon stricte la distinction entre description et prescription, considérant ainsi que la confusion résulte d'« étiquetages [...] pas toujours rigoureux »⁵⁹. Celui qui est consulté ne fait que « donner “son” avis, son point de vue personnel qui n'engage que lui ; il n'y a de sa part, aucun réquisit de comportement à la charge

⁵⁶ Une proposition est dite descriptive lorsqu'elle indique ou décrit autre chose qu'un modèle.

⁵⁷ O. PFERSMANN, « Norme », art. cit., p. 1080.

⁵⁸ Entrée « RECOMMANDATION » dans *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2010.

⁵⁹ P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques*, op. cit., p. 159.

de celui à qui il s'adresse, aucune prétention – ni aucune qualité – à faire pression sur sa gouverne »⁶⁰. Cette définition cantonne l'avis soit à une stricte déclaration de connaissance ou à l'énonciation d'une opinion désintéressée. Satisfaisante sur le plan théorique, cette approche est moins convaincante si l'on tient compte des diverses manifestations de l'administration consultative qui remettent en cause le caractère désintéressé de l'opinion d'une part⁶¹ et la diversité des fonctions remplies par les avis dans le champ du droit administratif qui remettent en question l'idée selon laquelle l'avis ne serait qu'une déclaration de connaissance d'autre part⁶². La distinction entre le simple éclairage ou l'exercice d'un pouvoir sur les destinataires dans leurs prises de décisions est résolument complexe. Norberto BOBBIO, au contraire de Paul AMSELEK, adopte une approche soucieuse des pratiques observées. Il fait le constat que l'avis est un « type d'acte qui se situe à la limite de la sphère du prescriptif. L'incertitude de la terminologie dépend probablement de l'ambiguïté de la position qu'il occupe entre le descriptif et le prescriptif »⁶³. En définitive, les avis, entendus comme des informations simples, sont des propositions descriptives ; à l'inverse, lorsqu'il s'agit de diffuser un modèle ou de dire à quelqu'un ce qu'il devrait faire, ils sont des propositions normatives dont la visée recommandationnelle varie selon le contexte d'émission (avis spontané, sollicité, etc.). Il faut admettre une contradiction potentielle entre la définition matérielle de l'avis en théorie du droit administratif et l'acte dénommé avis qui est susceptible de recouvrir toute sorte de propositions, tant descriptives que prescriptives⁶⁴. Norberto BOBBIO tire les conséquences de son analyse. Refusant une approche réduite à la distinction entre description ou prescription, il considère que « les conseils et les prières (les vœux) appartiennent à l'univers des normes “au sens le plus

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ H. SIMONIAN-GINESTE, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », *RDP*, 1999, p. 1121-1158.

⁶² J. RAYNARD, « Domaines et thèmes des avis » dans *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 11.

⁶³ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁴ Paul AMSELEK estime qu'il convient de distinguer les recommandations « des demandes, requêtes, vœux ou prières, qui sont l'expression de simples souhaits relatifs à l'agir de ceux à qui elles sont communiquées, sans aucune intention directive : elles manifestent, de la part de ceux qui les formulent, qu'ils aimeraient [...] que les adressataires se conduisent d'une certaine façon, ce qui revient à passer par leur volonté ainsi sollicitée, à se plier à leur bon vouloir, et nullement à chercher à le plier lui-même, à le corseter, en lui impartissant des marges de manœuvre plus ou moins rigides ou flexibles à observer » (P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques*, *op. cit.*, p. 160). Notons ici que l'exclusion des vœux du champ normatif par Paul AMSELEK ne tient pas à la proposition énoncée à proprement parler, mais à la configuration des rapports entre celui qui l'énonce – le destinataire – et celui qui en est le destinataire. Dans ce schéma, la proposition n'en est pas moins susceptible d'être normative. La situation du destinataire fait qu'il ne peut pas faire autre chose que de proposer sous la formulation d'un vœu ce qu'il ne peut faire au regard de sa position d'infériorité vis-à-vis du destinataire. La prétention directive est faible, mais la volonté d'influencer le comportement demeure réelle. C'est le manque de ressources pour exercer du pouvoir qui réduit le destinataire à « souhaiter » plutôt qu'à « exhorter » dans ce cas.

large du mot” »⁶⁵, compris comme « la sphère des propositions [...] dont la fonction est d’influencer directement le comportement »⁶⁶. Dès lors, s’il convient d’admettre de toute évidence que « conseiller n’est pas imposer »⁶⁷, l’activité de conseil n’en constitue pas moins une technique de direction des conduites lorsqu’il s’agit d’influer sur la conduite du destinataire de l’avis. L’action de l’administration consiste à diriger, que cela se fasse par le moyen d’une réglementation, d’une recommandation ou même par de simples renseignements⁶⁸.

428. Si en théorie, la norme à visée recommandationnelle ne doit pas se confondre avec les simples descriptions de connaissances ou encore les renseignements purement indicatifs en ce qu’ils n’ont pas de prétention à diriger ; en pratique, la distinction est difficile à déterminer et implique un examen au cas par cas. Par exemple, dans ses conclusions sur un jugement du tribunal administratif de Toulouse⁶⁹, Damien DUBOIS a considéré, suivi sur ce point par le juge, que les rapports de l’Agence d’évaluation de la recherche et de l’enseignement supérieur (AÉRES), désormais remplacée par le Haut conseil de l’évaluation de la recherche et de l’enseignement supérieur (HCERES), n’ont qu’une visée descriptive et en aucun cas recommandationnelle⁷⁰. Ces rapports appartiennent, selon lui, à la catégorie des avis au sens d’une opinion. Cette approche revient à nier la structure de ces actes et leurs effets concrets sur le fonctionnement des établissements de l’enseignement supérieur. En effet, un rapport de l’AÉRES est un document qui fait suite à une évaluation effectuée par un comité d’un établissement de l’enseignement supérieur ou d’une unité et laboratoire de recherche. À l’issue

⁶⁵ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 122.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », art. cit., p. 10 ; Cette expression renvoie à la formule de Thomas HOBBS dans le *Léviathan* à propos des lois civiles pour qui la loi n’est pas un conseil. Ainsi, « il est manifeste que la loi en général n’est pas un conseil, mais un commandement ; qu’elle n’est pas, d’autre part, un commandement adressé par n’importe qui à n’importe qui, mais le fait seulement de celui dont le commandement s’adresse à un homme préalablement obligé à lui obéir » (T. HOBBS, *Léviathan*, op. cit., p. 282).

⁶⁸ En effet, ces derniers peuvent revêtir une visée recommandationnelle (direction souple) comme le rappelle Bertand SEILLER lorsqu’il observe qu’« en conseillant, l’autorité administrative fait plus que renseigner l’intéressé, elle donne un avis par lequel elle cherche à orienter l’action de celui-ci. Elle prend alors parti sur ce qu’il est possible de faire en lui indiquant ce qui lui semble préférable. Reposant sur une analyse subjective de la situation, le conseil confère un rôle plus actif à la personne publique » (B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », art. cit., p. 4).

⁶⁹ TA de Toulouse, 22 janvier 2015, n° 1104020, *AJDA*, 2015, p. 305. Le requérant, chargé de recherche du CNRS, demande au tribunal administratif d’enjoindre à l’Agence d’évaluation de la recherche et de l’enseignement supérieur (AERES) de retirer du rapport qu’elle a publié en 2010 sur l’évaluation du laboratoire auquel il appartient la partie concernant l’équipe de recherche qu’il dirige. Il demande également au tribunal de condamner l’Agence à lui verser une indemnité en raison du préjudice qu’il prétend avoir subi du fait de cette publication. Le tribunal a rejeté l’ensemble de ses conclusions.

⁷⁰ Dans ses conclusions, Damien DUBOIS conclut que « le rapport litigieux constitue donc un avis, non pas au sens d’une recommandation mais d’une opinion, sur l’activité du laboratoire évalué » (D. DUBOIS. « La vaine contestation du rapport d’évaluation de l’AERES sur un laboratoire », *AJFP*, 2015, p.305).

de l'évaluation, le comité établit un rapport, rendu public, qui comporte ainsi à la fois des propositions descriptives et normatives. Un rapport d'évaluation se décompose en plusieurs parties : la description de la situation ou des observations faites à l'issue de l'évaluation d'une part ; et les recommandations tendant à l'amélioration des composantes, des unités de recherche d'autres part. Ces deux parties sont d'ailleurs nécessairement liées ; la partie descriptive a une incidence évidente sur le contenu même des recommandations. Ces dernières servent d'ailleurs de référence auprès des instances dirigeantes de l'Université dans l'attribution de crédits, mais également de termes de comparaison pour les contrôles ultérieurs effectués par l'autorité. En définitive, l'influence importante de ces actes au regard de leur fonction conduit à ne pas les confondre avec de simple « avis ». On peut également citer les rapports de visite du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL). Si les « avis portant recommandations » sont les actes par lesquels le Contrôleur suggère l'adoption des mesures qu'exige le respect des droits fondamentaux, les rapports de visite, qui font état des observations faites par les contrôleurs lors de la visite d'un lieu de privation de liberté, renferment également une portée recommandationnelle ; parfois implicite. En effet, s'ils ne formulent pas explicitement de modèle ou de référence, ils n'en demeurent pas moins prescriptifs. Une information ou une simple indication peut avoir une vocation directive non explicitement énoncée, constituer une sorte de « modèle » en creux. À cet égard, la diffusion par le CGLPL de photos de lieux d'enfermement participe d'une visée recommandationnelle dont l'influence varie selon qu'elles se trouvent reprises dans la presse nationale ou que leur reproduction se limite aux rapports annuels. La photo d'une cellule suroccupée d'une maison d'arrêt ou d'un centre de détention suffit, en dénoncer les effets de la surpopulation carcérale, à enjoindre l'administration à intervenir et prendre les mesures nécessaires pour mettre un terme à cette situation. En l'occurrence, le texte importe moins que l'urgence manifestée par la publication des photos.

429. Le caractère protéiforme du procédé recommandationnel impose d'en chercher les manifestations dans toutes les expressions non contraignantes d'une autorité publique, sans considération pour ses expressions formelles. Vouloir proposer une typologie des actes de ce procédé impliquerait d'opérer, comme l'indique Norberto BOBBIO, une « large phénoménologie »⁷¹ des actes à visée recommandationnelle dont la pertinence n'est pas assurée. Nous nous contenterons de rejeter les distinctions binaires selon lesquelles il y aurait d'un côté

⁷¹ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 158.

des avis simples et de l'autre des recommandations qui seules seraient susceptibles d'être des prescriptions.

§2 La juridicité introuvable de la norme recommandationnelle

430. Si la finalité « directive » renseigne sur la nature normative des actes à visée recommandationnelle, elle ne permet pas de les distinguer d'autres normes, notamment celles que l'on qualifie de « juridiques ». En effet, la définition de la norme comme une référence ou un modèle ne suffit pas à distinguer les normes appartenant à différents systèmes normatifs tels que la morale, la technique, le droit ou l'économie. Si le droit est un procédé normatif particulier, la normativité n'est pas une propriété exclusivement juridique. Pour éviter toute confusion sur ce sujet, Paul AMSELEK distingue de façon exemplaire la juridicité et la normativité. Il affirme ainsi que si la normativité correspond à « l'essence générique du phénomène juridique », la juridicité doit s'envisager « en tant qu'essence spécifique du phénomène juridique »⁷². Dans le cas contraire, parler de normativité juridique serait proprement tautologique. Pour rendre compte des phénomènes normatifs liés à l'exercice du pouvoir politique en lien avec les systèmes de droit positif, il faut au préalable établir avec précision les contours de la juridicité d'une norme. En théorie du droit, la question essentielle est celle du critère distinctif de la norme juridique par rapport à d'autres expressions normatives en usage dans les discours juridiques⁷³.

431. La présente étude n'a pas pour objet de reprendre point par point les termes d'une discussion aussi ancienne et fondamentale que celle portant sur la définition de la norme juridique, mais propose de confronter la norme recommandationnelle aux attributs traditionnels de la norme juridique. Tant la banalisation des normes recommandationnelles que leurs ressemblances formelles et fonctionnelles avec les normes juridiques invitent à interroger la nature de la norme recommandationnelle au regard des critères retenus de la juridicité des normes⁷⁴ (A), ainsi que l'opportunité de leur remise en question (B).

⁷² P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, op. cit., p. 48-49.

⁷³ M. TROPER, « NORME, (en théorie du droit) », dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 407.

⁷⁴ Quant à la définition de la juridicité, nous employons ce terme dans le sens de ceux « qui ne voient dans le mot "juridicité" rien de plus que le substantif correspondant à l'adjectif « juridique », utile simplement pour signifier qu'une norme est juridique (N. BOBBIO), les critères essentiels étant soit la relation potentielle à la norme fondamentale (les kelséniens), soit la référence à la contrainte sociale (position vivement contestée par Paul AMSELEK), soit la reconnaissance du caractère obligatoire de la prescription (à la suite du belge HAESERT) » (A.-J. ARNAUD, « JURIDICITÉ » dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 323).

A. L'absence de caractère obligatoire de la norme recommandationnelle

432. Les normes juridiques ont pour objet d'exprimer ce qui doit être – *Sollen* – et non ce qui est ou ce qui pourrait être. En ce sens, elles appartiennent à la catégorie des normes prescriptives et non à celle des normes descriptives⁷⁵. Toutefois, les normes qui expriment un « devoir être » ne sont pas nécessairement juridiques – il en va ainsi des normes éthiques par exemple. La détermination de la juridicité de la norme constitue dès lors la recherche centrale du droit. Les critères d'identification de la juridicité de la norme n'ont cessé d'être discutés. Les auteurs ont insisté tour à tour sur l'objet de la norme, le sujet qui l'énonce, son mode de sanction ou encore l'inscription de celle-ci dans un ordre particulier et son impact sur celui-ci.

433. Dans la conception impérativiste du droit, les normes juridiques sont celles qui consistent à imposer certains comportements ou, inversement, à en interdire d'autres. Elles renferment un commandement qui se caractérise par sa provenance particulière et par le fait qu'il s'appuie sur une sanction⁷⁶. Sans aller plus loin, il apparaît que cette conception exclut par principe la norme recommandationnelle du champ de la juridicité en ce qu'elle n'impose pas un comportement, mais seulement le propose. Toutefois, cette conception a été contestée. Elle est apparue réductrice. En effet, il est reproché à cette conception de la juridicité d'occulter de nombreuses autres normes émises dans les systèmes juridiques modernes pour la seule raison que leur contenu n'énonce pas une interdiction ou une injonction sanctionnée. Il en va ainsi : des habilitations⁷⁷ qui investissent des autorités du pouvoir de produire de nouvelles normes ; des permissions⁷⁸ qui confèrent une liberté, une faculté à leur destinataire ; ou encore des normes supplétives qui ne s'appliquent qu'en l'absence de volonté contraire des personnes qui en relèvent. La prescription contenue dans la norme juridique peut aussi bien consister en une autorisation, une permission, une habilitation, une interdiction ou une obligation de faire. Ces prescriptions n'en sont pas moins juridiques, malgré l'absence directe de contrainte ou de sanction⁷⁹, en ce qu'elles font naître un lien juridique entre l'émetteur de la norme, le destinataire ou les tiers.

⁷⁵ Une norme est juridique car elle ne « renseigne pas » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 97). Voir : M. TROPER et D. LOCHAK, « NORME », dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 399.

⁷⁶ M. JORI, « NORME » dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 399.

⁷⁷ Voir : G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, vol.60, 813 p.

⁷⁸ Voir : C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Limoges, Limoges, 2006, 655 p.

⁷⁹ C.-A. MORAND, « La sanction », *Travaux CETEL*, mars 1990, n° 36, p. 1-20. On peut se faire l'écho de l'interrogation posée par François Terré lequel se demandait « pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique » (F. TERRÉ,

434. La nécessité de dépasser la contradiction de la conception impérativiste de la juridicité des normes – contradiction qui réside dans le contenu de la norme et le lien qui en résulte des normes non impératives – a conduit au renouvellement du paradigme prescriptif de la norme juridique. Celui-ci s’est opéré au moyen d’une différenciation entre l’impérativité et l’obligatorité de la norme. Ce qui consiste à déplacer la spécificité de la norme de son contenu à la manière dont elle s’impose. Recentrées sur la signification de la norme comme modèle ou référence, et non comme un commandement, les normes juridiques ne se réduisent plus nécessairement à un modèle de conduite, mais constituent davantage des « règles *pour* des actions »⁸⁰. Dans ce cas, le critère distinctif de toutes ces normes, ce qui donne leur coloration « juridique », ne réside pas dans l’énoncé impératif, mais dans la façon dont elles s’imposent au sujet de la norme. En tant qu’elle exprime un « devoir être » constituant un modèle de référence obligatoire pour toute situation entrant dans son champ d’application⁸¹, elle s’impose en l’absence même d’adhésion de la part des individus qui se trouvent dans son champ d’application⁸². Le recours au néologisme de l’« obligatorité », forgé par Paul AMSELEK⁸³, permet de distinguer clairement l’énoncé de la norme – une obligation de faire ou une habilitation de faire par exemple – de son usage – imposer le modèle comme une référence incontournable⁸⁴. En ce sens, Catherine THIBIERGE distingue la force obligatoire et la force contraignante de la norme en ce que « la force de la norme répond, sur un strict plan technique, à au moins deux interrogations : est-ce qu’elle s’impose ? C’est la question de sa force obligatoire. Comment s’impose-t-elle ? C’est celle de sa force contraignante »⁸⁵. Dans la seconde hypothèse, la question est celle de savoir ce qu’impose ladite norme. Dans tous les cas, seule la force obligatoire constitue le critère déterminant de la juridicité. Contrairement à la notion de contrainte, l’obligatorité de la norme est liée à la valeur de la norme juridique en tant que modèle et non à la contrainte qui résulte de son contenu. Une fois établie par un ordre juridique, une norme est obligatoire, car elle s’insère dans un ensemble de normes produites par

« Pitié pour les juristes ! », *RTD Civ.*, 2002, p. 247 à 252, p. 248). Voir également sur cette question : C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, France, LGDJ, 1998, p. 173 ; G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997, p. 176 et s.

⁸⁰ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D*, 1990, p.199.

⁸¹ C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, *op. cit.*, p. 14.

⁸² Paul AMSELEK caractérise une norme non obligatoire comme une « norme à laquelle il n’est pas obligatoire de se référer » (P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 100-101).

⁸³ *Ibid.*, p. 275.

⁸⁴ Comme le montre Antoine JEAMMAUD, « cette obligatorité se rapporte à l’usage des normes juridiques et non à leur contenu : elles sont d’usage obligatoire, donc exclusif, à l’égard de toute situation entrant dans le champ de validité de l’ensemble normatif auquel elles appartiennent » (A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D*, 1990, *Chron.*, p. 199 à 210, p. 207).

⁸⁵ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, n° 4, p. 610.

des autorités compétentes qui ordonnent, interdisent ou autorisent certains comportements. Dès lors, le caractère obligatoire des normes juridiques trouve son origine, non plus dans la contrainte même, mais dans la naissance d'un lien juridique. Cette force obligatoire est conférée aux normes juridiques par leur insertion dans l'ordonnement juridique comme références obligatoires⁸⁶. Cette dissociation permet d'intégrer dans le champ juridique toute norme qui lie les sujets qui entrent dans son champ d'application. En résumé, la normativité juridique « consiste en la constitution de modèles formels de la réalité – c'est-à-dire de modèles ayant la vocation formelle à représenter celle-ci, de modèles qui visent à décrire ce qui doit effectivement se passer. Et c'est en cela que "l'on doit se conformer au droit", que les normes juridiques "sont obligatoires" »⁸⁷. La distinction entre le caractère impératif et le caractère obligatoire de la norme réside donc dans l'idée que la prescription que porte la norme juridique s'impose comme un modèle toujours obligatoire, même si celui-ci n'exprime pas toujours une injonction ou une interdiction. Suivant cette distinction, « lorsqu'une norme se donne à moi comme "juridique", j'assigne au modèle qu'elle constitue une vocation à être obligatoirement réalisé »⁸⁸.

435. *In fine*, la juridicité de la norme est caractérisée dès lors que l'on peut identifier un lien juridique, c'est-à-dire au minimum une obligation de tenir compte de la norme. Cette conception, si elle ne se réduit plus à l'impérativité du contenu, conserve néanmoins une distinction forte avec les autres normes non juridiques fondée sur son caractère non discutable.

436. Cette approche référentielle de la norme juridique prend tout son relief une fois qu'elle est mise en perspective avec la multiplication et la diversification des techniques de direction des conduites. En effet, la permission ne formule certes aucun commandement envers son bénéficiaire puisqu'elle lui confère, bien au contraire, une liberté, une faculté de faire, mais crée néanmoins une obligation pour les tiers, celle de tolérer le comportement permis : « du droit de l'un naît l'obligation des autres »⁸⁹. Les incitations ne sont pas non plus des commandements envers leur destinataire direct, mais constituent néanmoins un référent obligatoire dans

⁸⁶ Voir sur ce point : C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 205 et s.

⁸⁷ P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, op. cit., p. 288. La norme juridique est obligatoire, c'est-à-dire a vocation à l'« obligatorité », « en ce sens qu'elle n'est pas le modèle d'un objet quelconque, mais prétend à constituer un modèle, le modèle du réel, de la réalité, de ce qui doit obligatoirement, nécessairement se réaliser, se manifester » (*Ibid.*, p. 287).

⁸⁸ P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, op. cit., p. 276.

⁸⁹ J.-M. FÉVRIER, « Remarques sur la notion de normes permissives », *D*, 1998. Chron. 271.

l'évaluation de la situation juridique de celui-ci quant à son droit ou non au bénéfice proposé⁹⁰. Par ailleurs, la sanction n'est plus un critère en soi de la norme, mais uniquement une conséquence du caractère juridique d'une norme, pour autant que cette dernière revête également un caractère juridique⁹¹. L'obligatorité signifie que la norme une fois énoncée, quel que soit son contenu, ne peut plus être éludée par les sujets de droit⁹². Ainsi, les normes à visée incitative ou les règles supplétives, si elles ne sont pas impératives, demeurent des référentiels dotés d'un caractère obligatoire.

437. Appliqué à la norme recommandationnelle, le critère de l'obligatorité conduit, pas moins que le critère de l'impérativité, à constater son exclusion du champ de la juridicité. Pour rappel, dans le cas de la conception impérative de la norme, le fait de constater que la norme recommandationnelle n'impose pas un comportement déterminé au destinataire constituait l'élément déterminant de son exclusion de la catégorie des normes juridiques. Dans l'hypothèse de la conception fondée sur l'obligatorité, la norme recommandationnelle n'est pas matériellement « juridique » car l'obligation référentielle de la norme n'existe pas. La visée recommandationnelle de la norme signifie que ni le destinataire ni le destinataire ne sont liés d'une quelconque façon par l'énoncé normatif. Une norme recommandationnelle, contrairement à une norme juridique, n'ouvre aucun droit, n'impose aucune obligation au destinataire, à un tiers sur le modèle des normes permissives ou au destinataire de la norme comme c'est le cas pour les normes incitatives. Elle ne produit directement aucune conséquence sur l'agencement des règles de droit⁹³. Le caractère facultatif constitue une caractéristique intrinsèque de la visée recommandationnelle. Elle est une proposition de faire, mais n'est ni contraignante dans son contenu ni ne dispose d'une quelconque force obligatoire. Elle n'entraîne aucune conséquence par elle-même sur les liens juridiquement établis par le droit au

⁹⁰ L'autorité qui use de l'incitation subordonne le bénéfice d'un avantage à l'exercice d'une faculté. La norme incitative constitue dès lors un référent obligatoire dans l'évaluation de la situation juridique de leur destinataire direct quant à son droit ou non au bénéfice proposé.

⁹¹ La sanction n'est qu'une « conséquence » parmi d'autres de la norme juridique. M. VIRALLY propose une définition éclairante de la sanction détachée de la contrainte, fondée sur le concept d'obligation, à savoir que « les sanctions ne sont que des chaînes d'obligations créées à la suite de la violation d'une obligation primaire » (Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, France, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 68).

⁹² La norme juridique est suivie d'effet *stricto sensu* parce qu'il existe un ensemble d'agents et d'institutions qui en garantissent l'efficacité.

⁹³ Alexandre FLÜCKIGER en déduit, inscrivant ainsi sa réflexion dans une tradition positiviste, que le « devoir-être » (*Sollen*), caractéristique de la norme dans la théorie kelsénienne, doit être transposé, pour la recommandation, en « devrait-être » (*Sollten*) (A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », art. cit., p. 1900).

motif que l'on n'est pas obligé d'en tenir compte dans l'évaluation de la situation juridique du destinataire ou du destinataire.

438. En définitive, établir comme principal critère d'identification des actes à visée recommandationnelle qu'ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires revient tout simplement à les exclure *a priori* de toute juridicité⁹⁴. Ils demeurent par définition situés à côté de l'ordre normatif juridique. Affirmer cela ne revient pas à nier l'observation selon laquelle ces normes gravitent autour de cet ordre, ressemblent aux normes de cet ordre voire s'y substituent parfois, mais au contraire, permet de conserver une lecture fidèle du phénomène observé et de son rapport distinctif vis-à-vis des normes juridiques. Toutefois certains auteurs vont proposer d'abandonner le critère matériel de la norme juridique – l'obligatorité – au profit d'une lecture combinant le critère fonctionnel et formel de la norme permettant d'inclure la norme recommandationnelle parmi les normes juridiques, dès lors qu'elle est émise par une autorité publique.

B. La remise en question du caractère obligatoire comme critère déterminant de la juridicité

439. L'irruption de la visée recommandationnelle dans les pratiques de gouvernement – ainsi que l'amplification du phénomène avec les AAI – a incité nombre d'auteurs à réviser les critères permettant d'identifier la norme juridique. Le phénomène recommandationnel « étoufferait l'obligatorité de la norme juridique »⁹⁵ en ce qu'il participe à brouiller les frontières entre norme juridique et non juridique en raison d'une même fonction directive. Le critère unique de la juridicité des normes – l'obligatorité – ne permettrait plus, selon ces auteurs, de rendre compte de « l'hétérogénéité contemporaine des normes »⁹⁶ présentes dans le champ du droit. Cette remise en question revient à ajuster la conception traditionnelle de la norme juridique à

⁹⁴ Encore faut-il s'accorder sur la définition de la recommandation comme un « acte invitatif ». Dans son article sur la norme, Norberto BOBBIO situe les recommandations « entre les normes qui produisent des obligations et celles qui n'en produisent pas » (N. BOBBIO, « Norma », in Enciclopedia, IX, Mente-Operazioni, Einaudi, Turin, 1980 dans N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 121). Il n'apporte pas nécessairement de réponse quant à la question sur la juridicité des recommandations. En effet, une certaine confusion réside dans la distinction qu'il opère entre les recommandations qui en droit international émanent des organismes internationaux et les recommandations « non au sens du droit international » (*Ibid.*) dont la fonction est seulement d'influencer directement le comportement (*Ibid.*). Dans le premier cas, il rapproche les recommandations de la notion de « directive » et dans l'autre les rattache à la catégorie des simples « conseils ». Cela s'explique car le terme même de « recommandation » est d'un emploi variable d'un contexte à l'autre. En tout état de cause, les « recommandations » sous les traits d'un conseil, d'un avis, d'une circulaire voire d'une loi ne manifeste pas la présence d'une norme juridique mais seulement d'une invitation à adopter un comportement déterminé.

⁹⁵ S. GOYARD-FABRE, « Le droit et la société aujourd'hui » dans *Penser la justice*, Toulouse, CRDP Midi-Pyrénées, 1998, p. 187.

⁹⁶ C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, 2008, n° 51, p. 367.

l'évolution des techniques de direction des conduites, dont la recommandation constitue une manifestation emblématique⁹⁷. Dans cette perspective, les normes juridiques ne s'entendent plus comme celles qui émettent un référentiel obligatoire, mais comme toutes celles, émises par une autorité publique, dont la fonction est de servir de modèle ou de référence : cette approche ne distingue plus selon que l'usage de la norme soit obligatoire ou facultatif⁹⁸.

440. Partant du postulat qu'est normatif ce qui a vocation à servir de « référence, de repère, de modèle »⁹⁹, Catherine THIBIERGE envisage la norme juridique comme étant susceptible de remplir deux fonctions : celle de « permettre le tracé, autrement dit de guider l'action » ; et de permettre « la mesure, en ce qu'elle permet de juger l'action accomplie »¹⁰⁰. Dès lors, à l'opposé du critère de l'obligatorité, Catherine THIBIERGE propose d'adapter les « indicateurs de juridicité »¹⁰¹ de la norme de façon à ce qu'ils soient plus fidèles à la réalité des pratiques, en les fondant uniquement sur les fonctions de la norme : le tracé et la mesure. Cette approche fonctionnelle lui permet de distinguer ce qu'elle considère être la norme juridique *lato sensu* de la règle de droit qui, au sens classique du terme, est « l'expression la plus aboutie de la norme juridique, en ce qu'elle est à la fois modèle pour agir et modèle pour juger »¹⁰². Cette approche conduit l'auteure à inclure les recommandations parmi les normes juridiques en ce qu'elles sont des « normes de comportement sans être des normes de jugement (le tracé sans la mesure, la direction sans l'étalon ni la sanction) »¹⁰³. Dans ce schéma, même si les recommandations ont principalement une portée sociale – aucun lien juridique ne se noue entre le destinataire et le destinataire – elles appartiennent tout de même à la sphère du droit en tant qu'elles émanent d'une autorité publique. Libérées des critères stricts de la règle de droit, les normes recommandationnelles, servant uniquement de modèle pour agir, appartiendraient à une forme de « juridicité atténuée »¹⁰⁴. L'auteure met donc en avant la vocation instrumentale de la norme comme critère de la juridicité. Cette approche ne s'avère pas convaincante en ce qu'elle consiste

⁹⁷ J. RICHARD et L. CYTERMANN, *le droit souple*, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁸ C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », *art. cit.*, p. 208.

⁹⁹ C. THIBIERGE, « Au coeur de la norme: le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *art. cit.*, p. 346.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 341.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 367.

¹⁰² *Ibid.*, p. 368.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 369.

¹⁰⁴ G. FEUER et H. CASSAN, *Droit international du développement*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1991.

à réduire l'approche normative à une approche fonctionnelle qui n'est pas propre aux normes juridiques, mais qui concerne aussi l'ensemble des normes éthiques.

441. De son côté, Paul AMSELEK, en contradiction apparente avec sa thèse sur l'obligatorité de la norme juridique, parle de « recommandations juridiques »¹⁰⁵ en ce que les recommandations seraient des normes juridiques directives spécifiques, distinctes des commandements juridiques. C'est d'ailleurs ce qui les distinguerait selon lui des simples avis, conseils ou propositions dont l'absence de juridicité ne prête pas à discussion. Contrairement aux tenants de la facultativité possible de la norme juridique, cette approche de la recommandation comme norme juridique s'explique d'abord par l'association étroite que l'auteur fait de cette dernière avec le commandement. Si l'identification de normes éthiques à côté des normes cognitives au regard de leur vocation instrumentale est pertinente, l'association des commandements et des recommandations au sein des normes juridiques l'est beaucoup moins. L'imbrication proposée par Paul AMSELEK semble reposer sur quelques exemples spécifiques (la présence de recommandations dans la loi), ce qui revient *in fine* à abandonner le critère de lien juridique au profit d'une conception purement formelle de la juridicité.

442. Certes, il convient d'admettre que les recommandations, lorsqu'elles sont adoptées par des autorités publiques, sont des actes juridiques qui leur sont imputables. Elles sont juridiques en ce qu'elles sont susceptibles d'être soumises à une procédure incluant le respect de règles de compétence, et ce même si, en principe, elles ne produisent aucun effet juridique obligatoire dans le chef des destinataires de l'acte. Cela correspond au critère formel de l'acte juridique. Selon Paul AMSELEK, « c'est le même acte juridique d'une autorité publique qui formule à la fois des commandements et des recommandations (tel est le cas, par exemple, de certaines lois d'orientation ou de certaines lois-cadres) »¹⁰⁶. Il en résulte, selon lui, une « unité profonde entre les commandements et les recommandations édictés par les pouvoirs publics : les deux catégories de règles forment un même système normatif et directif d'ensemble »¹⁰⁷. Le fait que fréquemment celui qui est habilité à recommander est « également doté d'un pouvoir de commandement *stricto sensu* »¹⁰⁸ suffit à emporter la juridicité de la recommandation dans

¹⁰⁵ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) », art. cit., p. 39.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 41. Voir également : P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 1 octobre 2008, 2008/4, p. 1853-1854.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 164.

¹⁰⁸ P. AMSELEK, *Cheminevements philosophiques, op. cit.*, p. 159.

l'hypothèse où celle-ci apparaît dans un acte juridique. Cette imbrication interdit d'exclure, selon lui, du champ de la juridicité les recommandations en ce qu'« une scission radicale au sein de ce système ne peut être qu'artificielle et verbale »¹⁰⁹. Toutefois, l'usage du terme « juridique » recèle ici une ambiguïté. En effet, on peut parler de production juridique de norme non juridique en ce que des actes juridiques sont le support de cette référence non obligatoire. En ce sens, les recommandations peuvent être dites « juridiques », lorsqu'elles apparaissent dans une délibération ou dans un acte prévu par la loi. Néanmoins, au regard de leur portée, elles ne sont pas juridiques, car elles ne lient d'aucune manière le destinataire ou le destinataire. Cette distinction recouvre celle existant entre le critère formel et le critère matériel de la juridicité d'un acte. Le qualificatif de « juridique » appliqué aux recommandations par Paul AMSELEK n'implique en aucun cas que celles-ci lient juridiquement, mais seulement qu'elles empruntent les mêmes procédures d'édiction que les commandements juridiques ou le même acte juridique de l'autorité publique. L'acte qui porte la norme recommandationnelle peut donc être juridique en ce qu'il est prévu par le droit, mais la norme ne l'est pas en ce qu'elle ne crée pas un lien de droit. Par exemple, les délibérations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) peuvent comporter à la fois des normes recommandationnelles, des dispositions réglementaires, des « normes simplifiées » ou encore des décisions individuelles¹¹⁰. La confusion réside dans le fait que l'« acte juridique » désigne aussi bien la production liée à une opération juridiquement établie de manifestation de la volonté de l'autorité administrative que la norme juridique dans sa formulation matérielle, à savoir un énoncé normatif obligatoire. Les normes recommandationnelles ne sont pas obligatoires – elles ne modifient pas immédiatement la situation juridique du destinataire –, mais elles sont produites par un système de règles juridiques (les compétences du destinataire) qui font dire qu'elles sont incluses dans l'ordonnement juridique (en ce qu'il serait une agrégation ordonnée d'instruments juridiques). Parfois, l'opération d'édiction d'un acte à visée recommandationnelle peut être établie et organisée par le droit, mais le lien qui en résulte n'est en aucun cas de nature juridique. Par ailleurs, si l'on suit Paul AMSELEK dans cette approche

¹⁰⁹ *Ibid.* D'ailleurs, Paul AMSELEK s'étonne que Hans KELSEN considère ces manifestations normatives non obligatoires comme un des « corps étrangers au droit » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 71-72. ; P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) », *art. cit.*, p. 41).

¹¹⁰ C'est le sens par exemple de la formule de Jean-Marie AUBY lorsqu'il dit observer un « phénomène de reflux des prescriptions dans la production juridique » (J.-M. AUBY, « Prescription juridique et production juridique » dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 159).

formelle et fonctionnelle de la recommandation, il n'est pas permis de rejeter la juridicité des avis ou des vœux¹¹¹.

443. Cette multiplication des critères implique nécessairement des confusions. Ainsi, Cédric GROULIER perçoit aussi dans la combinaison de l'auteur, du support et de la vocation instrumentale de la norme, un indice permettant de justifier la juridicité des normes recommandationnelles. Généralement adoptées par les mêmes auteurs, ces normes ont « pour objet de concourir, à leur manière, à l'organisation de la vie en société »¹¹². Toutefois, il conclut par une définition de la norme juridique qui laisse quelque peu perplexe en ce qu'elle renferme une contradiction insurmontable. En effet, la norme juridique serait « une référence obligatoire ou facultative, exprimant, selon des modalités différentes, une même intention de lier, et qui reflète plus une nécessité du vivre-ensemble qu'un pur phénomène d'autorité »¹¹³. Or, la norme recommandationnelle n'exprime d'aucune manière une « intention de lier » équivalente à celle de la règle de droit. Le lien généré par la force obligatoire de la règle de droit se traduit par une volonté d'astreindre ou « de créer une obligation (au sens large) »¹¹⁴. La différence entre une norme recommandationnelle et une norme juridique ne réside pas dans son contenu, ni dans sa finalité (directive), mais bien dans le lien qui se crée entre le destinataire et le destinataire de la norme. Si dans les deux hypothèses, une contrainte pèse sur la liberté du destinataire, sa nature change : une véritable obligation d'un côté niant, le cas échéant, le consentement du destinataire (norme juridique) ; et une proposition plus ou moins pressante de l'autre, préservant la nécessité de son consentement (norme recommandationnelle).

444. Au-delà de ses propositions d'abandon de l'obligatorité comme critère de la spécificité de la norme juridique, il convient de s'attarder sur les finalités qui sous-tendent cet abandon et d'émettre un doute à ce propos. L'évolution des critères de la juridicité des normes se présente comme une réponse adaptée à l'évolution des modes de régulation et à la diversification des référentiels normatifs. Dans cette perspective, le refus de reconnaître la juridicité des normes recommandationnelles est jugé par ces auteurs comme une position « restrictive, voire tronquée, construite sur les fondations solides, mais étroites de l'impératif »¹¹⁵. Au contraire, le renouvellement du concept de la norme juridique devrait permettre une étude fine et globale de

¹¹¹ Cf. supra : P.2. T.1. Ch.1. Sect.1. §1. B. p. 355-356.

¹¹² C. GROULIER, « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », *Droits*, 1 novembre 2009, n° 50, n° 2, p. 260.

¹¹³ *Ibid.*, p. 262.

¹¹⁴ Entrée « LIER » dans G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 613.

¹¹⁵ C. GROULIER, « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », *art. cit.*, p. 248.

la « gradation des textures du droit » plus fidèle à la réalité des manifestations du pouvoir. Un des arguments avancés à l'appui du changement de paradigme de la juridicité consiste à signaler l'importance quantitative des normes recommandationnelles face aux normes obligatoires¹¹⁶. Pourtant, ce constat quantitatif n'appelle pas nécessairement une évolution qualitative de la norme juridique. Dans certains domaines de la régulation, le fait d'observer un reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité¹¹⁷ ne manifeste pas une transformation de la norme juridique, mais simplement que l'énoncé normatif obligatoire ne constitue plus l'unique moyen à la disposition de l'État dans sa mission de direction des conduites. Ensuite, le changement de paradigme proposé se fonde sur une assimilation de la norme juridique avec l'État. Cependant, il convient de rappeler que « le droit et l'État ne sont pas des termes coextensifs l'un à l'autre »¹¹⁸. En effet, le pluralisme juridique pose précisément l'existence de phénomènes juridiques non étatiques, là où le procédé recommandationnel rappelle que l'appareil d'État peut agir sans mobiliser des instruments susceptibles de produire un lien juridique. Avec le procédé recommandationnel, la figure traditionnelle de l'État qui impose, dans certains domaines, cède devant la figure, considérée plus légitime, du partenaire qui « veut faire comprendre, convaincre et non plus commander »¹¹⁹. Plutôt que de repenser les outils méthodologiques permettant de saisir ce phénomène, ces auteurs assument une complexification de la conception de la norme juridique qui serait, selon eux, « un meilleur reflet d'une société elle-même complexe »¹²⁰. Or, il est permis de penser que l'élargissement de la juridicité ne permet pas la compréhension d'un phénomène qui renvoie davantage à l'étude des manifestations du pouvoir (source et ressources) qu'aux manifestations du droit à proprement parler.

445. L'assimilation, peu ou prou, de toutes les normes directives au champ de la juridicité présente un risque de confusion. Rappelons que la renaissance du concept de « norme » avait précisément pour objectif de distinguer ce qui relève du « droit » – une obligation légalement fondée et garantie – du non-droit entendu comme un ordre non dépourvu de sanctions, mais dont les sanctions ne sont pas « semblables »¹²¹ à celles établies par le droit. Il est vrai cependant

¹¹⁶ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁷ J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, Recherches et travaux, vol. 5, 1998, p.36.

¹¹⁸ A.-J. ARNAUD, « JURIDICITÉ » dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologique du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p.324.

¹¹⁹ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *art. cit.*, p. 648.

¹²⁰ C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », *art. cit.*, p. 209.

¹²¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 70.

que le critère de l' « obligatorité » s'avère parfois d'un maniement délicat au regard de la complexification des référentiels normatifs. Il suffit de citer l'exemple des normes non directement applicables. Par définition, elles participent à fragiliser la conception qui fait de l'obligation le critère déterminant de la norme juridique¹²². Néanmoins, de notre point de vue, ces discours sur l'applicabilité des normes juridiques ou celui sur l'efficacité des normes recommandationnelles vis-à-vis des normes juridiques ne sont rendus compréhensibles que parce qu'on a adopté une conception spécifique de la norme juridique fondée, en l'occurrence, sur sa force obligatoire.

446. Enfin, considérer ces normes « hors du droit »¹²³, en ce qu'elles ne sont pas juridiques, ne signifie pas, comme le rappelle très justement Charles-Albert MORAND, que le droit n'en tient pas compte ou que les auteurs qui maintiennent le critère de l'obligatorité de la norme juridique ne tiennent pas compte de leur formalisation ou leur possible contrôle par le juge. En effet, le phénomène recommandationnel est progressivement encadré par le droit et parfois il en résulte des conséquences juridiques indirectes. Néanmoins, il apparaît pertinent de conserver le critère matériel de la norme juridique comme point de départ de la définition de la juridicité, c'est-à-dire le lien spécifique qui résulte de l'énonciation de la norme en tant qu'elle relève de l'ordre juridique. La force obligatoire apparaît dès lors comme l'élément déterminant de la juridicité d'une norme et apparaît comme essentielle à la compréhension de la spécificité du procédé recommandationnel.

Section 2. Le procédé recommandationnel, manifestation d'une relation dynamique entre le destinataire et le destinataire de la norme

447. Le procédé recommandationnel consiste dans l'émission d'une prescription normative sans exprimer la volonté de l'imposer. Au contraire, elle manifeste le souhait d'établir un dialogue autour du comportement adéquat à adopter dans des situations déterminées. Une sorte de dialogue s'instaure entre l'émetteur de la norme et son destinataire, contrairement à la visée unilatérale qui est celle du droit. Certains parlent de « normativité dialoguée »¹²⁴. Une norme n'est en soi qu'un modèle de conduite, elle n'est ni un commandement ni une recommandation. Ce sont deux variétés de normes qui dépendent de l'usage qu'en fait l'auteur. S'arrêter à

¹²² M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Strasbourg, Strasbourg, 2012, p. 28.

¹²³ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 173.

¹²⁴ G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, 21 (Dossier : La normativité), p. 84-87.

l'énoncé même de la norme fait courir le risque de ne pas saisir l'enjeu de la relation particulière établie entre l'émetteur et le destinataire de la norme. Il convient au contraire de considérer les relations au-delà de ce qui est dit afin d'en saisir, de manière nuancée, la réalité du pouvoir exercé.

448. Dans une approche linguistique, la norme s'apparente à une directive en ce qu'elle est un énoncé linguistique dont la fonction est d'influer sur le comportement de ceux auxquels elle s'adresse. Son énoncé implique nécessairement une interaction, aussi indirecte soit-elle¹²⁵ : il y a celui qui s'adresse – l'émetteur ou le destinataire –, celui à qui l'on s'adresse – le destinataire. Ensuite, il y a ce dont on parle – l'objet du message communiqué – et ce qu'on en dit – le sens du message transmis. Dans ce schéma, le destinataire est l'émetteur de la norme, tandis que le message, entendu comme le contenu et la signification de la norme, seraient la perception qu'en a le destinataire¹²⁶. La prise en compte de tous les éléments de l'interaction est nécessaire pour apprécier la portée directive de l'énoncé. L'intention et les ressources du destinataire sont dès lors des aspects importants à étudier pour saisir la portée du message, en l'occurrence pour déterminer si la norme a un caractère impératif ou simplement recommandationnel. La prise en compte de la volonté du destinataire, du contexte et de la nature de l'instrument adopté, paraît également primordiale pour évaluer les chances de réception du message (§1). Enfin, à l'opposé, la visée recommandationnelle signifie que le destinataire, quelle que soit la pression exercée sur sa liberté d'adhésion, est placé dans une position où il demeure l'unique responsable de son comportement (§2).

§1 Le destinataire de la norme dans le procédé recommandationnel

449. Pour favoriser le respect de la norme recommandationnelle – sans l'imposer donc – le destinataire cherche à obtenir le consentement du destinataire par tout moyen. Pour ce faire, il utilise les moyens à sa disposition pour persuader le destinataire de la valeur de la norme proposée. Les AAI, à travers leurs avis et leurs recommandations, ne se contentent pas de soumettre la norme à la libre appréciation de son destinataire, elles s'efforcent le plus souvent de le convaincre de s'y conformer. Elles exercent ainsi une influence sur le destinataire, qui peut parfois même être l'expression d'un véritable pouvoir. L'emploi d'expressions telles que

¹²⁵ Voir : D. PICARD, « De la communication à l'interaction : l'évolution des modèles », *Communication et langages*, n° 93, 3^{ème} trimestre, 1992. p. 69-83 ; C. KERBRAT-ORECCHIONI, « La notion d'interaction en linguistique : origine, apports, bilan », *Langue française*, vol. 117, 1998, p. 51-67.

¹²⁶ Entrée « FONCTIONS DE LANGAGE » dans F. NEVEU, *Lexique des notions linguistiques*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2009. Pour aller plus loin : R. JAKOBSON, « Linguistique et poétique » dans *Essais de linguistique générale*, coll. « Arguments », Paris, Éditions de Minuit, 1968, p.209-248.

« pouvoir de recommandation », « pouvoir de proposition » ou « pouvoir d’avis » dans les rapports parlementaires ou dans les manuels pour qualifier les attributions consultatives des AAI manifeste l’existence d’un rapport singulier entre le destinataire et le destinataire de la norme qui va bien au-delà du simple dialogue. Or, envisager le pouvoir à l’aune de l’interaction implique de chercher l’existence d’un déséquilibre entre le destinataire et le destinataire de la norme¹²⁷.

450. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure l’autorité délivrant un conseil, énonçant une norme à laquelle elle attribue une visée recommandationnelle, s’inscrit dans une relation de pouvoir avec le destinataire de l’acte en question, et surtout quelle est la nature du pouvoir exercé. Il n’est pas forcément question de remettre en cause la visée recommandationnelle de la norme énoncée – de chercher à tout prix à débusquer l’impératif qui se cacherait derrière le recommandationnel –, mais d’insister sur l’élément central de ce procédé au-delà de la norme elle-même et qui réside dans les caractéristiques de l’interaction entre le destinataire et le destinataire de la norme.

451. Pour ce faire, il convient d’abord de s’intéresser aux qualités du destinataire de la norme. Sur ce point, on s’appuiera sur la théorie des actes du langage qui permet de révéler l’importance des qualités attachées à la personnalité et à la position du destinataire de la norme (A). Ensuite, l’étude des techniques de persuasion consiste à aborder non plus les qualités propres au destinataire, mais l’ensemble des ressources qu’il mobilise pour amener le destinataire à respecter la norme recommandée (B).

A. L’apport de la théorie des actes de langage

452. L’énonciation de la norme sur un mode persuasif indique, sur un plan strictement formel, que son auteur s’adresse au destinataire sur un plan d’égalité. Pour le convaincre, le destinataire s’attache à identifier les raisons qui conduiront au résultat espéré. Dès lors, en attribuant une visée recommandationnelle à la norme, l’auteur n’en attend pas *a priori* l’observance sans discussion du destinataire, mais au contraire une adhésion réfléchie. Ce procédé repose en définitive sur l’idée que la valeur intrinsèque de la norme doit suffire à emporter la conviction du destinataire.

453. Toutefois, les autorités se contentent rarement d’énoncer une norme sans en suivre l’exécution. Elles mobilisent le plus souvent des techniques de persuasion qui vont au-delà de la seule argumentation. Elles tentent de persuader son ou ses destinataires de façon spontanée

¹²⁷ F. CHAZEL, « Pouvoir, structure et domination », *RFS*, 1983, XXIV, p. 369-393.

en tirant parti de leur prestige ou encore en mobilisant des émotions négatives telles que la peur ou la honte. Cet aspect de la relation dans le cadre du procédé recommandationnel tranche, peut apparaître contradictoire, par rapport à la seule confiance dans les vertus du contenu tel que précédemment exposé. En ce sens, la notion de « pression » est essentielle dans l'approche de la magistrature d'influence des AAI. En effet, si la liberté d'adhésion du destinataire est formellement préservée, il en va différemment en pratique où celle-ci est le plus souvent malmenée. À cet égard, il est révélateur qu'à propos des recommandations de la Commission des clauses abusives (CCA), il soit rappelé que les professionnels « croient en leur caractère obligatoire ou du moins leur reconnaissent une certaine force contraignante »¹²⁸. Dans ce cas, les professionnels ne s'y conforment pas en raison d'une convergence entre leurs intérêts et le caractère raisonnable du comportement recommandé, mais bien parce qu'ils craignent les conséquences négatives qui feraient suite au non-respect de la recommandation. Le « sentiment d'obligation »¹²⁹ qui peut naître à la suite de l'émission d'une norme est un indice révélateur de la nature de la relation qui s'établit entre le destinataire et le destinataire de la norme. Ce sentiment révèle ainsi l'établissement d'une relation déséquilibrée malgré les apparences formelles d'un dialogue entre le destinataire et le destinataire de la norme.

454. Ces observations incitent à s'intéresser aux propriétés du destinataire de la norme plutôt qu'à l'expression de la norme elle-même pour en saisir la portée précise. Cette relation est donc largement déterminée par la question « qui parle ? ». La théorie des « actes de langage » est riche d'enseignement sur ce point en ce qu'elle invite à trouver l'intention de l'auteur de la norme dans le contexte même de son énonciation. Cette théorie a été formulée pour la première fois par John L. AUSTIN¹³⁰, et développée ensuite par John SEARLE¹³¹. Elle a fait l'objet d'une diffusion dans le milieu des juristes français par Paul AMSELEK¹³² et Olivier CAYLA¹³³.

455. Une distinction cardinale, issue de la théorie austinienne, oppose le locutoire et l'illocutoire. Tout énoncé recèle un aspect locutoire – ce qui est dit – et illocutoire – le contexte

¹²⁸ L. LEVENEUR, « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations » dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1996, p. 166.

¹²⁹ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 184.

¹³⁰ J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire / How to do things with words (1962)*, trad. G. LANE, Paris, Éd. du Seuil, 1970, 202 p.

¹³¹ J. R. SEARLE, *Les actes de langage, essai de philosophie du langage (1972)*, trad. H. PAUCHARD, Paris, Hermann, éditeurs des sciences et des arts, 1996, 264 p.

¹³² Voir notamment : P. AMSELEK, « La théorie des actes de langage et le droit » dans *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 109-163.

¹³³ O. CAYLA, *La notion de signification en droit : contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Thèse de doctorat de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1992, 1112 p.

dans lequel s'insère la parole. Appliquée au droit, cette distinction invite à dépasser l'énonciation formelle de la norme, la proposition normative proprement dite, pour appréhender sa signification en tenant compte de la qualité de son auteur et du contexte de son énonciation. Dans cette théorie, l'illocutoire, à savoir la signification conférée à un énoncé au-delà de son sens immédiat, est tout aussi voire plus importante que le locutoire, c'est-à-dire ce qui est effectivement dit, énoncé, par le texte. L'aspect illocutoire peut parfois même infirmer le locutoire¹³⁴. En effet, le sens de l'énoncé n'est pas indépendant de la force illocutionnaire de l'énonciation, « car un énoncé n'a de conditions de vérité que s'il a une force illocutionnaire d'un certain type »¹³⁵. Formuler en apparence un conseil peut s'avérer en pratique donner un ordre, et inversement. Par exemple, « range ta chambre » peut se lire comme un ordre si l'on s'en tient à l'emploi du mode impératif, mais la réussite de cet ordre ne réside pas dans l'énoncé même. Elle dépend précisément de la position et du statut du locuteur. Si l'ordre vient de l'un des parents ou d'une tierce personne (un ami par exemple), ses chances de réussite varient du tout au tout¹³⁶. Comme l'a démontré Pierre BOURDIEU, s'opposant ainsi à John SEARLE¹³⁷, la « force illocutoire » n'est pas une propriété purement linguistique qui s'apprécierait uniquement dans les éléments de la phrase (structures syntaxiques, grammaticales, sémantiques, voire interactionnelles)¹³⁸. Selon lui, « ce que l'on appelle la force illocutoire d'un discours, c'est l'autorité qui s'en dégage à raison du statut social ou politique du locuteur et non pas en raison d'une mythique valeur intrinsèque des mots employés »¹³⁹. C'est faire fausse route que de penser que quiconque peut réaliser un acte de parole pourvu qu'il utilise les bons éléments linguistiques permettant de doter un énoncé de la force illocutionnaire désirée. On ne peut faire abstraction des conditions socio-institutionnelles¹⁴⁰ ; ainsi, « tous les efforts pour

¹³⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹³⁵ F. RÉCANATI, « Le développement de la pragmatique », *Langue française*, 1979, n° 42, p. 12.

¹³⁶ Dans une moindre mesure, un énoncé *a priori* descriptif devient une recommandation d'autant plus forte qu'elle émane d'une autorité publique, ainsi en va-t-il des photographies témoignant des conditions de détention prises et publiées par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dans ses rapports de visite (CGLPL). Sur cette question : A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *RESS*, 1 mai 2009, XLVII-144, p. 82.

¹³⁷ B. AMBROISE, « Une conception non scolastique de l'efficacité linguistique. Bourdieu lecteur d'Austin » dans M.-A. LESCOURRET (dir.), *Pierre Bourdieu. Un philosophe en sociologie*, Paris, PUF, 2009, p. 68.

¹³⁸ Dans son article, Bruno AMBROISE rappelle que Pierre BOURDIEU a reproché « abusivement » à John L. AUSTIN de ne pas suffisamment tenir compte de l'affectation de l'interaction linguistique par les paramètres sociaux, autrement dit de s'en tenir aux éléments linguistiques. En effet, Pierre BOURDIEU a reconnu par la suite avoir été injuste sur ce point avec John L. AUSTIN. La critique principale de Pierre BOURDIEU s'adresse plus justement à la majeure partie de la linguistique et de la pragmatique philosophique dont John SEARLE est le représentant (*Ibid.*).

¹³⁹ P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, p. 111.

¹⁴⁰ B. AMBROISE, « Une conception non scolastique de l'efficacité linguistique. Bourdieu lecteur d'Austin », art. cit., p. 69.

trouver dans la logique proprement linguistique des différentes formes d'argumentation, de rhétorique et de stylistique le principe de leur efficacité symbolique sont voués à l'échec aussi longtemps qu'elles n'établissent pas la relation entre les propriétés du discours, les propriétés de celui qui les prononce et les propriétés de l'institution qui l'autorise à les prononcer »¹⁴¹.

456. C'est ce que l'on appelle le contexte de l'échange, les caractéristiques de l'agent qui énonce la norme importent tout autant, voire plus, que l'énoncé de la norme. Le prestige de l'auteur lié au contexte peut donc avoir une visée performative. Dans la théorie linguistique, la performativité est une notion qui permet de comprendre que le langage ne se contente pas de *dire* quelque chose du monde, mais contribue à agir sur celui-ci, à le constituer comme il est. Cette lecture conduit à relativiser une approche idéalisée de la nature « dialogale »¹⁴² de la norme recommandationnelle par la mise en lumière de l'importance des caractéristiques de son destinataire. En d'autres termes, selon le contexte dans lequel cette interaction se produit, la norme énoncée peut s'avérer soit recommandationnelle soit impérative. En effet, le dialogue est le moment « d'un rapport de pouvoir ou de domination, en ce sens que la réussite d'un acte de parole dépend toujours de la reconnaissance, socialement déterminée, que l'on accorde à celui qui le profère »¹⁴³. Peu importe le titre de l'émetteur : qu'il soit haut fonctionnaire, professionnel, juge, expert, politique ou savant. Comme le rappelle Denys de BECHILLON, l'essentiel est qu'il existe et surtout qu'il soit reconnu : « un des objets les plus précieux d'une sociologie des discours porte ainsi sur la constitution des "marqueurs" de "force illocutoire" qui, parfois très subtilement, désignent ce titre d'"autorité" »¹⁴⁴. Par exemple, la position d'« autorité de régulation », le statut d'indépendance ou les importants pouvoirs d'investigation d'une autorité constituent des marqueurs suffisamment forts pour que les destinataires prennent au sérieux les actes à visée recommandationnelle qui en émanent.

457. Ce constat rejoint le sens des réflexions de Pascale DEUMIER lorsqu'elle considère que « l'auteur de la norme influera différemment sur son autorité selon qu'il est une autorité publique ou privée, politique ou experte, une association professionnelle, une autorité de

¹⁴¹ P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁴² G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *art cit.*, p. 86.

¹⁴³ B. AMBROISE, « Une conception non scolastique de l'efficacité linguistique. Bourdieu lecteur d'Austin », *art. cit.*, p. 65.

¹⁴⁴ D. de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RDT Civ.*, mars 2002, p. 59, NdBP 45. Cf. *supra*, TI. PI. Ch.3. Sect.2.

régulation, une communauté savante »¹⁴⁵. On complètera cette observation en rappelant que l'autorité d'une personne ou d'une institution dépend également, et surtout, de sa reconnaissance par le destinataire de l'énoncé. En effet, ainsi que le montre Pierre BOURDIEU, « la spécificité d'un discours d'autorité (cours professoral, sermon...) réside dans le fait qu'il ne suffit pas qu'il soit compris » encore faut-il qu'il soit reconnu comme tel¹⁴⁶. Cette reconnaissance n'est accordée que sous certaines conditions, « celles qui définissent l'usage légitime »¹⁴⁷ : personne, forme, situation, etc. Dès lors, cette reconnaissance diffère selon que le destinataire de la norme est une autorité publique ou privée, politique ou experte, une société professionnelle ou un simple particulier. En effet, si la réception de la norme dépend des éléments conditionnant la relation entre l'émetteur et le récepteur, des ressources à leur disposition, un simple particulier, au contraire d'un organisme public, n'est le plus souvent pas dans une situation lui permettant de remettre en question la volonté de l'administration. Il peut « intérioriser des pratiques voulues par l'administration, fondées sur la croyance en des sanctions potentielles même si celles-ci ne sont explicitement pas formulées, sans qu'aucun juge ne puisse garantir sa liberté à ce niveau et contrer cette contrainte non juridique qui se situe en deçà de sa compétence »¹⁴⁸. Le particulier, destinataire de la norme recommandationnelle, sera susceptible dans ce cas de se conformer au comportement recommandé par crainte de voir mise en œuvre par l'autorité la menace d'adopter une réglementation, de rendre une décision ou de déposer un recours. Christophe CHABROT considère dès lors que « tout acte informel met ainsi en place une apparence de pouvoir, un simulacre de commandement que peu d'administrés sont à même de contester au nom de la réalité de leurs droits »¹⁴⁹.

458. À l'inverse, cette application de la théorie des actes de langage peut participer à dissiper une illusion concernant l'autorité supposée des avis ou recommandations de certaines AAI. Ainsi, il était fréquent de faire référence à l'« autorité morale indiscutable »¹⁵⁰ de l'ancienne Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) – à laquelle a succédé la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) – dont la

¹⁴⁵ P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets » dans Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013 du Conseil d'État, n° 64, Paris, La Documentation française, 2013, p. 254.

¹⁴⁶ P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ C. CHABROT, « La charte européenne des droits de l'homme dans la ville : un exemple d'acte 'pré-juridique' ? », *RDP*, 2007, n° 2, p. 375.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Jean-Jacques URVOAS citant le rapport de Robert SCHMELCK de la Commission d'étude sur les écoutes téléphoniques, remis à Pierre Mauroy le 25 juin 1982 reproduit dans *Premier rapport d'activité 1991-1992* de la CNCIS (Paris, La Documentation française, 1993, p. 108).

principale raison résidait dans son indépendance vis-à-vis de l'autorité politique. À l'issue de son contrôle, la CNCIS rendait un avis consultatif à l'adresse du Premier ministre qui devait prendre la décision de poursuivre ou d'interrompre les écoutes téléphoniques et au Groupement interministériel de contrôle (GIC) qui l'exécutait¹⁵¹. Les ressources d'un Premier ministre, chef de l'exécutif, sont sans commune mesure avec celles d'une autorité indépendante dont la fonction est de produire un avis consultatif et qui, par ailleurs, peine à être entendue du grand public. On peut attendre d'un Premier ministre qu'il soit pleinement conscient du profit qu'il peut retirer en se conformant à la recommandation et, à l'opposé, du faible impact sur l'opinion du non-suivi d'une recommandation adoptée par une Commission peu connue. En l'espèce, on peut considérer que l'adhésion aux avis de la CNCIS du Premier ministre n'était pas le résultat d'une relation de pouvoir à l'avantage de la Commission, mais plus simplement l'intérêt politique affiché, à un instant donnée, du chef du gouvernement de suivre ces avis. La CNCIS n'exerçait pas à proprement parler un pouvoir lié à une mission de contrôle à l'égard du Premier ministre, mais plus vraisemblablement une mission d'aide à la décision à l'instar de celle de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN)¹⁵². Tenant compte de ces développements, il n'est pas étonnant de constater, dès que l'intérêt du Premier ministre est en contradiction avec la position de la Commission, la faiblesse de persuasion de la magistrature d'influence d'une telle Commission consultative de contrôle¹⁵³.

B. L'apport de l'étude des techniques de persuasion

459. Le prolongement d'une approche interactionnelle et contextuelle de la norme recommandationnelle consiste dans l'étude des ressources à la disposition des AAI pour accroître leur influence. En effet, le prestige des membres ou la position institutionnelle ne suffisent pas à expliquer l'influence des AAI sur les nombreux acteurs d'un secteur donné ou sur les pouvoirs publics. Il convient d'y inclure les nombreuses techniques de persuasion ou d'influence développées par ces institutions, c'est-à-dire les moyens mobilisés par les autorités pour augmenter leur chance d'emporter l'adhésion du destinataire à la norme suggérée.

460. La persuasion, prise dans un sens rationnel, consiste à emporter la conviction sur la base d'un argument¹⁵⁴. Cette figure n'implique pas nécessairement l'exercice d'un pouvoir par le

¹⁵¹ S. LAURENT, *Politiques du renseignement*, Bordeaux, PUB, 2009, p. 246.

¹⁵² C. GUETTIER, « Une nouvelle autorité administrative indépendante : la Commission consultative du secret de la défense nationale », *La Gazette du Palais*, 17 août 2000, n° 230, p.3.

¹⁵³ J. PASCUAL, « Surveillance : des avis moins suivis », *Le Monde*, 25 juillet 2015 (lemonde.fr/societe/article/2015/07/24/surveillance-des-avis-moins-suivis_4696992_3224.html, consulté le 14 mai 2016).

¹⁵⁴ F. CHAZEL, « Pouvoir » dans R. BOUDON (dir.), *Traité de sociologie*, Paris, PUF, 1992, p. 208.

moyen de techniques particulières. La persuasion se rapproche dans cette hypothèse du procédé recommandationnel dans son expression idéale, à savoir la proposition d'un comportement raisonnable auquel se conforme son destinataire suivant une logique de raison. Dans les théories du pouvoir, il existe plusieurs formes du pouvoir d'influence allant de la « persuasion rationnelle », à la persuasion non rationnelle jusqu'à la manipulation. Certains auteurs excluent la « persuasion rationnelle » du champ du pouvoir, car elle ne rompt pas le rapport égalitaire existant entre le destinataire et le destinataire. Selon eux, il est faux de parler de « pouvoir de persuasion » ou de « pouvoir d'influence »¹⁵⁵. À ce propos, Norberto BOBBIO, lorsqu'il distingue les commandements et les conseils, précise que « celui qui conseille ne met pas en avant son propre pouvoir, mais avance des arguments dans le but de persuader et d'obtenir l'approbation de la valeur de ce qui est conseillé. Il ne demande pas que la conduite conseillée soit exécutée parce qu'elle est conseillée, mais parce qu'elle est raisonnable »¹⁵⁶. La norme recommandationnelle fait ainsi l'objet d'un « décodage [de la part] des instances de réception »¹⁵⁷ au regard de leurs intérêts. En d'autres termes, le destinataire de la proposition réfléchit, pèse le pour et le contre et, s'il décide finalement de suivre le conseil, il le fait non par respect ou par crainte, mais parce qu'il est convaincu. On trouve ici l'idéal du procédé recommandationnel – une normativité « dialoguée »¹⁵⁸ – fondé sur un rapport égalitaire entre le destinataire et le destinataire de la norme. L'adhésion du destinataire dépend dans ce cas de la pertinence de l'argumentation : l'adhésion est nécessairement réfléchie.

461. Cette figure de la persuasion correspond à l'action de convaincre en rhétorique. En effet, convaincre et persuader constituent deux grandes visées de l'argumentation et concernent, au premier chef, le destinataire dont on cherche à conquérir l'adhésion¹⁵⁹. La distinction repose sur la manière d'obtenir l'effet produit sur celui ou ceux à qui l'on s'adresse. L'action de convaincre consiste pour celui qui argumente à faire appel à la raison, aux facultés d'analyse et de raisonnement, à l'esprit critique du destinataire pour obtenir l'observance de la norme. Pour ce faire, il apporte des éléments de preuve destinés à étayer sa proposition. Il peut l'illustrer par des exemples ou par des références juridiques ; il cherche à les présenter de la façon la plus efficace suivant une certaine progression argumentative. Il se développe ainsi une stratégie

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 204.

¹⁵⁶ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵⁷ G. TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », *D*, 1988, p. 268.

¹⁵⁸ G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *art. cit.*, p. 86-87.

¹⁵⁹ Pour une distinction entre « convaincre » et « persuader » : A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 190.

argumentative. On peut citer, en guise d'illustration, les avis approfondis et détaillés de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH). Si certains critiquent le « juridisme » de ces avis, Emmanuel DECAUX rappelle que c'est « justement ce “sérieux” des avis qui leur donne toute leur valeur technique et leur poids moral »¹⁶⁰. On peut mentionner également les recommandations de la Haute autorité de santé qui sont rédigées de manière courte et faisant mieux apparaître les principales conclusions à en retenir¹⁶¹ afin de faciliter leur réception. Le destinataire développe ainsi une stratégie qui passe par la forme et l'organisation des arguments pour faire triompher la valeur intrinsèque de la norme qu'il énonce et obtenir que son destinataire en accepte les raisons, les partage, les fasse siennes et se déclare alors convaincu. Ce mode d'influence relève de l'ordre du discours argumenté¹⁶². L'égalité entre les parties n'est pas rompue. La qualité des arguments détermine seule leur effet sur l'évolution du comportement, il s'agit d'une simple influence.

462. Au contraire, il existe d'autres figures de la persuasion dite « non rationnelle » qui désigne « une action du sujet destinée à provoquer l'adhésion en touchant la sensibilité, une expression destinée à influencer le jugement afin d'emporter la décision »¹⁶³. Celui qui veut persuader cherche à obtenir une adhésion spontanée et affective de son destinataire. Philippe BRAUD conteste la distinction entre la persuasion rationnelle et non rationnelle, car il apparaît douteux, selon lui, qu'une autorité mobilise des arguments exclusivement rationnels afin de convaincre l'intelligence. Il considère que « la distinction entre l'appel à la raison et l'appel aux affects est certainement difficile à mettre en œuvre, sinon même tout à fait illusoire, sauf à s'appuyer sur une vision fort appauvrissante des mécanismes de l'intelligence »¹⁶⁴. Alexandre FLÜCKIGER a participé, de son côté, à mettre en lumière le rôle des émotions dans le procédé recommandationnel, plus précisément par l'usage des techniques de persuasion¹⁶⁵. Il montre ainsi que la théorie des choix rationnels ne suffit pas à expliquer l'efficacité des moyens propres

¹⁶⁰ E. DECAUX, « Utile Cassandre, du rôle de la commission nationale consultative des droits de l'homme » dans *Mélanges Jacques Mourgeon, Droit et Liberté*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 605.

¹⁶¹ P.-L. BRAS, P. RICORDEAU, B. ROUSILLE et V. SAINTOYANT, *L'information des médecins généralistes sur le médicament*, IGAS, n° RM 2007-136P, septembre 2007, p.31-32 ; J. RICHARD et L. CYTERMANN, *le droit souple*, op. cit., p. 115.

¹⁶² C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 6^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2008, p.34-40 et p.649 et s. ; P. CHARAUDEAU, « De l'argumentation entre les visées d'influence de la situation de communication » dans *Argumentation, Manipulation, Persuasion*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 13 et s.

¹⁶³ J. RUSS, *Les théories du pouvoir*, Paris, Librairie générale française, 1994, p. 40.

¹⁶⁴ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1/2, p. 352.

¹⁶⁵ A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », art. cit., p. 76 et s.

à l'influence, mais que celle-ci « reposerait essentiellement sur des mécanismes de nature émotionnelle, en particulier l'anticipation de la honte, de la culpabilité ou l'embarras en cas de violation ainsi que la fierté en cas de respect »¹⁶⁶. Cette approche de l'influence marque les limites de la persuasion rationnelle. Tout pouvoir, qu'il soit d'injonction ou d'influence, entre *a priori* en contradiction avec l'idée de la liberté selon la tradition libérale classique¹⁶⁷. En effet, sont à inclure dans le champ du pouvoir les situations où la présomption d'égalité entre les partenaires est rompue.

463. Plusieurs éléments entrent en ligne de compte afin de déterminer le pouvoir exercé par les autorités à travers leurs recommandations et, partant, l'importance de la pression exercée sur la liberté de consentir à la norme par le destinataire. La pression exercée par l'autorité est censée introduire un déséquilibre dans la relation existante entre l'émetteur et le récepteur de la recommandation au profit du premier. Les attributions ou les compétences périphériques à l'énonciation de la norme à visée recommandationnelle relatives au recueil et à la diffusion de l'information jouent un rôle essentiel dans l'efficacité de l'influence. Cela soutient l'idée selon laquelle le pouvoir exercé dépend des ressources mobilisées dont disposent les autorités, qu'il s'agisse de compétences liées à l'information, de la mise en avant de leur position dans le système de contrôle de régulation (relations avec d'autres régulateurs), de la proximité avec les juges, de leurs liens avec les acteurs de la société civile (associations, entreprises, collectifs, etc.), de leurs compétences décisionnelles ou plus simplement de leur prestige constaté à l'instant où elles énoncent la norme. Ce sont autant de ressources qui font l'efficacité du pouvoir d'influence. Les moyens de pression correspondent aux ressources de l'émetteur de la norme. Une pression ne s'entend pas nécessairement d'une forme de menace, mais peut simplement tenir à l'intérêt qu'ont les sujets de droit à adopter certains comportements. La pression peut venir de l'autorité elle-même par ses propres moyens. Mais l'autorité peut aussi compter sur des pressions dont elle n'est pas la source. En effet « la pression de changement peut provenir du groupe social auquel le destinataire appartient, si ce dernier craint par exemple d'entrer en conflit avec le groupe »¹⁶⁸, il s'agit en l'occurrence d'une adhésion à la norme par mimétisme¹⁶⁹.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 80.

¹⁶⁷ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 337.

¹⁶⁸ A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », art. cit., p. 86.

¹⁶⁹ P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue Juridique Thémis*, 1999, vol. 33, n° 2, p. 210.

464. De la nature des pressions exercées par l'autorité peut résulter une confusion entre une simple pression et un impératif. La distinction entre les sanctions au sens juridique, qui visent l'exécution de véritables obligations juridiques préexistantes, et les « pressions », qui tendent à la réalisation de conduites non obligatoires, est parfois difficile à établir avec précision¹⁷⁰. Suivant le procédé utilisé, la contrainte – de fait – peut être plus ou moins vigoureuse. Lorsqu'elle est forte, elle ne se distingue pas aisément de la contrainte juridique du point de vue de ses effets ; surtout, si ces sanctions extra-juridiques, par leur degré de formalisation, se rapprochent d'une sanction juridique¹⁷¹. Le rôle psychologique de la stigmatisation par l'action de rendre public le comportement d'une personne n'entraîne pas les mêmes conséquences selon que la personne visée soit une autorité publique ou un particulier. Par exemple, la mise en cause de sa réputation pour une entreprise peut avoir des répercussions financières considérables.

465. Parmi les figures du pouvoir d'influence, la manipulation constitue une variante de la persuasion qui se caractérise par son caractère clandestin : A influence B à son insu, en trompant B sur les termes de l'interaction par exemple. On retrouve ici le « bluff »¹⁷² de certaines autorités sur la nature des documents émis en leur accordant par exemple les propriétés formelles d'une norme juridique alors même que l'acte en question n'en a pas les caractéristiques intrinsèques. À ce titre, les recommandations de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) qui sont publiées dans un registre officiel avec une date d'entrée en vigueur en constituent une illustration concrète. En effet, l'ACPR leur donne les formes d'une décision administrative exécutoire alors même que ces recommandations ne sont pas obligatoires. Le destinataire est trompé par le destinataire de la norme¹⁷³. Toutefois, à propos des AAI, la manipulation semble trouver sa cause plutôt dans un malentendu. En effet, dans la relation, il y a ce qui est – l'état des compétences et des aptitudes tel que codifié par les textes instituant les AAI – et ce que les destinataires en perçoivent – les pouvoirs normalement attendus d'une autorité administrative indépendante au regard des missions qui lui ont été confiées.

466. En tout état de cause, c'est la configuration de la relation entre le destinataire et le destinataire de la norme recommandationnelle qui est déterminante pour en apprécier la portée

¹⁷⁰ G. TIMSIT, « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, p. 49.

¹⁷¹ Par exemple, ce qui peut inciter une personne à privilégier la transaction réside dans la peur d'un procès. Dans ce cas, le procès est également un instrument pour inciter les parties non seulement à conclure un arrangement non obligatoire, mais également à le respecter.

¹⁷² A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », art. cit., p. 247.

¹⁷³ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1/2, p. 353.

véritable. Dans ce cas, évoquer l'« intensité normative »¹⁷⁴ ou la « force normative »¹⁷⁵ implique de s'intéresser aux ressources du destinataire de la norme – sa capacité à exercer du pouvoir – qui lui permettent soit d'imposer soit de recommander la norme ; et aux dispositions du destinataire à recevoir la norme, c'est-à-dire de se demander si ce dernier est capable de résister ou non à l'influence du destinataire. La force d'une norme, son efficacité voire son effectivité dépend de la relation d'influence qui s'appuie « sur des attributs propres au sujet – ou au système – qui en tire avantage »¹⁷⁶.

467. Cette approche des ressources permet d'identifier les limites propres à l'exercice d'une magistrature d'influence. Si sur le plan formel, une autorité administrative cherche à convaincre une entreprise, les modalités et les effets sont variables. Au point, qu'en pratique, cela peut revenir à lui imposer un choix ou un comportement. Dans certains cas, le destinataire n'est plus dans les faits un sujet libre d'agir conformément au comportement recommandé, mais un sujet obéissant à la volonté de l'autorité en question. La prescription devient obligatoire, non en raison d'un fondement juridique quelconque, mais d'une situation où le destinataire ne peut plus faire autrement – ou estime ne plus pouvoir faire autrement – que de suivre le comportement « proposé » par l'autorité en question. Si juridiquement, la recommandation n'est rien d'autre qu'une proposition¹⁷⁷, sur le plan des effets pratiques, cette proposition peut produire des conséquences concrètes. Toutefois celles-ci demeurent *a priori* non juridiques au sens où elles ne produisent pas par elle-même d'obligation juridiquement établie et sanctionnée : on ne peut donc pas les envisager comme des prescriptions « juridiques »¹⁷⁸.

468. En conclusion, qu'il soit question d'un particulier ou d'une autorité administrative, le destinataire ne subit une influence, c'est-à-dire ne se place dans une relation de pouvoir, que s'il ou elle décide – convaincu, persuadé, manipulé ou subjugué – de suivre le comportement suggéré. L'influence s'exprime sous la forme d'une alternative objective : ou bien le destinataire de l'acte « adopte tout ou partie du comportement suggéré et, dans ce cas, il accepte délibérément de se placer dans la relation de pouvoir [...] ou bien il n'adopte pas le

¹⁷⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 318.

¹⁷⁵ C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, 891 p.

¹⁷⁶ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 354.

¹⁷⁷ Comme le rappelle Thierry REVET, bien que l'opinion aspire par définition à devenir proposition obligatoire, elle ne peut l'être qu'intégrée dans l'enveloppe d'une loi ou d'un jugement (T. REVET, « Rapport introductif » dans T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 3).

¹⁷⁸ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique? », art. cit., p. 60.

comportement suggéré et, dans cette hypothèse, puisqu'il a résisté à l'influence on peut dire que la relation de pouvoir ne s'est pas nouée »¹⁷⁹. La lecture de cette alternative dépend globalement de la configuration de la relation entre le destinataire et le destinataire de l'énoncé normatif.

§2 Le destinataire de la norme dans le procédé recommandationnel

469. Que l'observance de normes recommandationnelles se fasse par conviction, par crainte ou par mimétisme ne modifie en rien les conséquences juridiques qui y sont attachées¹⁸⁰. L'objectif des autorités est précisément de fonder la légitimité de la norme recommandée par l'association ou l'adhésion de celui qui est censé s'y conformer. Dans ce schéma, « l'instance de réception de la norme – le lecteur de la norme – contribue donc tout autant que l'instance d'émission à faire la norme »¹⁸¹. La liberté est ce qui caractérise la relation entre le destinataire et le destinataire de la norme recommandationnelle. D'un point strictement juridique, Pierre DELVOLVÉ ne manquait pas de souligner dans son ouvrage sur l'acte administratif que même si « les recommandations constituent une sorte de pression sur leurs destinataires pour qu'ils adoptent la solution qu'elles contiennent [...] elles ne lient pas les intéressés, qui gardent une liberté d'appréciation »¹⁸². De cette façon, quelle que soit la perception que le destinataire a de la « force référentielle » de la norme, l'appréhension par le droit se limite généralement à en constater l'absence d'effet sur l'ordonnement juridique. Le choix, lorsqu'il est possible, de gouverner par les recommandations permet à l'État de se décharger d'une partie de sa responsabilité au profit de la responsabilité individuelle des administrés.

470. La norme recommandationnelle, ou proposée, fait donc reposer son exécution sur le libre arbitre du destinataire. La distinction entre le commandement *stricto sensu* et l'acte à visée recommandationnelle – le conseil *in fine* – repose sur les conséquences attachées à leur respect. Autrement dit, cela pose la question de savoir sur qui pèsent en définitive les conséquences dommageables des actions alors accomplies ou des décisions prises conformément à une norme recommandationnelle¹⁸³. Si le principe demeure le même – le destinataire est seul responsable

¹⁷⁹ P. BRAUD, *Sociologie politique*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 89.

¹⁸⁰ À cet égard, les normes recommandationnelles sont donc des normes « dépourvues de caractères officiellement obligatoires mais que l'on observe de son plein gré, par conviction ou par mimétisme » (P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », art. cit., p. 210).

¹⁸¹ G. TIMSIT, « Pour une nouvelle définition de la norme », art. cit., p. 268.

¹⁸² P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif : extrait du répertoire de contentieux administratif Dalloz*, Paris, Sirey, 1983, p. 86.

¹⁸³ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 152 et s.

-, les termes du problème varient toutefois selon que le destinataire est un particulier (A) ou une autorité administrative (B).

A. Les conséquences de l'adhésion volontaire des particuliers au comportement recommandé

471. Lorsqu'une autorité impose par la force du droit un comportement déterminé, le destinataire ne peut être tenu responsable de la conduite adoptée, en raison précisément de la nature du commandement. Dans l'hypothèse où le comportement est suggéré et non imposé, il s'ensuit au contraire que la responsabilité de ce qui arrivera est celle du destinataire et non celle du conseiller qui peut dès lors « s'en laver les mains »¹⁸⁴. Autrement dit, si la recommandation s'avère inappropriée ou si l'autorité recommande un comportement non conforme aux intérêts du destinataire, ce dernier ne pourra pas, en théorie, se retourner contre l'AAI. C'est une conséquence directe de la préservation, dans le cadre d'une magistrature d'influence, du principe de l'adhésion volontaire du destinataire au comportement recommandé. En effet, l'approche strictement juridique de cette interaction n'implique pas de distinguer entre un conseil à visée directive¹⁸⁵ et un conseil *a priori* simplement déclaratif ou, pour le dire autrement, entre une exhortation et un simple renseignement. Il n'est traditionnellement prévu aucun traitement juridique spécifique selon la finalité poursuivie par l'auteur du conseil¹⁸⁶. Le destinataire, libre de se conformer ou pas au comportement ou à l'interprétation proposés, reste responsable de son choix. Cette analyse, frappée au coin du bon sens, n'en suscite pas moins un décalage entre l'expression du droit et l'irresponsabilité liée à l'exercice d'un pouvoir d'influence. Thierry REVET s'en fait le porte-voix lorsqu'il considère que le procédé recommandationnel *lato sensu* repose « le problème de la responsabilité, mais en des termes qui pourraient bien être ceux d'une dilution : “ce n'est pas moi, c'est l'autre”, cet “inspirateur-officiel”, ce “conseiller ostensible”. Tous responsables, alors ? Peut-être, mais sans aucun coupable ! »¹⁸⁷.

472. Ce constat conduit à s'intéresser à la responsabilité du conseiller ou, pour le dire autrement, à la faculté dont dispose le destinataire de la norme recommandationnelle de mettre en cause la responsabilité du destinataire à la suite d'un préjudice causé du fait du conseil délivré. En l'occurrence, la liberté d'appréciation du destinataire devant les actes à visée recommandationnelle ne permet pas *a priori* d'envisager la responsabilité de l'autorité. Hormis

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 150.

¹⁸⁵ B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », art. cit., p. 11.

¹⁸⁶ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 62.

¹⁸⁷ T. REVET, « Rapport introductif », art. cit., p. 8.

les cas où le juge requalifie les recommandations au regard de la nature réelle de l'acte ou d'un contexte juridique particulier¹⁸⁸, l'administré est sommé de faire attention et de ne pas suivre aveuglément les recommandations de l'administration¹⁸⁹. En effet, dans le cas où il se conformerait à une « mauvaise » recommandation, il ne bénéficie d'aucune protection spécifique liée au fait qu'il se serait conformé à la recommandation d'une autorité publique, et ce quelle que soit la force ou la pression exercée à son encontre. Or, si l'efficacité de la norme recommandationnelle repose sur une logique d'adhésion, le destinataire n'en subit pas moins une pression qui peut s'avérer, dans certains cas, exprimer *de facto* un ordre. Dans ce cas, l'existence d'un préjudice peut difficilement être ignorée ; surtout lorsque la position de l'autorité était manifestement infondée. À cet égard, l'usage croissant de dispositifs mettant jeu la réputation du destinataire ainsi que le sentiment d'avoir été abusé a conduit le juge à faire évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une responsabilisation des autorités. Les évolutions vont dans le sens d'une protection de l'administré et tiennent compte du caractère parfois précaire de l'adhésion volontaire à une proposition normative non impérative de l'administration, en raison précisément du fait que celle-ci peut être décidée par crainte ou mimétisme.

473. Dans le cadre du contentieux indemnitaire, l'acte à visée recommandationnelle est saisi comme un fait et, à ce titre, est susceptible d'engager la responsabilité de l'autorité administrative dans les conditions habituelles de la responsabilité quasi-délictuelle. Cependant, il convient de souligner que l'approche par le biais de la responsabilité administrative ne remet pas en question l'idée selon laquelle le destinataire est tenu responsable des conséquences liées au suivi de la recommandation. En effet, le lien de causalité qui unit l'émission d'un acte à visée recommandationnelle de l'autorité administrative au dommage subi par l'administré, qui suffit à ouvrir au destinataire la voie d'un recours indemnitaire¹⁹⁰, s'apprécie comme un lien direct. Autrement dit, il y a une différence entre avoir suivi une recommandation qui s'avère *in fine* préjudiciable et en subir directement l'impact au regard de l'ampleur de sa diffusion. Or, dans la première hypothèse, le préjudice est nécessairement indirect. Dans son étude sur les conseils donnés par les personnes publiques, Bertrand SEILLER a recherché dans la jurisprudence les indices d'un régime de garantie des administrés contre les conseils erronés ou trop insistants émis par l'autorité administrative de manière fautive. Il constate que le juge répugne à y trouver la source d'une responsabilité de l'administration¹⁹¹, car son raisonnement demeure fondé sur

¹⁸⁸ Cf. P.2. T.2. Chap.2.

¹⁸⁹ B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », art. cit., p. 16.

¹⁹⁰ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », art. cit.

¹⁹¹ B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », art. cit., p. 14.

l'idée selon laquelle « le destinataire d'un conseil est parfaitement libre de ne pas le suivre »¹⁹². Toutefois, à la faveur de quelques interprétations jurisprudentielles¹⁹³, il est permis « d'admettre définitivement que les autorités administratives sont tenues de réparer les conséquences dommageables des simples conseils qu'elles délivrent, qu'ils soient illégaux ou malencontreux »¹⁹⁴. Si les jurisprudences étudiées conduisent effectivement à responsabiliser indirectement les personnes publiques afin qu'elles soient plus prudentes ou réfléchies dans leurs interventions informelles, elle n'en minimise pas pour autant la responsabilité du destinataire dans le choix du suivi de la recommandation.

474. Par principe, l'ouverture d'un recours indemnitaire contre des manifestations d'une magistrature d'influence est conditionnée à la démonstration par le requérant qu'il a subi un préjudice directement lié à la recommandation. C'est le sens de la solution de l'arrêt *Mme Abric* du Conseil d'État qui, rejetant les conclusions indemnitaires contre l'État du fait de l'action de la HALDE, a néanmoins jugé que « les réponses faites par la Haute autorité, dès lors qu'elles s'avèreraient infondées, sont de nature à engager la responsabilité de l'État, à l'égard de ceux à qui elles auraient directement causé un préjudice »¹⁹⁵. Il ressort de cette arrêt qu'un acte non décisoire peut être à l'origine de l'engagement de la responsabilité de l'autorité publique concernée dans le cadre d'un recours de plein contentieux. L'arrêt *Bergaderm* constituait déjà une évolution, sur ce point, vers une reconnaissance de la responsabilité de l'administration quant aux « actions administratives informelles »¹⁹⁶. Le juge avait accepté d'examiner la responsabilité de l'administration du fait de la diffusion d'un avis. Ces solutions incitent, dans le prolongement de solutions anciennes¹⁹⁷, à considérer que les actes à visée recommandationnelle sont susceptibles d'engager la responsabilité des personnes publiques « s'ils sont émis dans des conditions révélant une faute »¹⁹⁸. Dans l'affaire *Fairvesta* du 21 mars 2016¹⁹⁹, la société requérante avait, à ce titre, introduit un recours indemnitaire. Le juge confirme le principe, désormais acquis, selon lequel une norme recommandationnelle peut

¹⁹² *Ibid.*, p. 15.

¹⁹³ Bertrand SEILLER mobilise un arrêt du 22 juin 1984 comme exemple (CE, 22 juin 1984, *Société Pierre et Cristal*, n° 18371, T. Lebon p. 731).

¹⁹⁴ B. SEILLER, « Les conseils donnés par les personnes publiques », art. cit., p. 15.

¹⁹⁵ CE, 13 juill. 2007, n° 297742, *Mme Abric*, Rec. Lebon p. 992..

¹⁹⁶ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », art. cit.

¹⁹⁷ CE, Sect., 1^{er} février 1952, *Sieur Martin*, Rec. Lebon p. 79 ; concernant les avis et renseignement délivré par un fonctionnaire : CE, 5 novembre 1948, *Boujassy*, Rec. Lebon p. 18.

¹⁹⁸ D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 166.

¹⁹⁹ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH*, n° 368082, Rec. Lebon p. 76, concl. S. VON COESTER p. 81.

conduire à l'engagement de la responsabilité de la puissance publique dans le cadre d'un recours de plein contentieux, mais en l'absence d'illégalité de celle-ci, et donc de faute de l'autorité de régulation en l'espèce, la demande indemnitaire est rejetée. Il convient de relativiser cette ouverture du recours indemnitaire en ce qu'elle permet uniquement d'apporter un tempérament aux situations où une autorité aurait causé un préjudice du fait de son action – si celle-ci apparaît fautive –, mais ne permet pas de se retourner contre l'administration si le conseil n'était pas utile ou qu'il a participé indirectement à induire le destinataire en erreur²⁰⁰. Ce qui revient à dire que si le destinataire décide de se fier au conseil, il doit en assumer les conséquences²⁰¹.

B. Les conséquences de l'adhésion volontaire de l'autorité administrative au comportement recommandé

475. Ce qui vaut pour un particulier vaut également pour une autorité administrative. Le principe de l'adhésion volontaire implique que l'administration qui décide de se conformer au comportement recommandé demeure la seule responsable de sa décision. En d'autres termes, se ranger sans réserve aux recommandations émises par une AAI peut, le cas échéant, se retourner contre l'administration elle-même. Parmi les conséquences négatives de l'influence d'une AAI, la plus radicale est celle qui consiste pour une collectivité publique à adopter une décision illégale susceptible d'engager sa responsabilité. Sur ce point, l'exemple du pouvoir de recommandation en équité du Médiateur de la République²⁰², institution à laquelle le Défenseur des droits a succédé²⁰³, est remarquable. En effet, dans l'hypothèse où le Défenseur a constaté que cette loi entraînait des conséquences inéquitables pour la personne concernée, celui-ci peut intervenir en équité ; ce qui consiste à inviter l'autorité administrative à déroger exceptionnellement à la loi, à la contourner ou à l'interpréter en faveur de la personne concernée²⁰⁴. Dans ce cas, il n'est pas étonnant que l'administration manifeste une certaine prudence lorsque l'interprétation ou la proposition du Défenseur ne l'a convaincue que moyennement ou lorsqu'elle n'est tout simplement pas en mesure d'apprécier – le délai pour agir étant trop court – le bien fondée de la recommandation. Dans ces hypothèses, la simple évocation des conséquences négatives liées au suivi de la recommandation peut suffire à dissuader l'administration de s'y conformer (annulation de la décision, mise en cause de la

²⁰⁰ Concernant les autorités publiques indépendantes, il faut rappeler qu'elles disposent de la personnalité juridique. Ces actions indemnitaires sont donc dirigées contre elle et non plus contre l'État. Par conséquent, ces actions sont susceptibles d'avoir un impact sur leurs ressources.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Article 9 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, *précitée*.

²⁰³ Article 25 al. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

²⁰⁴ B. DELAUNAY, *Le Médiateur de la République*, Paris, PUF, 1999, p. 25.

responsabilité de la collectivité publique, etc.). Par exemple, le pouvoir de recommandation en équité du Défenseur se heurte à la réforme de 2011 de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics qui encadre strictement le pouvoir de remise gracieuse dont dispose le ministre chargé du budget²⁰⁵. En effet, face à une demande de traitement en équité d'une situation personnelle, le comptable public pourra être conduit à la refuser, car en dérogeant aux règles, il s'expose à voir sa responsabilité engagée et le ministre en charge du budget, conformément à l'orientation de la réforme, ne pourra plus lui accorder une remise gracieuse totale pour l'opération en question²⁰⁶.

476. Paul LEGATTE, médiateur de 1986 à 1992, engagea une réflexion visant à la mise en place de pratiques permettant de surmonter les réticences de l'administration à suivre ses recommandations en équité. Il proposa plusieurs solutions visant à renforcer la confiance de l'administration dont le principe revient à minimiser les effets négatifs du suivi d'une recommandation en équité du Médiateur²⁰⁷. En effet, en n'appliquant pas le droit dans toute sa rigueur, l'administrateur s'expose à des critiques, à devoir justifier son choix devant un juge administratif ; et, dans tous les cas, l'administrateur engage la responsabilité de la collectivité publique dans le cas d'un recours indemnitaire introduit du fait de la décision prise en équité. En ce qui concerne la situation individuelle de l'administrateur en charge du dossier, Paul LEGATTE proposait d'instaurer un « transfert de responsabilité morale »²⁰⁸. Pour ce faire,

²⁰⁵ La loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011 avec ses décrets d'application, décrets n° 2012-1386 et n° 2012-1387 du 10 décembre 2012, est entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2012. Elle modifie profondément l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963 en précisant la notion de mise en jeu de la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics et encadrant le pouvoir de remise gracieuse dont dispose le ministre chargé du budget.

²⁰⁶ Le régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics est considéré comme un frein au règlement en équité de situations exceptionnelles. Suivant ce constat, des propositions de réforme ont été étudiées afin de renforcer la coordination entre la recommandation en équité du Défenseur des droits et les règles de responsabilité des comptables publics. Dans son rapport de 2013, le Défenseur des droits évoque l'existence d'une demande d'étude qui a été adressée à la Cour des comptes le 25 janvier 2013 afin de mettre en lumière des propositions tendant à régler les difficultés nées de la mise en œuvre du pouvoir de recommandation en équité au regard du régime de responsabilité des comptables publics. Cette étude a été rendue par la Cour des comptes le 13 mai 2014 (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 128). Cette question avait déjà fait l'objet d'une mention dans un avis sur le projet de loi de finances pour 2013 (Avis n° 154 de V. KLÈS, 22 novembre 2012, sur le projet de loi de finances pour 2013, Assemblée Nationale, Tome XVII, « protection des droits et libertés », Sénat, p. 38-39). En effet, la loi du 28 décembre 2011 (loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011, *JORF*, n° 0301, 29 décembre 2011, p. 22510, texte n° 2, article 90) a confirmé l'évolution visant à encadrer le pouvoir de remise du ministre des finances. Depuis le 1^{er} juillet 2012, lorsque la méconnaissance des obligations du comptable aura causé un préjudice à l'organisme public, le comptable sera, comme précédemment, constitué en débet et le ministre ne pourra plus consentir une remise gracieuse intégrale. La remise devra se traduire par un « laissé à charge » qui ne pourra être inférieur à un montant plancher.

²⁰⁷ Médiateur de la République, *Rapport au Président de la République et au Parlement, 1989*, Paris, Direction des journaux officiels, 1990, p. 26.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 26-27.

l'administrateur devait viser la demande du Médiateur de la République dans sa décision. Dans ce schéma, si la responsabilité juridique de la collectivité publique demeure, le rôle de l'administrateur devait s'en trouver *a priori* relativisé ; ce qui, selon les termes du rapport, n'était pas indifférent pour sa carrière. Le second point soulevé dans le rapport de 1989 était celui relatif au caractère de « précédent » que pourrait revêtir la décision de l'autorité administrative. En effet, plus ou moins convaincue par le Médiateur, l'autorité administrative, lorsqu'elle revient sur sa décision sur le fondement de considérations liées à l'équité, crée une sorte de « précédent » dans l'application du droit. Dès lors, suivant le principe d'égalité, « un autre citoyen, placé dans la même situation, pourra demander à l'administrateur d'adopter la même solution »²⁰⁹. Pour éviter cet effet contre-productif, selon lui, du suivi de ces recommandations en équité, le Médiateur préconisait qu'il soit fait mention dans la décision que celle-ci a été prise à la demande du Médiateur de la République et qu'une « une nouvelle demande particulière du Médiateur de la République sera une condition pour que, dans une situation invoquée ultérieurement, l'administration soit amenée à prendre une décision identique »²¹⁰. Ces propositions illustrent parfaitement les inconvénients attachés à un dispositif de direction non autoritaire des conduites dont les conséquences en termes de responsabilité demeurent directement liées à la liberté d'adhésion du destinataire.

477. La méthode de refus du « précédent » conduit à s'intéresser à la possibilité de reconnaître aux décisions prises à la suite de l'intervention en équité du Médiateur le statut jurisprudentiel de « mesures purement gracieuses ». En droit, les mesures gracieuses sont des actes de bienveillance²¹¹, « des faveurs édictées dans le cadre de la mise en œuvre d'un pouvoir inconditionné de l'autorité administrative »²¹². Bien qu'elles constituent des décisions, elles demeurent, en raison de leur nature, insusceptibles de recours par leur bénéficiaire. Suivant la jurisprudence, une mesure purement gracieuse s'apparente à une « grâce » faite à un usager ; elle est « une mesure prise par l'Administration en dehors de toute règle juridique » et qui « attribue un avantage non prévu par le droit et pour lequel, par conséquent, le requérant ne peut faire valoir aucune protection juridique »²¹³, ce qui explique que le recours soit par principe

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 26.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ J.-M. WOERHLING, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme, à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 15 juin 2007, Denance », *Droit Administratif*, 2007, n° 11, p. 16.

²¹² P. GONOD, « La régularisation exceptionnelle de la situation des étrangers déboutés de leur demande d'asile. À propos des circulaires non réglementaires sources d'actes unilatéraux », note sous Conseil d'Etat, 21 novembre 1994, *M. Alihan Albayrak, RFDA*, 1995, p. 100.

²¹³ J.-M. WOERHLING, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme, à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 15 juin 2007, Denance », art. cit., p. 17.

irrecevable²¹⁴. Traditionnellement, on opère une distinction entre les mesures gracieuses explicitement ou implicitement prévues par un texte et les mesures dites « purement gracieuses » dont l'existence résulte d'une création jurisprudentielle²¹⁵. Seul l'acte dit « purement gracieux » est insusceptible de faire l'objet d'un recours indemnitaire par son bénéficiaire, même s'il demeure susceptible de recours pour les tiers. Cette irresponsabilité du fait de telles mesures constitue donc le fondement de l'unité de la catégorie²¹⁶.

478. Dans sa décision du 17 juillet 2009 *Daniel Gerbault*²¹⁷, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur l'opportunité d'appliquer un tel régime spécifique à une décision prise à la suite de plusieurs recommandations en équité du Médiateur de la République. Dans cette affaire, le législateur avait ouvert la possibilité d'une admission parallèle, transitoire et dérogatoire, à la profession d'architecte au profit de certaines personnes ayant exercé des activités pouvant s'apparenter à cette profession. En plus de conditions de fond, le texte soumettait ce droit à une condition de délai. Le requérant se renseigna auprès de l'administration qui lui déconseilla, à tort, de faire cette demande. Lorsqu'il décida de déposer tout de même une demande auprès des services compétents, il se trouvait forclos. Le ministre, se fondant strictement sur les termes de la loi, rejeta donc sa demande. Le requérant saisit le Médiateur de la République qui, estimant la décision contraire à l'équité, émit deux recommandations successives invitant le ministre à revenir sur sa décision. Fort de ce soutien, le requérant s'adressa à nouveau au ministre afin qu'il l'autorise à déposer sa demande au-delà du délai prévu. Ce qui fut chose faite le 23 septembre 1991 par la délivrance de l'attestation de dépôt de sa demande. L'affaire aurait pu s'arrêter là, sur une intervention réussie du Médiateur, si l'ordre des architectes n'avait pas formé un recours, en tant que tiers lésé. La juridiction administrative saisie de la légalité de l'attestation l'annula au motif qu'elle était contraire au droit. Le requérant, s'estimant victime, a saisi le juge afin de demander la condamnation de l'État à lui verser une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de l'illégalité de l'attestation qui lui avait été délivrée. Cette prétention lui fut refusée en première et deuxième instance au motif que l'attestation en question constituait une mesure purement gracieuse. La

²¹⁴ J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'obligation, le choix, la grâce », *AJDA*, mars 2015, n° 8, p. 443.

²¹⁵ Voir sur ce sujet : P. GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1993, n° 5, p. 1351-1384.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 1351.

²¹⁷ CE, 17 juillet 2009, n° 303874, *M. Daniel Gerbault*, T. Lebon p. 880 ; *AJDA* 2009, p. 2361, concl. I. DE SILVA.

haute juridiction avait dès lors pour tâche de se prononcer sur la qualification de mesure « purement gracieuse » de l'attestation délivrée par le ministre de l'Équipement.

479. Selon Isabelle DE SILVA, Rapporteuse publique, « la décision par laquelle l'administration décide délibérément de passer outre à une condition formellement posée par un texte [...] dans un sens favorable au requérant, et pour des motifs d'équité, doit être considérée comme une mesure gracieuse ». Cette référence aux mesures gracieuses permettait, selon elle, de préserver la capacité d'influence du Médiateur dans les cas susévoqués, car « l'administration ne sera guère encline à suivre les recommandations, *ex aequo et bono*, du médiateur l'incitant à ne pas appliquer, dans toute sa rigueur, telle ou telle réglementation, si ce faisant elle s'expose par la suite à des recours indemnitaires du bénéficiaire fondés sur l'illégalité de la mesure en cause ! »²¹⁸. Cette solution présentait l'avantage de la cohérence et renforçait l'influence du Médiateur, et partant du Défenseur. En liant la jurisprudence relative aux mesures purement gracieuses et l'intervention du Médiateur pour des motifs d'équité, l'administration pourrait se voir protégée des conséquences négatives liées à la démarche en équité.

480. Cependant, la haute juridiction ne s'est pas rangée à l'analyse de sa Rapporteuse publique, considérant, au contraire, que l'existence d'une condition à la délivrance de cette attestation ne permettait pas d'appliquer le régime des mesures gracieuses. L'acte par lequel l'administration décide de s'écarter délibérément des conditions posées par un texte, bien que cela le soit pour des raisons d'équité et en faveur de l'administré, n'est pas susceptible d'être qualifié de mesure gracieuse. En l'espèce, « le ministre, en procédant ainsi, n'a pas pris à l'égard de M. Gerbault une mesure qui n'était prévue par aucun texte, mais lui a fait application des dispositions [...] de la loi du 3 janvier 1977 ». Passer outre la condition de délai constitue une dérogation manifeste aux conditions fixées par la loi. Le fait que l'autorité administrative en question ait agi « sur les recommandations du Médiateur de la République » n'y change rien. Le ministre a donc pris au bénéfice du requérant une décision administrative créatrice de droits susceptible, le cas échéant, d'annulation et d'engager la responsabilité de l'État en cas d'illégalité.

481. Cette solution s'inscrit dans une politique jurisprudentielle de réduction de la portée de la catégorie des mesures purement gracieuses selon laquelle le choix de déroger à l'application d'un texte n'est jamais une mesure purement gracieuse et doit toujours pouvoir faire l'objet

²¹⁸ I. DE SILVA, conclusions sur CE, 17 juillet 2009, n° 303874, *M. Daniel Gerbault*, *AJDA*, 2009, p. 2364.

d'un contrôle du juge. En d'autres termes, même si la jurisprudence des mesures gracieuses ne concernait pas les tiers à la décision, et même si la combinaison de la jurisprudence des mesures purement gracieuses et du pouvoir de recommandation en équité du Médiateur semblait pertinente, le juge réaffirme néanmoins la responsabilité de l'autorité administrative face à l'adoption d'une décision accordant des droits²¹⁹. La responsabilité, entendue ici comme le fait d'assumer les conséquences d'une décision, pèse entièrement sur l'autorité administrative, sans ajustement au regard de l'autorité du médiateur.

²¹⁹ En l'espèce, cette jurisprudence s'explique aussi pour des raisons propres à l'affaire : le refus de reconnaître la qualification de mesure purement gracieuse constituait l'unique moyen de rendre justice au requérant.

Chapitre 2. Les instruments incitatifs de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

482. Le mot « incitation » vient du latin *incitatio* qui désigne une « action de mettre en mouvement » et du verbe *incitare*, « pousser vivement », « exciter » ou « stimuler »¹. Contrairement aux normes recommandationnelles dont l'émetteur se contente d'« inviter » le destinataire à adopter un comportement, les incitations sont des dispositifs normatifs qui consistent à « pousser vivement » – et non plus seulement inviter – une personne ou un groupe de personnes à adopter un comportement. De prime abord peu évidente, cette différence peut s'apprécier dans le renforcement de la prise en compte du comportement recommandé voire dans un encouragement à suivre le comportement recommandé. En droit, la différence avec le procédé strictement recommandationnel réside dans la naissance d'une obligation qui pèse sur le destinataire ou le destinataire de la norme. En d'autres termes, contrairement au procédé recommandationnel, les procédés incitatifs modifient la situation juridique du destinataire ou du destinataire de la norme, soit par l'ouverture d'un droit, soit par la soumission à une obligation, sans remettre en question le caractère volontaire de l'adhésion du destinataire à la norme.

483. Les procédés incitatifs préservent la liberté d'adhésion du destinataire. En ce sens, ils participent toujours d'une démarche de persuasion propre à l'exercice d'une magistrature d'influence. D'abord, ils recouvrent toutes les dispositions susceptibles de renforcer la pression exercée sur le destinataire par l'imposition d'une obligation procédurale de tenir compte de la norme proposée. Celle-ci peut prendre la forme d'une obligation de sollicitation de l'avis ou de la recommandation de l'autorité ainsi que celle d'une obligation d'information (Section 1). Ensuite, ce procédé recouvre également les normes incitatives positives dont la spécificité réside dans le fait que l'intérêt de suivre le comportement proposé est renforcé par la possibilité qu'ont certaines AAI de récompenser l'adhésion du destinataire par l'octroi d'un avantage ou d'une récompense (Section 2). Le développement de ces normes juridiques spécifiques, qui ne lient que faiblement le destinataire ou au contraire lient le destinataire de la norme, manifeste le

¹ F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 2000, p. 803.

choix du législateur de renforcer un droit incitatif recouvrant l'ensemble des dispositions permettant, par les outils du droit, de lutter contre l'indifférence du destinataire à l'égard des propositions normatives des AAI émises dans le cadre de leur magistrature d'influence. Ce droit incitatif, en ce qu'il préserve la liberté de choix du destinataire de la norme, s'apparente aux modes juridiques de direction souple des conduites. À ce titre, il invite s'interroger sur la pertinence du concept de « droit souple » (Section 3).

Section 1. Les obligations procédurales

484. Les obligations procédurales consistent à faire peser sur le destinataire de la recommandation une obligation de prise en compte de la recommandation, mais sans lui imposer le respect du comportement recommandé. Le développement de ce type d'obligations s'inscrit dans une dynamique de formalisation du procédé recommandationnel dont l'une des finalités est le renforcement de la pression exercée sur le destinataire. Ces obligations peuvent peser sur ce dernier aussi bien en amont de l'acte (§1) qu'en aval (§2).

§1 Les obligations en amont de l'avis et de la recommandation

485. La consécration d'attributions consultatives dans un texte législatif ou réglementaire relatif aux missions et pouvoirs d'une institution ne suffit pas, ainsi que le rappelle Thierry REVET, à créer une « forte incitation »², d'abord à le solliciter et par la suite à en suivre la proposition. En effet, l'autorité qui doit adopter la décision peut *in fine* ignorer, en toute opportunité, l'existence de cet organisme consultatif ou, dans le cas où elle a consulté l'organisme, sa proposition. Elle conserve la faculté d'apporter à son projet de décision toutes les modifications qui lui paraissent utiles, quelle qu'en soit l'importance. Pour encadrer cette liberté, les textes peuvent prévoir de faire peser sur le destinataire de l'avis une obligation de solliciter l'avis impliquant des conséquences concrètes dans la procédure de prise de décision. Dans ce cas, ce dispositif s'apparente déjà à une incitation à suivre l'avis (A). Toutefois, ces obligations de consultation doivent être distinguées des situations dans lesquels une décision ne peut être prise que sur la proposition ou l'avis conforme d'une autre autorité ou d'un organisme. Ce type d'obligation sort du cadre consultatif, et partant de l'exercice d'une magistrature d'influence, en ce qu'elle consiste déjà en un partage de la compétence décisionnelle (B).

² T. REVET, « Rapport introductif », art. cit., p. 4.

A. L'obligation de consultation

486. Parmi les obligations procédurales qui s'imposent en amont, l'obligation de solliciter l'expertise d'une personne ou d'un organisme est la plus fréquente. Il est en effet souvent imposé au Gouvernement, à l'administration active ou parfois aux juridictions³ de solliciter l'avis d'une AAI. Cette obligation peut concerner tant un projet de loi que la mise en œuvre du pouvoir réglementaire ou la prise d'une décision individuelle. Elle est consacrée lorsque l'opinion de l'autorité en question est incontournable soit que l'instance en question est prestigieuse soit que la décision est sensible et nécessite une légitimité renforcée⁴. Le nombre de ces procédures au profit des AAI est élevé.

487. Dans les textes législatifs ou réglementaires, cette obligation se manifeste généralement par l'emploi de l'indicatif présent – l'autorité « est consultée » sur les projets de loi ou de texte réglementaire – ou par une locution signifiante – « après avis de ». On peut citer, à titre d'exemple, l'obligation imposée au gouvernement de consulter l'Autorité de la concurrence lorsqu'il envisage de réglementer les prix ou de restreindre la concurrence⁵ ou encore l'obligation de consulter l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA) pour tout projet de texte réglementaire susceptible de donner lieu à des amendes administratives⁶.

488. Une procédure consultative obligatoire débouche sur la délivrance d'un avis « simple ». Autrement dit, l'avis collecté ne lie pas l'autorité saisissante qui peut librement s'écarter des recommandations qui ont été formulées. Pour satisfaire aux exigences textuelles qui mentionnent le principe d'un avis, l'autorité doit simplement organiser une consultation. Ainsi, si elle souhaite prendre une mesure différente que celle qui a été transmise à l'instance consultative, elle doit organiser une nouvelle consultation, sous réserve que les modifications envisagées posent des questions inédites⁷. En guise de comparaison, lorsque l'autorité sollicite spontanément l'avis d'un organisme consultatif sur un projet de décision sans y être tenue, elle conserve la faculté d'apporter au projet toute modification, quelle qu'en soit l'importance, sans avoir l'obligation de saisir à nouveau l'autorité consultée. Les motifs à l'origine d'une telle

³ Aux termes de l'article L466-1 du CMF, l'Autorité des marchés financiers est obligatoirement consultée par les autorités judiciaires compétentes lorsque les poursuites sont engagées en exécution des articles L465-1 à L465-3-3.

⁴ Cf. P1. T1. Ch.2. Sect.2. C.

⁵ Articles L 410-2 et L462-2 du Code de commerce.

⁶ Article L6361-6 et Article L6361-7, 5° et 6° du Code des transports.

⁷ CE, 27 avr. 2012, n° 348637, *Synd. nat. enseignement technique agricole SNETAP-FSU*, T. Lebon p. 814 ; *AJDA*, 2012, p.916.

obligation sont multiples⁸, mais la finalité demeure la même : l'autorité visée par l'obligation ne peut pas totalement ignorer l'avis ou les recommandations de l'organisme consulté. Dans le cas contraire, sa décision encourt l'annulation pour illégalité.

489. En effet, sur le plan contentieux, le non-respect d'une obligation de consulter un organe ou le défaut de composition de l'organe consultatif peut conduire à l'annulation de la décision administrative⁹. La méconnaissance du contenu de l'avis n'est jamais censurée en soi, mais les défauts liés à la consultation ou le défaut de consultation lorsque celle-ci est obligatoire peuvent, sous réserve qu'elles aient été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'elles aient privé les intéressés d'une garantie¹⁰, impliquer une annulation de la décision pour vice de forme ou de procédure¹¹. Par exemple, dans sa décision du 2 juillet 2007 *Association AC !*, le Conseil d'État a annulé pour irrégularité de la procédure suivie devant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le décret du 25 décembre 2005¹². Conformément à la loi du 6 janvier 1978, pour adopter un texte autorisant des traitements de données à caractère personnel, le gouvernement est tenu de recueillir l'avis motivé de la CNIL dès lors que les modifications apportées au traitement antérieurement autorisé par décret en Conseil d'État sont substantielles. En l'espèce, si le décret mentionne bien dans ses visas « l'avis de la [CNIL] en date du 21 septembre 2005 », la Commission n'avait toutefois jamais délibéré en formation plénière sur le texte qui lui avait été soumis. L'avis mentionné n'est autre que la réponse du président de la Commission qui a émis un avis « au nom de la commission ». La haute juridiction rappelle que « si la commission peut déléguer à son président ou à son vice-président certaines de ses attributions, seule la commission réunie en formation plénière peut régulièrement émettre un avis sur les projets de texte qui lui sont

⁸ Par exemple, lorsque la procédure consultative est établie au profit d'une autre AAI, elle vise la nécessaire cohérence de l'activité de régulation. Ce dispositif de consultation participe dès lors des outils favorisant l'inter-régulation entendue comme un ensemble de procédés juridiques permettant d'organiser les relations entre des autorités publiques en charge de la réglementation, du contrôle ou de la surveillance d'un ou plusieurs secteurs d'activités (Cf. P1. T2. Ch.1. Sect.1 §2). Par exemple, conformément à l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, lorsqu'une opération de concentration concernant, directement ou indirectement, un éditeur ou un distributeur de services de radio et de télévision fait l'objet d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L430-5 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence est tenue de recueillir, avant de se prononcer en application de dispositions du même Code, l'avis du CSA.

⁹ D. CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, op. cit., p. 158 et s.

¹⁰ Les vices affectant le déroulement d'une procédure administrative n'emportent pas systématiquement l'illégalité de la décision qu'elle prépare. Sur ce point : CE, Ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthy*, Rec. Lebon p. 649 ; *RFDA*, 2012, p.284, concl. G. DUMORTIER, *AJDA*, 2012, p.195, chron. X. DOMINO et BRETONNEAU ; *AJDA*, 2012, p.1484, étude MIALOT ; *RFDA* 2012, p.296, note P. CASSIA ; *GAJA*, 20^e éd., 2015, p. 891.

¹¹ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisoire », *Répertoire de contentieux administratif - Dalloz*, janvier 2010, paragr. 437.

¹² CE, 2 juillet 2007, n° 290593, *Association AC ! et autres*, Rec. Lebon p. 293 ; *AJDA* 2007, p.1438, obs. J.-M. PASTOR.

soumis par le gouvernement ». Par conséquent, la consultation de la Commission préalablement à l'édition du décret attaqué est entachée d'une irrégularité qui entraîne l'illégalité des dispositions attaquées. Cette solution illustre les conséquences du nécessaire respect des compétences consultatives, sous réserve de précisions formelles des textes. En effet, quel que soit le type de consultation, lorsque celle-ci est établie par un texte, elle doit, si elle a lieu, être régulière. *De lege ferenda*, il est permis de penser que le juge administratif pourra à l'avenir tirer les conséquences de la spécificité des AAI et leur appliquer la même solution que celle qu'il applique aux consultations du Conseil d'État, à savoir qu'il puisse soulever d'office le moyen du non-respect de l'obligation¹³, ce qui est en l'état de sa jurisprudence demeure une exception.

B. L'exclusion des avis conformes et des propositions de la catégorie des instruments incitatifs

490. Quel que soit le niveau de formalisation ou de structuration de l'émission d'une recommandation ou d'un avis, le critère d'une magistrature d'influence réside dans le maintien objectif de la liberté du destinataire face à la volonté de l'AAI. Or, certaines d'entre elles se sont vues attribuer un pouvoir d'avis qui consiste *in fine* à contraindre l'autorité consultante dans sa prise de décision. Adoptés dans le cadre d'une procédure décisionnaire, ces avis sont bien plus que des avis simples ; on parle d'avis conforme en ce sens que l'autorité compétente auquel l'avis a été délivré peut, à l'issue de la consultation, soit s'y conformer ou soit refuser d'adopter la décision concernée. En d'autres termes, aucune décision ne peut être prise si l'avis est défavorable et en cas d'un avis favorable sous réserve, la décision n'est légale que si elle tient compte de cette réserve. Il en va ainsi de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) lorsqu'elle rend un avis conforme sur la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national¹⁴ ou de l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle rend un avis conforme sur un projet de décret reconnaissant comme porteurs de progrès économique certaines catégories d'accords ou certains accords qui ont pour objet d'améliorer la gestion des petites ou moyennes entreprises¹⁵. Un avis conforme ne doit pas être

¹³ Si un texte impose de recueillir l'avis du Conseil d'État, l'absence de consultation entache l'acte d'une illégalité que le juge administratif peut soulever d'office, à la différence de l'irrégularité de la consultation des autres organismes (CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres*, n° 358109, Rec. Lebon p. 219, concl. M. VIALETTE; *AJDA*, 2013, p.1546 ; *AJDA*, 2013, p.1733, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *Revue de droit du travail*, 2013, p.568, obs. M. VÉRICEL).

¹⁴ Le I de l'article L2133-5 du Code des transports.

¹⁵ Article L420-4 II du Code de commerce.

confondu avec un avis motivé, la motivation des avis n'implique pas que la décision y soit conforme.

491. Là où l'avis conforme s'apparente à un droit de regard, la proposition s'analyse comme un droit d'initiative¹⁶. Le pouvoir de proposition recouvre deux conceptions distinctes : la première renvoie à une authentique initiative – un droit de proposition – signifiant concrètement que l'institution soumet le contenu d'une décision à l'autorité compétente qui ne peut que l'accepter ou le rejeter sans possibilité de l'amender ; la seconde conception, moins contraignante, revient à instituer une simple consultation informelle¹⁷. Généralement, la locution « sur proposition de » indique qu'il s'agit d'un partage de la compétence décisionnelle. Dès lors, l'autorité qui propose devient coauteure de la décision. Sans lier strictement l'autorité titulaire du pouvoir de décision, la proposition limite considérablement son pouvoir d'appréciation¹⁸ ; en effet, « la force juridique de la proposition vient de ce que l'organe de décision ne peut ni l'ignorer ni l'écarter »¹⁹. La liberté de l'autorité administrative de prendre la décision n'existe plus. Sur ce point, la proposition, telle que les auteurs précités l'entendent, rejoint la problématique de l'« avis conforme », mais en pratique la distinction réside dans le moment de l'intervention. Par exemple, les « avis plafonds » de l'ancienne Commission de la concurrence sur le prononcé de sanctions en matière de contrôle des ententes et abus de position dominante étaient des « propositions » en ce sens que le ministre, faute de cet avis, ne pouvait pas mettre en œuvre ses pouvoirs de sanction²⁰. On peut citer également le pouvoir de la Commission de régulation de l'énergie, qui conformément à l'article L121-13 du Code de

¹⁶ Maurice HAURIOU, dans un commentaire d'arrêt, notait qu'« il y aurait toute une étude à faire du droit de proposition qu'il ne faut pas du tout confondre avec le droit d'avis consultatif » (Maurice HAURIOU, note sous Cons. d'État, 9 novembre 1917, *De tinan c/ Ministre de la Guerre* dans *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, SIREY, 1929, vol. 3/2, p. 260). Cette citation, parfois sortie de son contexte (O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'Etat*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I. Faculté de droit et des sciences économiques, France, 2000, p. 1), laisse peu de place au doute. Il est clair à la lecture du commentaire que Maurice HAURIOU fait référence au pouvoir de proposition entendu comme un partage de compétence avec l'autorité titulaire en dernier ressort du pouvoir de décision. Il prend l'exemple des jurys de concours qui ne font au ministère que des propositions, cependant même si le ministre peut « refuser de nommer un candidat proposé [...] il est lié, en ce sens qu'il ne pourrait nommer un candidat non proposé, et qu'il ne peut faire les nominations que dans l'ordre déterminé par le jury » (*Ibid.*, p.261).

¹⁷ F. MODERNE, « Proposition et décision (recherches sur le régime juridique des propositions dans la jurisprudence administrative contemporaine) » dans *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, vol. 2/2, p. 595-620.

¹⁸ M. HAURIOU, note sous Conseil d'État, 9 novembre 1917, *De tinan c/ Ministre de la Guerre*, art. cit., p. 261.

¹⁹ F. MODERNE, « Proposition et décision », art. cit., p. 610.

²⁰ J.-J. MENEURET, « Autorité de la concurrence », *JC Concurrence - Consommation*, Fasc. 60, 23 février 2010, paragr. 5.

l'énergie, propose chaque année au ministre chargé de l'énergie le montant de la contribution applicable à chaque kilowattheure²¹.

492. Les avis conformes et les propositions sont des « actes mixtes »²², pour reprendre l'expression d'Yves WEBER, c'est-à-dire des actes « qui ont un contenu en partie consultatif et en partie impératif, mais jamais l'acte par son contenu, ne détermine totalement la compétence de l'autorité titulaire du pouvoir de décision »²³. La spécificité d'une procédure d'avis conforme ou « sur proposition de » tient à ce que la décision ne peut être adoptée sans le concours de deux autorités : celle qui adopte l'acte ; et celle qui lui donne son assentiment sous forme d'avis ou qui l'initie sous forme de proposition. Dans l'hypothèse où l'auteur de la décision n'a pas tenu compte de la proposition ou a décidé de ne pas donner suite à la proposition, le vice qui entache la décision finale relève de l'incompétence : l'auteur de l'acte a fait seul ce qu'il ne pouvait faire qu'en partenariat avec une autre autorité. Il a ainsi usurpé la part de pouvoir réservée à l'autorité consultée. Le défaut d'avis conforme est une irrégularité qui peut être soulevée d'office par le juge²⁴. À cet égard Thierry REVET s'interroge sur l'opportunité d'envisager « la requalification en prescription de l'« avis conforme », car son destinataire n'est pas tenu d'agir, mais seulement contraint de se conformer à l'avis s'il décide d'agir : une certaine liberté lui demeure donc, qui pourrait justifier le maintien de l'« avis conforme » dans la catégorie des opinions »²⁵. Se ranger à cette analyse conduirait à inclure les avis conformes et les propositions dans la catégorie des dispositifs incitatifs. Or, l'exclusion de ces types d'avis ou de proposition des actes incitatifs apparaît toutefois évidente en ce qu'ils consistent à limiter objectivement le pouvoir de décision du destinataire, ce qui revient, ni plus ni moins, à contraindre sa liberté d'adhésion vis-à-vis du contenu de l'avis²⁶.

493. Ces actes dénommés « avis » ont perdu leur nature de simple conseil au regard précisément des conséquences juridiques qui en résultent. Dès lors que l'adhésion volontaire à la norme s'en trouve juridiquement contrainte, il n'est plus question de parler d'influence. En ce sens, ces types d'actes sortent du cadre d'exercice d'une magistrature d'influence. Les « avis conformes » et les « propositions » sont la manifestation de ce que HAURIOU appelle la « co-

²¹ Par ailleurs, au terme du second alinéa, en cas de carence du ministre compétent, il revient aux propositions tarifaires de la CRE de combler le vide et de se muer en véritables décisions réglementaires.

²² Y. WEBER, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 238.

²³ *Ibid.*

²⁴ CE, Sect, 8 juin 1994, *Mme Laurent*, n° 127032, T. Lebon p. 1137-1265.

²⁵ T. REVET, « Rapport introductif », art. cit., p. 7.

²⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1115.

administration »²⁷, c'est-à-dire le concours d'administrations différentes là où il est difficile d'agir seul²⁸. Ces réflexions font écho à l'analyse clairvoyante de Charles EISENMANN concernant ces avis d'un type particulier. Après s'être demandé « pourquoi a-t-on baptisé “avis” dans telle ou telle hypothèse l'équivalent d'une autorisation ou d'une approbation ou d'une adoption ? », il conclut sans ambages que « c'est en général pour dissimuler, peut-être même pour se dissimuler la réalité juridique, la vérité du système adopté [...] le pouvoir de prendre la décision n'appartient plus désormais au ministre, mais à un organe complexe formé du ministre et du conseil »²⁹.

494. L'évolution de la jurisprudence sur ce point confirme l'analyse précédemment faite des avis conformes³⁰. Le Conseil constitutionnel, à propos de la CNIL, conforte l'approche selon laquelle les « avis conformes » sont des décisions dans sa décision du 14 décembre 2006³¹ lorsqu'il considère, après avoir rappelé les conditions dans lesquelles le législateur peut opérer une délégation du pouvoir réglementaire : l'interprétation de l'article 21 de la Constitution « ne l'autorise [...] pas à subordonner à l'avis conforme d'une telle autorité l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire ». L'avis conforme, en l'espèce, s'apparente à un partage des compétences réglementaires non autorisé par la Constitution³². Cette déclaration d'inconstitutionnalité a dès lors conduit à la suppression du terme « conforme » figurant au dernier alinéa du nouvel article L114-12-1 du Code de la sécurité sociale. Désormais, le contenu ainsi que les modalités de gestion et d'utilisation de ce répertoire national commun aux organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale sont fixés par décret en Conseil d'État, après avis simple de la CNIL. Cette jurisprudence trouve des

²⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris, éd. Dalloz, 2002, coll. « La bibliothèque Dalloz », p.68 et s.

²⁸ Ces techniques conduisent parfois à des problèmes de concurrence des compétences ou de concurrence des pouvoirs de proposition, voy. CE, 4 octobre 2012, n° 347312, *M. Rousseaux c. CNAM, institut de France, et ministre de l'enseignement supérieur*, Rec Lebon p. 349, concl. R KELLER ; *AJDA*, 2013, p.131, note G. TOULEMONDE ; *AJFP*, 2013, p.81, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *RFDA*, 2012, p.1195, concl. R. KELLER.

²⁹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, France, LGDJ, 1983, vol. 2/2, p. 381.

³⁰ Concernant une autorité constitutionnelle indépendante, voy. CE, 29 octobre 2013, *Vidon*, n° 346569, publié au Rec. Lebon ; *AJDA* 2013. 2183, obs. de MONTECLER.

³¹ Cons. const., décision n° 2006-544 DC, 14 déc. 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, considérants 36, 37 et 38 ; *RFDC*, 2007, p. 749, note P. LUPPI ; *JCP G*, 2007, p.3, B. MATHIEU. Le Conseil constitutionnel a repris ce considérant dans une décision à propos des avis de l'Autorité de la concurrence sur les prix et tarifs réglementés mentionnés à l'article L444-1 du même Code, adoptés sur le fondement de l'article L462-2-1 du Code de commerce. Il a jugé que ces avis ne lient pas le pouvoir réglementaire et « que, par suite, les dispositions contestées ne méconnaissent pas les exigences de l'article 21 de la Constitution » (Cons. const., décision n° 2015-715 DC, 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, considérant 72 ; *RFDC*, 2016, p.127, S. HUTIER ; *LPA*, 22 octobre 2015, p. 5, G. TEBOUL ; *Constitutions*, 2015, p. 421, A. FABRE).

³² Cf. PII. TII. Ch.3. Sect.1. §1.

prolongements dans le cadre du contentieux administratif par la recevabilité des recours contre les avis conformes négatifs en ce qu'ils empêchent la décision d'advenir³³.

495. En définitive, mettre en place une procédure d'« avis conforme » ou de « proposition » a pour objectif principal de limiter substantiellement le pouvoir de décision de l'autorité consultante. C'est d'ailleurs ce qui ressort nettement, par exemple, des travaux préparatoires relatifs à l'établissement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF). Face à l'impossibilité politique de retirer le pouvoir de réglementation consistant à fixer les tarifs, il a été fait le choix d'une procédure d'avis conforme quant à la fixation des redevances d'infrastructure liées à l'utilisation du réseau ferré national³⁴. En l'occurrence, aux yeux du législateur, cette procédure représentait l'unique moyen de limiter la liberté de l'État en ce domaine³⁵. L'avis conforme s'analyse dès lors comme l'attribution d'une réelle compétence de codécision permettant de limiter le pouvoir de l'administration³⁶. Cela explique les critiques ou les dénonciations d'un affaiblissement du pouvoir de la CNIL lorsqu'il est envisagé de passer, concernant la procédure d'autorisation de fichiers de traitement de données personnelles, de l'avis conforme à un « avis simple » après décret en Conseil d'État³⁷. On peut citer également les inquiétudes de Pierre CARDO, président de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), sur les possibilités de perdre la procédure d'avis conforme, considérée comme le seul

³³ Par exemple, dans une décision du 30 janvier 2015, le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer que l'avis adopté en application de l'article L2121-12 du Code des transports par lequel l'ARAFER s'exprime sur le point de savoir si une desserte intérieure réalisée dans le cadre d'un service international de voyageurs compromet l'équilibre économique d'un contrat de service public est un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. C'est à tout le moins le cas lorsque, comme en l'espèce, ces avis conformes sont négatifs et empêchent ainsi la naissance ultérieure d'un acte faisant grief. En l'espèce, il a ainsi rejeté la demande en annulation que la région Provence-Alpes-Côte d'Azur avait formé contre l'avis de l'ARAF qui ne lui avait pas donné satisfaction concernant un projet de service entre Milan et Marseille de la société Thello (CE, 30 janvier 2015, n° 374022, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, T. Lebon p. 527, 536, 833 et 887 ; *AJDA* 2015, p.875, concl. X. DOMINO ; *AJDA*, p.671, étude P. IDOUX, S. NICINSKI et E. GLASER ; *RTD Eur.*, 2015, p.863, E. MULLER).

³⁴ Article L2133-5 du Code des transports.

³⁵ Rapport n° 184 (2008- 2009) de F. GRIGNON, au nom de la Commission des affaires économiques, sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et guidés et portant diverses dispositions relatives aux transports (urgence déclarée), 28 janvier 2009, Sénat, p. 29-30.

³⁶ Voir sur ce sujet : H. BELRHALI, *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003, xiv+391 p.

³⁷ Frédéric DUTOIT, député, s'interroge sur l'effectivité du contrôle *a posteriori* des fichiers soumis à autorisation. Ainsi, « huit catégories de fichiers seront soumises à autorisation, selon la nature des données collectées ou la finalité du traitement, mais les fichiers de souveraineté, qui intéressent entre autres la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique, la répression pénale, seront désormais autorisés par un acte réglementaire après avis simple de la CNIL, alors que la loi de 1978 exigeait un avis conforme. Pourront donc être mis en œuvre, malgré un avis défavorable de la CNIL, les fichiers de police, de justice, les fichiers comportant le numéro de sécurité sociale, mais également les interconnexions de fichiers nécessaires à l'établissement ou au recouvrement de l'impôt, autrement dit des fichiers concernant la totalité ou la quasi-totalité de la population française. Cette nouvelle disposition constitue un recul pour les libertés individuelles des citoyens et affaiblit la CNIL » (Compte-rendu intégral, Assemblée Nationale, no39, séance du jeudi 29 avril 2004, JO, p.3237).

pouvoir « dur » de l’Autorité en matière de tarification³⁸. À l’opposé, la mise en place d’une procédure d’avis conforme est vécue comme un renforcement des pouvoirs de l’institution³⁹.

§2 Les obligations en aval de l’avis et de la recommandation

496. Les obligations procédurales s’imposent aussi en aval de l’émission d’un acte à visée recommandationnelle, c’est généralement le cas lorsque ces actes ne sont pas adoptés dans le cadre d’une procédure d’édiction d’une décision, mais sont spontanément émis. Ces obligations ont pour objectif de permettre, dans cette hypothèse, d’assurer un suivi des suites données aux avis ou recommandations.

497. Si ces contraintes procédurales s’analysent comme des pressions faites sur la liberté d’adhésion du destinataire de la recommandation, elles ne créent pas d’obligation relative au comportement recommandé. Cette obligation n’est pas attachée au comportement objet de la recommandation, mais uniquement à la prise en compte de cette dernière. Cette obligation peut avoir deux déclinaisons selon son niveau de contrainte : il peut s’agir d’une simple obligation de tenir informé l’émetteur de la norme recommandationnelle des suites données (A) ; ou, de façon plus précise, d’une obligation de justifier les motifs de non-suivi de la norme (B).

A. L’obligation d’information des suites données aux avis et recommandations

498. L’obligation d’information consiste à instituer un certain contrôle sur les suites données par les destinataires, publics ou privés, aux recommandations que les AAI leur adressent. À cet égard, le législateur peut prévoir une obligation d’informer l’autorité des suites données aux recommandations dans un délai déterminé ou fixé par l’autorité elle-même. Par exemple, à l’article 25 al. 3 de la loi organique relative au Défenseur des droits⁴⁰, le législateur a prévu que « les autorités ou personnes intéressées informent le Défenseur des droits, dans le délai qu’il fixe, des suites données à ses recommandations ». Le pouvoir de recommandation, conçu

³⁸ Rapport n° 1990 (2013-2014) de G. SAVARY, au nom de la Commission du développement durable, Rapport sur le projet de loi portant réforme ferroviaire, 28 mai 2014, Assemblée nationale, p. 85-86.

³⁹ Pierre CARDO, président de l’ARAF, considère ainsi qu’il n’existe qu’un régulateur dans le transport et qu’il est sans doute plus facile de lui donner le pouvoir de veiller sur la gestion des autoroutes mais s’interroge sur les moyens : si « c’est un avis motivé, il sera consultatif et aura autant d’effets qu’un rapport de la Cour des comptes ou de l’Autorité de la concurrence. Il faudra des avis conformes, mais je ne suis pas persuadé [que le législateur veuille] aller jusque-là » (« Réforme ferroviaire : “Nous souhaitons un régulateur fort et indépendant”, réclame Pierre Cardo », entretien mené par O. COGNASSE, *L’Usine Nouvelle*, 14 novembre 2014, (usinenouvelle.com/article/autoroutes-il-faudra-des-avis-conformes-previent-pierre-cardo-le-president-de-l-araf.N296973, consulté le 4 octobre 2015).

⁴⁰ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1

comme l'ensemble des dispositions organisant son émission et sa réception, devient dès lors un « pouvoir véritablement contraignant, mais seulement sur le plan procédural »⁴¹.

499. En effet, la fixation d'un délai marque la naissance d'une obligation précise pesant sur le destinataire. Cette obligation d'information a pour objectif de permettre à l'autorité – auteure de la recommandation – d'évaluer le degré de prise en compte de cette dernière. Si le législateur en a prévu un délai fixe dans la loi, alors l'obligation d'information pèse systématiquement sur le destinataire de l'avis ou de la recommandation. Ainsi, les dispositions relatives à la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) disposent que « le Premier ministre informe sans délai la commission des suites données à ses recommandations »⁴². Il en va de même pour une administration destinataire d'un avis de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui, conformément à l'article 19 du décret du 30 décembre 2005⁴³, est tenue de l'informer de la suite qu'elle donne à l'affaire, et ce dans le mois à compter de la réception de l'avis⁴⁴.

500. Cependant, les sanctions prévues à de telles obligations conduisent à relativiser la contrainte qui pèse réellement sur le destinataire de l'avis ou de la recommandation. Cette sanction se borne dans la plupart des cas à la publicité du non-suivi de la recommandation. Le législateur ou le pouvoir réglementaire consacre de telles obligations sans pour autant prévoir une sanction juridique attachée au non-respect de l'obligation d'information. Si cette absence ne remet pas en question la nature juridique de ces obligations procédurales, en ce qu'elles n'en modifient pas moins la situation juridique du destinataire par la prévision d'une sujétion spécifique, elle en affaiblit pourtant considérablement la portée. À cet égard, la CADA a explicitement relativisé la portée juridique de cette obligation en considérant que ce délai est « dépourvu de portée juridique » et vise « simplement à permettre à la [Commission] d'opérer un suivi de ses interventions afin, dans certains cas litigieux, de poursuivre autant que nécessaire sa médiation »⁴⁵. Par ailleurs, la portée de cette obligation a été précisée à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision implicite du président de l'agence foncière et technique de la région parisienne refusant d'informer la CADA des suites données à sa recommandation. Dans

⁴¹ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », *JC Administratif*, Fasc. 75, 20 juillet 2010, 2010, paragr. 96.

⁴² Article L833-7 du Code de la sécurité intérieure.

⁴³ Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi no 78-753 du 17 juillet 1978, *JORF*, n° 304, 31 décembre 2005, p. 20827, texte n° 119.

⁴⁴ Ce délai a fait l'objet d'un abaissement de deux à un mois en 1988.

⁴⁵ CADA, *Guide de l'accès aux documents administratifs*, 3^e éd., Paris, La Documentation française, 1997, p. 174.

sa décision du 19 mars 1993⁴⁶, le Conseil d'État a considéré que la circonstance qu'un organisme soumis aux exigences de la loi du 17 juillet 1978, en méconnaissance des textes, n'informe pas la CADA des suites données à son avis dans le délai prévu ne fait pas naître de « décision faisant grief » au profit du demandeur. Aucune disposition ne contraint par ailleurs l'administration à informer le requérant de sa position définitive à la suite de l'avis de la Commission. Elle peut donc garder le silence en toute légalité. Il ressort de cette décision que l'obligation d'information constitue bien une obligation visant à renforcer l'action de la Commission et ne peut s'analyser comme une obligation générale de réponse.

B. L'obligation de réponse motivée

501. Plus contraignante, l'obligation d'information peut impliquer une obligation spécifique de motivation, de justification des écarts par rapport à l'instrument. Elle se rapproche en cela du mécanisme du « *comply or explain* », traduit littéralement par « se conformer ou s'expliquer ». Ce mécanisme « astucieux »⁴⁷ consiste à imposer au destinataire qui n'appliquerait pas la norme « recommandée » de justifier les écarts entre celle-ci et le comportement effectivement adopté. Dans ce cas, l'obligation porte non plus uniquement sur l'information d'une prise en compte de la norme, mais impose de s'expliquer en mettant en avant des motifs de fond⁴⁸. Dans son expression achevée, l'exécution de l'obligation de justification suffit en théorie à éviter au destinataire de la recommandation une sanction. Ce mécanisme combine dès lors « des principes de bonne conduite facultatifs et un régime de communication d'ordre public »⁴⁹. Il se situe à mi-chemin entre la visée recommandationnelle et la norme impérative⁵⁰, il se rapproche en cela de la norme supplétive. Le destinataire ne peut se dispenser d'observer le modèle seulement pour un motif justifié. Là où la liberté vis-à-vis du comportement recommandé demeure *a priori* entière, dans le cas de l'obligation de motivation, le destinataire demeure contraint d'en motiver la non-application. Ce mécanisme se rapproche de la jurisprudence des « lignes directrices » du Conseil d'État⁵¹ dans la mesure où cette

⁴⁶ CE, 19 mars 1993, n° 51035, *Garreau de Loubresse*, T. Lebon p. 783 ; *JCP G* 1993, IV, 1333, obs. ROUAULT.

⁴⁷ B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE*, 5 juin 2009, t. XXIII, 2, n° 2, p. 129.

⁴⁸ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁹ B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, « Le Comply or explain », *art. cit.*, p. 129.

⁵⁰ Voir sur ce point : C. DONZEL-TABOUCOU, « Le principe “appliquer ou expliquer” en France. Ou le droit à l'auto-édiction normative », *Revue des sociétés*, 2015, n° 6, p. 347-360 ; P. IDOUX, « Le principe “appliquer ou expliquer”, appliquer la norme autrement ? », *RTD Civ.*, 2013, p.79.

⁵¹ CE, Sect., 11 déc. 1970, n° 78880, *Crédit foncier de France c/ Delle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. Lebon p. 750 ; *AJDA* 1971, p. 196, chron. HTC ; *RDP* 1971, p. 1224, note M. WALINE ; *D*, 1971, p. 674, note D. LOSCHAK ; *JCP G*, 1972, II, 17232, note M. FROMONT.

pratique revient à renforcer l'obligation de motivation⁵². En effet, le contenu des lignes directrices n'est pas directement impératif, mais doit être pris en considération. Il s'applique sauf si le destinataire invoque des circonstances particulières ou un motif d'intérêt général. L'obligation de réponse motivée confère ainsi un caractère contraignant à la norme en question. Elle met à la charge du destinataire une obligation de mise en conformité, en posant une sorte de présomption de conformité.

502. Ces obligations de procédure ne sont pas prévues directement au profit des AAI. Ce mécanisme trouve une expression en droit français depuis la loi du 3 juillet 2008⁵³ qui confère à l'Autorité des marchés financiers (AMF) un rôle de simple observatrice dans le procédé d'autorégulation par l'émission d'un rapport annuel sur ces questions. Conformément à l'article L621-18-3 du Code monétaire et financier, l'AMF publie chaque année un rapport en matière de gouvernement d'entreprise, de rémunérations des dirigeants et de contrôle interne sur la base des informations publiées par les personnes morales ayant leur siège statutaire en France et dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé⁵⁴. En application des articles L225-68 al. 2 et L225-37 al. 2 du Code de commerce, les sociétés cotées doivent présenter, dans leur rapport annuel, une déclaration sur leur gouvernement d'entreprise (et les rémunérations des dirigeants) dans laquelle est indiqué le Code de gouvernement d'entreprise auquel elles décident de se référer⁵⁵ ainsi que, le cas échéant, les dispositions de ce Code qu'elles ne respectent pas ainsi que les raisons pour lesquelles elles ont décidé d'y déroger. Pour la bonne information des actionnaires, les sociétés cotées doivent donc être transparentes sur ce sujet, dans le rapport du Président. Ce rapport traite également des procédures de contrôle interne mises en place par la société. Le rapport annuel de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne vise à examiner la bonne application des dispositions du Code de gouvernance auquel les sociétés ont choisi de se référer. En ce sens, l'AMF formule chaque année des recommandations permettant une meilleure application de l'ensemble de ces dispositions. Lorsque la motivation n'est pas suffisante, les entreprises s'exposent à la diffusion du non-respect du Code et partant, à ce que leur réputation en soit entachée d'autant.

⁵² Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 65.

⁵³ En France, ce mécanisme a été introduit aux articles L225-68 al. 2 et L225-37 al. 2 du Code de commerce par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire dite « loi DDAC » (*JORF*, n° 0155, 4 juillet 2008, p. 10705, texte n° 1).

⁵⁴ Cf. P. DEUMIER, « Le principe “appliquer ou expliquer”, appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.*, 2013, p. 79.

⁵⁵ Deux Codes ont été élaborés par les associations professionnelles : le Code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées et le Code MIDDLENEXT pour les valeurs moyennes et petites. Ces Codes contiennent les recommandations à destination des sociétés et de leurs organes de gouvernance.

503. Pour l'instant peu développé en droit français, ce mécanisme incitatif *a posteriori* de la réception des normes recommandationnelles se développe surtout en droit international⁵⁶. Cette pratique trouve notamment une consécration au niveau de l'Union européenne au profit de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF). Fixées à l'article 16 al.3 du Règlement du 24 novembre 2010⁵⁷, les orientations et les recommandations émises par l'AEMF à l'adresse des autorités compétentes ou des acteurs des marchés financiers suivent la règle de conformité lorsqu'elle délivre une interprétation du droit de l'Union européenne propre à en garantir une application commune et uniforme⁵⁸. Les sanctions prévues n'en demeurent pas moins faiblement contraignantes puisque l'AEMF, au terme de l'article 16 al.3, peut diffuser le fait qu'une autorité compétente ne respecte pas ou n'entend pas respecter cette orientation ou recommandation. L'Autorité peut également décider, au cas par cas, de publier les raisons invoquées par l'autorité compétente de ne pas se conformer à l'orientation ou la recommandation en question. Cette sanction n'est pas applicable aux acteurs des marchés financiers (entreprises d'investissement).

504. En dépit des difficultés de distinction entre une norme supplétive et la norme incitative proprement dite, la présence dans les textes constitutifs des AAI d'une obligation de réponse motivée constitue un enjeu sérieux dans le renforcement de l'influence de ces institutions. La préconisation du Commissaire aux droits de l'homme en témoigne. Celui-ci réclamait en 2006, à propos des institutions de protection des droits de l'homme, la mise en place « d'une obligation de réponse motivée de l'institution visée, dans un délai fixé »⁵⁹ que lorsqu'une institution n'est dotée que d'un pouvoir de recommandation. Cette obligation constitue une condition du suivi de la réception des propositions et des recommandations de l'autorité. On peut mentionner également la position de Pierre TERCIER, professeur de droit suisse, qui considère que cette obligation d'information est inhérente à l'habilitation légale – lorsqu'elle

⁵⁶ Voir sur ce point : A.-C. KISS, « Le Conseil de l'Europe et les suites données par les États membres aux textes adoptés par ses organes », *Ann. fr. dr. int.*, 1967, vol. 13, n° 1, p. 547-565 et spéc. p. 561 et s. On peut également citer la constitution de l'Organisation internationale du Travail (OIT) qui prévoit une série d'obligations suite à l'émission d'une recommandation à l'article 19§6, d).

⁵⁷ Article 16 relatif aux « orientations et recommandations » de l'ESMA dans le Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission.

⁵⁸ A. BOUJEKA, « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l'Union européenne ? », *D*, 2012, p. 1358.

⁵⁹ Thomas HAMMERBERG, alors Commissaire aux droits de l'homme, déclarait en 2006 à propos d'institutions de protection des droits de l'homme, et plus particulièrement de la CNDS, que « lorsqu'elle n'est dotée que d'un pouvoir de recommandation, nous réclamons la mise en place d'une obligation de réponse motivée de l'institution visée, dans un délai fixé » (CNDS, *Colloque sur l'approche internationale de la déontologie policière*, Paris, CNDS, 2006, p. 67).

existe – d'émettre des recommandations. Selon lui, cette interprétation constructive ne fait que tirer les conséquences d'une reconnaissance explicite d'une compétence d'émettre des actes à visée recommandationnelle, transformant cette dernière en norme juridique spécifique en ce qu'elle implique nécessairement une obligation. Dans ce cas, l'émission d'une recommandation aurait pour effet de faire naître une obligation juridique imposant aux destinataires du comportement recommandé d'« en tenir compte, [de l'] analyser et [de la] suivre si elle lui paraît acceptable ou, alors, indiquer les motifs de son refus dans le cas contraire »⁶⁰. Toutefois, cette interprétation achoppe sur l'absence de sanction attachée à cette obligation. Pour autant, il convient de voir dans le suivi apporté et établi par la loi constitutive des AAI, une application de ce principe de conformité. Par exemple, le Défenseur des droits dispose de la faculté de rendre publiques ses recommandations à défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé. Même s'il s'agit essentiellement d'un élément de dissuasion, cette disposition s'apprécie en creux comme l'obligation faite aux pouvoirs publics d'apporter une réponse motivée à chacune des propositions du Défenseur⁶¹.

505. En définitive, les obligations procédurales inscrivent les avis et les recommandations dans un dispositif incitatif qui implique de remplir des obligations dont la sanction, le plus souvent, demeure incertaine. Ce dispositif, dans une approche sanctionnée du dispositif, opère un glissement de la visée recommandationnelle vers la visée supplétive.

Section 2. Les sanctions positives

506. La visée incitative des normes au sens strict se distingue de la visée recommandationnelle ou de la visée impérative au regard de la façon dont la norme influe sur le comportement des individus. Dans sa manifestation singulière, le recours à la technique incitative vise à instaurer des mesures d'encouragement à suivre une conduite déterminée et à attacher à cette conduite des conséquences positives. Les individus bénéficiaires de l'incitation voient ainsi leurs comportements facilités ou récompensés s'ils suivent le comportement recommandé par l'auteur de l'incitation. Le point commun entre la norme incitative et la norme recommandationnelle réside dans le fait de susciter une adhésion volontaire. Dans les deux cas, le destinataire se voit proposer une option ouverte : se conformer ou refuser de se conformer ;

⁶⁰ P. TERCIER, *Art. 45 LCart, ch. 34, Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève, 2002, p.996 cité par A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », art. cit., p. 256.

⁶¹ Article 25 al. 4 et 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

ces dispositifs ne mobilisent l'emploi d'aucun instrument coercitif propre à l'injonction. Toutefois, la distinction entre le recommandationnel et l'incitatif réside dans les motivations à l'origine de l'adhésion au comportement proposé. Contrairement à la recommandation dont le principe repose sur le caractère raisonnable de la norme, l'incitation consiste à ouvrir une faculté, en ce qu'elle subordonne *a priori* le bénéfice d'un avantage (une absence de contrôle par exemple) à un certain comportement du destinataire de la norme (§1). Elle trouve une illustration concrète au profit des AAI dans le développement des labels (§2).

§1 La juridicité singulière des incitations positives

507. La notion d'incitation positive se rapporte à la notion de « sanction positive ». Si en droit, le terme de sanction à une signification relativement étroite désignant le plus souvent une peine, le mot sanction a acquis en sociologie une signification plus vaste⁶². Dans ce cadre, la sanction est une réaction sociale à un comportement qui est soit approuvé (sanction positive) soit désapprouvée (sanction négative)⁶³. Dès lors, parmi les techniques d'influence étudiées par les sociologues, on trouve les « sanctions positives » qui appartiennent à l'univers de la récompense. Ces « sanctions » se traduisent par une plus-value en termes d'information, de rémunération matérielle ou de rémunération symbolique⁶⁴. En tout état de cause, la soumission au pouvoir doit entraîner une amélioration de la situation de l'intéressé qui reçoit en échange des avantages matériels (argent, emploi, statut juridique amélioré) ou des avantages symboliques (considération sociale accrue à raison de son dévouement, de son esprit de sacrifice, etc.)⁶⁵. La notion de « sanctions positives » recouvre dès lors l'ensemble des bénéfices garantis dont la non-soumission à la norme émise entraîne une privation⁶⁶.

508. Sur le plan du droit, l'incitation renvoie « à l'idée de normes dont la fonction primaire consiste dans l'établissement de conséquences positives ou de conditions favorables pour les sujets qui tiennent un comportement souhaité »⁶⁷. Ainsi, derrière cette idée se développent en fait deux figures distinctes d'incitations positives : il peut s'agir de faciliter un comportement

⁶² David BALDWIN, politiste de formation, a néanmoins mis en avant en 1971 l'absence ou la faiblesse de développements sur les « sanctions positives » dans les travaux sur le pouvoir de ses éminents prédécesseurs tel que Talcott PARSONS ou encore Peter M. BLAU (D. A. BALDWIN, « The Power of Positive Sanctions », *World Politics*, 1 octobre 1971, vol. 24, n° 1, p. 19-38).

⁶³ C.-A. MORAND, « La sanction », art. cit., p. 16.

⁶⁴ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 356.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 349.

⁶⁶ T. PARSONS, « On the Concept of Political Power », *Proceedings of the American Philosophical Society*, 19 juin 1963, vol. 107, n° 3, p. 238.

⁶⁷ A. FACCHI, « INCITATION » dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op.cit.*, p.295.

en rendant son accomplissement plus avantageux ou d'attribuer une récompense pour adopter le comportement souhaité. La technique ressort, par principe, des dispositifs d'influence puisqu'elle préserve le libre choix des individus tout en faisant le pari que les individus choisiront la formule qui leur est socialement ou économiquement la plus avantageuse. Il s'agit donc ici d'orienter les choix ou le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes sur la base d'un présumé rationnel : chacun optera pour la formule qui lui conviendra le mieux à l'issue d'un calcul qui lui appartient. Pour illustrer ces deux figures, Norberto BOBBIO donne l'exemple du père confronté au devoir de latin de son fils : si un père veut que son fils effectue une traduction difficile de latin, il peut soit lui promettre, s'il l'a fait, de le laisser aller au cinéma (récompense) ; soit lui permettre d'employer une traduction interlinéaire (aide)⁶⁸. Le point commun à l'ensemble des dispositifs incitatifs est d'offrir des facilités, des avantages financiers et matériels à ceux qui font le choix de se conformer au comportement suggéré.

509. Les normes qui prévoient et organisent le prononcé de tels avantages sont des normes juridiques en ce qu'elles s'imposent comme un référentiel obligatoire de la situation juridique de l'individu, et dont la spécificité réside dans le rapport de droit qui en résulte. Les sanctions positives « instituent, chez le destinataire de la récompense, une prétention à sa réalisation, protégée par le recours à la force organisée par les pouvoirs publics. De la même manière qu'une sanction négative, une sanction positive se réduit à la naissance et l'existence d'une obligation secondaire ; dans un cas en raison d'un acte illicite, dans l'autre en cas de réalisation d'une obligation primaire »⁶⁹. Elle crée ainsi une obligation à la charge de l'autorité qui a promis l'avantage. Sa juridicité ne fait pas de doute, comme le montre Cédric GROULIER, car elle constitue « un référent obligatoire dans l'évaluation de la situation juridique de [son] destinataire direct quant à son droit ou non au bénéfice proposé »⁷⁰. Le rapport de droit est ici simplement inversé. La sanction positive ouvre une faculté et demeure ainsi gouvernée par le principe de l'adhésion volontaire du destinataire de la norme, nul ne pouvant être tenu de suivre une incitation. Il s'agit de fonder la relation de droit, c'est-à-dire la naissance d'une obligation, non sur le respect de la norme énoncée, mais précisément sur l'adhésion du destinataire⁷¹. L'exemple le plus courant des mesures incitatives est celui des nombreuses incitations

⁶⁸ N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit., p. 180.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 179.

⁷⁰ C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, op. cit., p. 228.

⁷¹ Sur les rapports entre norme permissive et norme incitative : *Ibid.*, p. 446.

financières, à savoir des aides ou des crédits d'impôt mis à disposition du particulier pour l'inciter à adopter un comportement que l'État veut encourager.

510. Les mécanismes incitatifs peuvent également consister dans l'assouplissement de mécanismes contraignants. Toutefois, étant donné que l'on se trouve dans ce cas dans le cadre d'un pouvoir de décision, il est évident que l'on sort du champ d'exercice d'une magistrature d'influence. Dans cette hypothèse, si l'on peut parler de mécanisme incitatif, il convient de ne pas parler de « sanctions positives ». Certains auteurs assimilent les transactions de l'Autorité des marchés financiers (AMF)⁷² (dénommées « composition administrative » dans le Code monétaire et financier) et du Défenseur des droits⁷³ à des « sanctions positives »⁷⁴, auxquelles il convient d'ajouter la procédure de clémence de l'Autorité de la concurrence (ADLC)⁷⁵. En effet, ces trois autorités peuvent proposer à l'auteur d'une infraction pénalement sanctionnée de s'acquitter d'une amende transactionnelle. Cette proposition constitue nécessairement un avantage pour son destinataire qui n'encourt dès lors pas le prononcé de sa culpabilité en la matière. Abstraction faite des considérations d'opportunité quant à l'efficacité supposée ou réelle des pratiques transactionnelles⁷⁶, ce type de sanctions ne peut être assimilé à des « sanctions positives » telles que définies en introduction de ce paragraphe (aides ou récompenses), sauf à n'accorder que peu de valeur à cette expression. De façon générale, la transaction s'inscrit dans une procédure répressive, après la commission d'une infraction ; et, partant, est marquée par la menace implicite de saisine du parquet ou de citation directe en cas de refus de transaction, c'est-à-dire par la menace d'une sanction négative. En effet, si la transaction laisse un choix aux parties, celui-ci apparaît largement contraint. Certes, on peut

⁷² Créé par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 (art. 7), l'article L621-14-1 du CMF attribue au collège de l'AMF le pouvoir de transiger. L'article 2 du décret 16 août 2011 relatif aux pouvoirs de sanction de l'Autorité des marchés financiers et à la procédure de composition administrative, pris en application de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, a créé dans le Code monétaire et financier une sous-section relative à la « composition administrative » qui comporte quatre nouveaux articles numérotés de R621-37-1 à R621-37-4.

⁷³ Article 28 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497.

⁷⁴ E. CLAUDEL, « Les sanctions positives en droit de la concurrence. La sanction, une institution au coeur de la politique de la concurrence » dans *Les sanctions en droit contemporain, la sanction entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, vol. 1/2, p. 442 et s.

⁷⁵ Les grandes lignes de la procédure française de clémence sont issues de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (*JORF* n° 113, 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2). Elles sont actuellement fixées aux articles L464-2, IV (issu de l'ordonnance n° 2004-1173, 4 nov. 2004, art. 10) et R464-5 du Code de commerce (issu de la décision n° 2005-1668, 27 déc. 2005, art. 10, II), après avoir connu une évolution notable. Sur ce sujet : C. GRYNFOGEL, « Sanctions du droit français de la concurrence », *JC Commercial*, Fasc. 288, 1 décembre 2012, paragr. 89 et s.

⁷⁶ Voir sur ce point : E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles : sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*, Paris, Economica, 1987, 256 p.

considérer que le dispositif est favorable – positif – pour le bénéficiaire, mais le caractère positif de la sanction dans cette hypothèse réside uniquement dans l'exemption, l'adoucissement ou la diminution d'une sanction négative visant en l'occurrence à faciliter la répression.

§2 Le développement des labels

511. Les AAI incitent les destinataires à adopter un comportement déterminé par l'organisation et l'attribution de labels. Ce mécanisme d'incitation consiste dans l'attribution d'un signe distinctif qui permet de valoriser un comportement, un service ou un produit qui serait conforme à une norme promue par l'autorité en question. Par exemple, l'obtention d'un label permet à l'entreprise bénéficiaire de faire valoir le respect d'exigences élevées en matière de garantie des droits et donc de renforcer la confiance des consommateurs ou de ses clients. Dans un document de présentation de l'activité de la HALDE, désormais remplacée par le Défenseur des droits, sa mission de promotion des droits était présentée comme le fait, « par tous les moyens (Label, Publicité) »⁷⁷, de valoriser les bonnes pratiques. Par ailleurs, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) assure aux termes de l'article L313-13 du Code de la propriété intellectuelle une « mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne »⁷⁸. Au titre de cette mission, la Haute autorité attribue un label permettant aux internautes d'identifier le caractère légal des offres en ligne portant sur des œuvres et objets protégés par un droit de propriété intellectuelle⁷⁹.

512. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) tend depuis plusieurs années à développer une pratique similaire de labellisation. Celle-ci a trouvé une consécration législative dans la loi du 17 mars 2014⁸⁰. L'institution peut désormais déterminer, de sa propre

⁷⁷ HALDE, *Dossier d'information – La HALDE, Contre les discriminations et pour l'Égalité*, Paris, Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, 2007, p. 15 (halde.defenseurdesdroits.fr/IMG/pdf/Dossier_de_presentation_de_la_HALDE-2.pdf, consulté le 14 janvier 2015).

⁷⁸ L331-13 du Code de la propriété intellectuelle.

⁷⁹ Le décret n° 2010-1366 du 10 novembre 2010 relatif à la labellisation des offres des services de communication au public en ligne (*JORF*, n° 0263, 13 novembre 2010, p. 20216) pose les règles d'application de sa « mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communication électronique », au titre de laquelle la Commission de protection des droits est chargée de labelliser les services d'offres légales.

⁸⁰ Article 17 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF*, n° 0065, 18 mars 2014, p. 5400.

initiative, les produits et procédures susceptibles de bénéficier d'un label⁸¹. À la suite de cette consécration, la CNIL a précisé dans son règlement intérieur⁸² les modalités selon lesquelles la Commission, par l'intermédiaire du comité de labélisation qu'elle désigne en son sein, procède à l'adoption de ces référentiels. Ainsi, Isabelle FALQUE-PIERROTIN, présidente de la CNIL, a insisté sur l'importance de cet outil dans la panoplie des instruments d'influence de l'Autorité. Les labels, selon elle, « répondent [...] à une logique de concurrence vertueuse allant au-delà des exigences de la loi »⁸³. Ce mécanisme permet « à un responsable de traitement qui le souhaite d'obtenir un label "CNIL", à condition de s'engager à respecter une série d'obligations définies par le régulateur, qui vont au-delà de la loi, mais lui permettent en retour de se prévaloir de ce haut niveau de conformité à l'égard de ses clients »⁸⁴. L'intérêt pour l'autorité réside précisément dans le contrôle auquel le responsable du traitement se soumet pour conserver le label. Cette démarche présente, semble-t-il, de nombreux avantages tant pour le destinataire – la récompense – que le destinataire de la norme incitative – la mise en place d'une procédure de contrôle. Dans son rapport d'activité pour l'année 2014, la CNIL fait ainsi état du succès de ce mécanisme par la multiplication des demandes de labellisation et la création de nouveaux labels⁸⁵.

513. Si la CNIL n'est pas le seul organisme à délivrer des labels dans le domaine des données⁸⁶, les parlementaires ont considéré que son statut d'indépendance et l'importance de sa mission étaient des atouts pour définir et attribuer de tels labels⁸⁷. À l'opposé de ce

⁸¹ Loi n° 78-17 modifiée, art. 11, 3°, c), *précitée*.

⁸² Articles 32 à 46 du Règlement intérieur de la CNIL tel que modifié par la délibération n° 2013-175, *JORF*, n° 0207, 6 septembre 2013, Texte n° 54.

⁸³ I. FALQUE-PIERROTIN, « Le droit souple vu de la CNIL : un droit relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles » dans Conseil d'État, *Le droit souple, op. cit.*, p. 243.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 242.

⁸⁵ 44 labels ont été délivrés (CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation française, 2015, p. 43).

⁸⁶ En effet, parmi les démarches d'autorégulation expérimentées par les fournisseurs de services internet, l'une procède de la labellisation. Une démarche « qualité » commence à se développer chez les professionnels, désireux d'instaurer un climat de confiance de nature à faciliter le développement du commerce électronique. À cet égard, la CNIL a invité les organismes de labellisation des sites de commerce électronique à « intégrer la protection des données personnelles et de la vie privée dans leurs référentiels » (CNIL, *20^e rapport d'activité 1999*, La Documentation française, p.105). Voir sur ce point : N. MALLET-POUJOL et A. MENDOZA-CAMINADE, « Commerce électronique et protection des données personnelles », *JC Commercial*, Fasc. 86527, Février 2015, paragraphes 183-187.

⁸⁷ François BROTTE, président de la commission des affaires économiques, relevait que la CNIL disposait de « la crédibilité nécessaire pour apporter une sécurisation au consommateur et éviter la publicité mensongère qui vante, par exemple, une résistance aux tentatives d'intrusion sans apporter aucune preuve à l'appui » (Commission des affaires économiques, Compte rendu n° 90, Assemblée nationale, Mercredi 12 juin 2013, p.7).

mouvement, le « label Diversité » n'a pas été confié à une AAI. Créé en 2008⁸⁸, dans la continuité de la Charte Égalité de 2004⁸⁹, le « label Diversité » consiste à « promouvoir les bonnes pratiques de recrutement, d'évolution professionnelle et de gestion des ressources humaines des entreprises ou des employeurs de droit public ou privé, en vue de développer la diversité et de prévenir les discriminations »⁹⁰. Le Défenseur des droits – dans la continuité de l'action de la HALDE – n'intervient qu'en soutien à la mise en œuvre du dispositif de labellisation, soit par la définition des critères⁹¹, soit par des vérifications inopinées⁹². Propriété de l'État, ce label est délivré par un organisme de labellisation désigné par l'État – l'association AFNOR⁹³ – après un avis de la Commission administrative consultative rassemblant des représentants de l'État, des partenaires sociaux et des experts désignés par l'Association nationale des directeurs de ressources humaines (ANDRH) – la commission de labellisation du label diversité⁹⁴. L'ANDRH a été désigné interlocuteur par l'État pour élaborer et commander à l'AFNOR le label « Diversité ». Au moment de sa création, les dirigeants de la HALDE ont manifesté une certaine méfiance à l'égard de ce label confié alors à une association loi 1901, alors que le statut d'indépendance et la composition plurale de la HALDE en faisaient, selon les membres de l'époque, l'acteur idoine pour porter la gestion dudit label. Si la présence de l'ANDRH permet la mobilisation d'une catégorie d'acteurs dont l'implication s'avère importante au regard de leur proximité avec le milieu de l'entreprise, à savoir les professionnels des ressources humaines⁹⁵, les dirigeants de la HALDE pointaient néanmoins le risque que ce

⁸⁸ Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation, *JORF*, 19 décembre 2008, p. 19456.

⁸⁹ Arrêté du 2 septembre 2004 de la ministre de la Parité et de l'égalité professionnelle relatif à la commission de labellisation de l'égalité professionnelle, *JORF*, 22 septembre 2004, p. 16417.

⁹⁰ Article 1 al.2 du décret n° 2008-1344, *précité*.

⁹¹ Le Défenseur peut conseiller les entreprises afin qu'elles remplissent les conditions pour obtenir le label « Diversité ». Il examine les dispositifs d'alerte interne aux entreprises de lutte contre les discriminations et décide parfois de formuler des recommandations en ce sens. Par exemple, le Défenseur préconise souvent la mise en place au sein de l'organisme en question une cellule d'écoute et de traitement des réclamations internes ou externes portant sur des discriminations supposées ou avérées (Voy. DDD, décision MLD-2015-151 du 2 juillet 2015 relative aux dispositifs d'alerte interne de lutte contre les discriminations, 15 p.).

⁹² DDD, décision MLD-2014-124 du 3 décembre 2014 relative au dispositif d'alerte de lutte contre les discriminations mis en place par une entreprise dans *L@ lettre du Défenseur des droits*, Lettre n° 14, janvier 2015, p. 19.

⁹³ Site du label diversité : afnor.org/certification/lbh004

⁹⁴ Décret n° 2014-335 du 14 mars 2014 relatif à la commission de labellisation du label diversité, *JORF*, n° 0063 du 15 mars 2014, p. 5332, texte n° 10

⁹⁵ S. BÉNICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse de doctorat de droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France, 2011, p. 485.

label se résume à « un exercice de communication formel »⁹⁶. Cette position trouve son origine dans la méfiance développée à l'égard d'un instrument gestionnaire conçu par des acteurs proches des directions d'entreprises, soupçon d'une forme de complaisance augurant son inefficacité⁹⁷. Or, l'enjeu de délivrer un tel label consiste avant tout, au-delà d'influer sur les comportements, d'opérer un contrôle des conduites une fois le destinataire ayant manifesté sa volonté d'obtenir le label. Ce dispositif permet de concilier l'aspect préventif qui résulte de la démarche non autoritaire et le contrôle qui résulte du choix de conserver l'avantage par le destinataire.

514. En définitive, l'attribution d'un pouvoir de labellisation ne s'analyse pas uniquement comme une démarche exempte de toute contrainte, il ne s'agit pas uniquement d'accorder une récompense ou un avantage sans contrepartie sur la durée. En effet, si la démarche demeure fondée sur l'adhésion volontaire, elle n'en demeure pas moins assortie de mécanismes de contrôle et d'évaluations conditionnant le maintien de l'avantage (commercial, social) procuré par son attribution. Ces labels, qu'ils soient gérés par des AAI, ou des organismes désignés à cet effet par l'État, manifestent généralement une extension de l'intervention étatique dans le champ de la régulation sociale par la soumission volontaire à un mécanisme contrôle. En d'autres termes, le label peut être la première étape d'une intrusion du régulateur dans un domaine laissé initialement à l'autorégulation des acteurs privés. Cet état explique que la mise en place et l'attribution d'une telle compétence s'accompagnent généralement de résistances ou de critiques quant à son caractère intrusif ou, sur la durée, parfois contraignant. Par exemple, la revendication du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) d'obtenir une telle compétence a fait l'objet d'inquiétudes de la part des acteurs de l'Internet dénonçant une extension du contrôle de l'institution sur les contenus proposés en ligne fondé sur des principes moraux⁹⁸. Le Conseil,

⁹⁶ Cité par C. RENAUD, « Discriminations au travail : un "label diversité" pour quoi faire ? », *Le Point*, 13 juin 2008 (lepoint.fr/actualites-societe/2008-06-13/discriminations-au-travail-un-label-diversite-pour-quoi-faire/920/0/252842, consulté le 18 août 2014). Il convient de rappeler que la notion de « diversité » a permis de retraduire de façon « positive » – dans le langage managérial – ces exigences juridiques (V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès. Sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse de doctorat science sociale sociologie, École normale supérieure de Cachan, Paris, 2013, p. 260).

⁹⁷ Dans sa thèse, Sarah BÉNICHOU rappelle qu'une entreprise labellisée « Diversité » avait fait l'objet d'une condamnation par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 5 mai 2010, *BKP Paribas*, RG n° 08/08694) pour discrimination fondée sur le sexe à partir de tableaux comparatifs établis par la HALDE (S. BÉNICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse de doctorat de droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France, 2011, p. 467).

⁹⁸ CHAMPEAU G., « Le CSA veut un label "site de confiance" pour censurer le Web », *Numerama*, 12 avril 2014 (numerama.com/magazine/29070-csa-label-site-confiance-censure-internet-filtrage-web.html, consulté le 14 avril 2014) ; REES M., « Le CSA, le label et la bête de la riposte graduée, Un label de caniche aux yeux de velours », *Next INpact*, 7 mai 2014 (nextinpact.com/news/87418-le-csa-label-et-bete-riposte-graduee.htm, consulté le 9 mai 2014).

dans son rapport annuel de 2013⁹⁹, a ainsi proposé d'inscrire à l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 un régime de labellisation volontaire en matière de protection de l'enfance. Selon cette proposition, le Conseil pourrait délivrer, à l'initiative des services audiovisuels numériques, un label « site de confiance » aux sites dont les créateurs auraient signé une convention dans laquelle ils s'engagent à faire respecter des principes moraux en particulier liés à la protection de l'enfance¹⁰⁰. Or, la régulation va plus loin puisque le CSA préconise que le label ainsi accordé soit « pris en compte » par les outils de contrôle parental, de façon négative. Dans ce schéma, tous les sites non labellisés seraient bloqués¹⁰¹. Si le Conseil insiste dans son rapport sur la nature volontaire du filtrage par des listes blanches de « sites de confiance », activé seulement « si les parents le souhaitent »¹⁰², le développement d'un tel label aurait néanmoins pour conséquence d'instaurer un mécanisme de régulation auquel il serait, dans les faits, impossible de s'en dispenser.

515. Sans se prononcer sur l'opportunité de tels instruments juridiques¹⁰³, le développement des « sanctions positives » et des magistratures d'influence conforte le projet d'une régulation par l'État plus étendue et préventive. Il s'agit de renforcer l'intérêt de se conformer à la norme énoncée tout en préservant la liberté de réponse du destinataire. L'institutionnalisation d'une magistrature d'influence trouve une limite uniquement dans le caractère impératif de la norme et non dans la naissance d'une obligation.

Section 3. La conceptualisation incertaine du droit souple

516. L'étude du Conseil d'État sur *le droit souple*, publiée en 2013¹⁰⁴, précise à propos des AAI que le « droit souple » n'est autre que l'instrument permettant l'exercice de leur

⁹⁹ CSA, *Rapport annuel 2013*, Paris, Conseil supérieur de l'audiovisuel, 2014, p. 28.

¹⁰⁰M. BOYON, « CSA : Michel Boyon opposé au rapprochement avec l'Arcep », entretien mené par P. GONZALES, *Le Figaro*, 16 janvier 2011 (lefigaro.fr/medias/2011/01/16/04002-20110116ARTFIG00262-csa-michel-boyon-oppose-au-rapprochement-avec-l-arcep.php, consulté le 18 février 2015).

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² CSA, *Rapport annuel 2013*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰³ À ce sujet, il est fréquent de lire des réflexions sceptiques à propos de la prolifération des labels dans le champ des politiques publiques. Ainsi, Gwénaèle CALVÈS s'interroge sur l'utilité des labels en matière de lutte contre les discriminations. L'octroi « d'un "label" officiel peut venir couronner ce micromanagement de la non-discrimination. À l'instar des drapeaux arc-en-ciel qui ornent la façade des établissements gay friendly, ces logos prolifèrent : "label égalité", label "atout fraternité", "label social pour l'égalité des chances", label "tourisme et handicap", "label senior", etc. Balkanisation de la démarche antidiscriminatoire, ou convergence de petits ruisseaux qui font les grandes rivières ? L'avenir le dira » (G. CALVÈS, « DISCRIMINATION » *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 15 février 2016).

¹⁰⁴ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*

magistrature d'influence¹⁰⁵. Toutefois, il n'est pas évident de savoir ce que recouvre précisément le concept de « droit souple ». S'agit-il des instruments incitatifs – obligations procédurales et sanctions positives – ou s'agit-il, au contraire, de n'envisager que les normes recommandationnelles, c'est-à-dire celles qui ne font naître aucune obligation juridique ? Si l'on admet aisément la pertinence du concept pour qualifier les instruments incitatifs, il apparaît plus discutable pour les actes à visée recommandationnelle. Dans cette seconde hypothèse, utiliser le terme de « droit » pour caractériser de tels actes, si l'on se place dans une perspective strictement positiviste, serait tout simplement un non-sens¹⁰⁶, comme le seraient d'ailleurs des expressions telles que droit « recommandé »¹⁰⁷, « droit proposé »¹⁰⁸ ou encore « droit recommandatoire »¹⁰⁹. En effet, la caractéristique commune aux normes auxquelles on accole le qualificatif de « droit » réside précisément dans leur visée impérative ou pour le dire plus exactement dans leur « force référentielle obligatoire »¹¹⁰. La spécificité des normes juridiques vis-à-vis des autres types de normes repose sur la manière dont elles produisent directement, par elles-mêmes, des conséquences ou des « effets juridiques ». Dès lors, dénués de force obligatoire, les actes à visée recommandationnelle – semi-formels ou informels – échappent logiquement à la catégorisation traditionnelle du « droit », défini comme l'ensemble des dispositions obligatoires émanant essentiellement des pouvoirs publics.

517. En dépit de ces observations, la formalisation et les effets constatés de ces actes – incitatifs et recommandationnels – conduisent une partie de la pensée juridique contemporaine à les regrouper dans cette catégorie nouvelle appelée « droit souple » en opposition au droit tel que classiquement entendu, rebaptisé pour l'occasion « droit dur ». Il convient de souligner que le concept de « droit souple », en tant que « construction doctrinale »¹¹¹, ne se présente pas

¹⁰⁵ Ainsi peut-on lire dans l'étude du Conseil d'État que « le Défenseur des droits ou la Haute autorité de santé n'ont pas de pouvoir de prendre des décisions s'imposant aux tiers : leur pouvoir ne peut être que d'influence et le droit souple (recommandations émises par le premier dans le cadre des affaires dont il est saisi, recommandations de bonne pratique destinées aux professionnels de santé pour la seconde) est l'instrument de son exercice » (*Ibid.*, p. 36).

¹⁰⁶ A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, p. 162.

¹⁰⁷ I. HACHEZ, « Le soft law : Qui trop embrasse mal étroit ? » dans *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthemis, 2013, vol. 4/4, p. 553.

¹⁰⁸ A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes » dans Association Henri Capitant : Journées nationales (13 : Boulogne-sur-Mer) 2008 (dir.), *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 63.

¹⁰⁹ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », art. cit., p. 599

¹¹⁰ C. GROULIER, « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », art. cit., p. 260.

¹¹¹ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 52 et s. ; P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », art. cit., p. 247.

comme un concept de sociologie du droit¹¹² permettant une meilleure compréhension d'un phénomène, mais bien au contraire comme un concept opératoire. Il convient donc de l'évaluer pour ce qu'il est et non pour ce qu'il pourrait être. Il n'est pas question de retracer ici l'histoire de ce concept ni de tenter d'apporter une contribution aux tentatives de classification. Une abondante littérature y est consacrée, d'abord par des spécialistes du droit international puis par des auteurs de nombreux pays¹¹³. En France, des travaux récents ont été réalisés proposant une importation en droit interne du concept¹¹⁴. L'objet des développements qui suivent est de revenir sur deux aspects distincts de ce concept qui conduisent à s'interroger sur sa réelle opportunité. D'abord, il semble que la détermination de son contenu soit sujette à d'importantes variations d'une étude à l'autre. De plus, l'utilisation d'un même concept pour viser des instruments recommandationnels et des instruments incitatifs indique que les critères retenus font peu de cas de la spécificité de leurs effets juridiques respectifs (§1). Ensuite, l'inclusion des actes à visée recommandationnelle dans la catégorie du droit souple au regard du caractère

¹¹² Comme le rappelle Emmanuelle BERNHEIM, « le sociologue, lui, aborde le droit comme un objet de réflexion. Il le conçoit dans son sens le plus large, complexe, ouvrant le concept à de nouvelles formes de normativité. Il est moins nécessaire de qualifier le droit, de le circonscrire précisément ; on parle plutôt d'un droit « mou », « flexible », « flou », s'opposant au droit « dur » des juristes. C'est un droit replacé dans son contexte social, politique, économique, « mis en perspective ». Il s'agit d'un point de vue externe » (E. BERNHEIM, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *RIEJ*, 1 juin 2011, vol. 67, n° 2, p. 3).

¹¹³ R.-J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la “soft law” » dans *L'élaboration du droit international public*, Paris, éd. A. Pédone, 1974, p. 132 et s. ; M. VIRALLY, « L'élaboration du droit international économique » dans *Aspects du droit international économique*, Paris, éd. A. Pédone, 1972, p. 171 et s. ; G. ABI-SAAB, « Éloge du “droit assourdi” : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain » dans *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59 et s. ; F. FRANCONI, « International “soft law” : a contemporary assessment » dans *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 167-178 ; J. KLABBERS, « The redundancy of Soft Law », *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. 65, p. 167-182 ; E. A. POSNER et J. E. GERSEN, « Soft Law: Lessons from Congressional Practice », *Stanford Law Review*, 1 décembre 2008, vol. 61, n° 3, p. 573 ; A. BOYLE, « 5. Soft Law in International Law-Making » dans M. EVANS (dir.), *International Law*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 122-140 ; M. KNAUFF, *Der Regelungsverbund : Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 622 p. ; I. DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2007, Hors série, p. 245-268 ; J. CAZALA, « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration », *RIEJ*, 2011, vol. 66, n° 1, p. 41-84. ; R.R. BAXTER., « International Law in “her infinite variety” », *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, vol. 29 ; A. PELLET, « Le “bon droit” et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie » dans *Mélanges offerts à Ch. Chaumont*, éd. A. Pédone, 1984 ; O. SCHACHTER, « The Twilight of nonbinding agreements », *American Journal of International Law*, 1977, vol. 71.

¹¹⁴ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, 613 p ; Association Henri Capitant. Journées nationales (dir.), *Le droit souple, journées nationales*, Paris, Dalloz, 2009, 178 p ; C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, 891 p ; Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 4/4, xiv+961 p ; E. UNTERMAIER-KERLÉO, « Le droit souple, un regard circonspect sur la jurisprudence Crédit foncier de France », *RFDA*, décembre 2014, p. 1029-1038 ; Conseil d'État, *Le droit souple, op. cit.*

indirect de leurs effets juridiques interroge plus largement sur la pertinence de la notion d'effet de droit retenue par ses promoteurs (§2).

§1 L'assimilation critiquable des instruments incitatifs et des instruments recommandationnels

518. Ce qui frappe en tout premier lieu est l'indétermination du concept même. Concept ou « catégorie fourre-tout »¹¹⁵, le « droit souple » apparaît de prime abord comme un concept difficile à cerner. Isabelle HACHEZ a entrepris un travail de conceptualisation dont les résultats ont fait l'objet de deux contributions¹¹⁶. L'auteure conclut la seconde sur une note sceptique quant à l'utilité du concept (« qui trop embrasse mal étroit »). En effet, selon elle, l'ampleur de l'utilisation du qualificatif comporte « un piège viciant la notion qu'elle prétend circonscrire »¹¹⁷. Par exemple, en droit international, le *soft Law* désigne l'ensemble des « règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »¹¹⁸. Cette définition pose problème en ce que le concept recouvre des instruments de portée différente : il y a du matériellement mou dans du formellement dur, et inversement¹¹⁹. Dans ce cas, le droit souple désigne l'ensemble des normes qui préservent le consentement du destinataire, autrement dit à la fois les instruments incitatifs et les instruments recommandationnels, sous réserve qu'elles soient adoptées par une autorité publique. Notons que ce concept est susceptible, selon certains auteurs, de recouvrir aussi des sources d'origine privée¹²⁰. Le caractère étendu de la définition proposée interdit de voir dans les expressions « droit recommandationnel »¹²¹ ou encore droit « mou » des équivalents du concept de « droit souple » en ce que ces expressions ne recouvrent qu'une partie des

¹¹⁵ P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques, op. cit.*, p. 161.

¹¹⁶ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *RIEJ*, 1 juin 2010, Volume 65, n° 2, p. 1-64 ; I. HACHEZ, « Le soft law : Qui trop embrasse mal étroit ? », art. cit.

¹¹⁷ I. HACHEZ, « Le soft law : Qui trop embrasse mal étroit ? », art. cit., p. 583.

¹¹⁸ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1039.

¹¹⁹ I. HACHEZ, « Le soft law : Qui trop embrasse mal étroit ? », art. cit., p. 583 ; I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », art. cit., p. 53.

¹²⁰ Sur ce point : F. OSMAN, « Avis, directives, Codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, 1995, p. 509 ; G. CHANTEPIE, « Les codifications privées » dans *Le droit souple. Journées nationales. Tome XIII Boulogne-sur-Mer*, Paris, Dalloz, 2009, p. 39-57.

¹²¹ Le concept de « droit recommandationnel » recouvrirait un droit « semi-formel composé de conseils et d'avis » (G. KOUBI, « Des-ordre/s juridique/s » dans *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, p. 211).

instruments étudiés, à savoir les instruments recommandationnels. À cet égard, l'importation du concept de droit souple par le Conseil d'État se fait non sans contradiction sur ce point, en ce qu'il semble ne viser que les actes à visée recommandationnelle alors même qu'il utilise une expression qui a vocation à englober l'ensemble des dispositifs normatifs non contraignants¹²².

519. La justification du concept de « droit souple », comme regroupant une série d'instruments de portée variable, repose sur le constat d'un effacement des frontières entre les règles juridiques et les formes non juridiques de régulation sociale. Il correspond à l'ensemble des actes dont la juridicité est discutée, c'est-à-dire des normes non obligatoires ou faiblement obligatoires faisant l'objet d'une certaine formalisation. Dès lors, plus fidèles à la réalité, les promoteurs du concept postulent l'existence d'une gradation normative ou une « échelle de normativité graduée »¹²³. Ils s'opposent en cela aux tenants du « seuil normatif »¹²⁴, tel Michel VIRALLY notamment¹²⁵, qui considèrent qu'il n'y a pas de catégorie intermédiaire entre les textes ayant une portée juridique et ceux qui en sont dépourvus. Le principal reproche fait aux partisans du « seuil normatif » est qu'ils réduisent la naissance du droit à une sorte de « big bang »¹²⁶ pour reprendre l'expression de Georges ABI SAAB, alors même que le « droit dur » manque d'efficacité voire d'effectivité¹²⁷, ce qui serait d'ailleurs l'expression de son déclin¹²⁸. Néanmoins, même si on ne peut nier l'existence d'une gradation évidente dans les mécanismes de direction des conduites, il existe sur cette échelle de normativité un moment où naît objectivement une obligation qui, sans nécessairement faire basculer le procédé dans la catégorie des instruments de direction autoritaire des conduites, n'en appartient pas moins au droit tel que traditionnellement défini. Les instruments incitatifs par exemple en sont une illustration.

520. Le concept de « droit souple » est amené donc à recouvrir des instruments de nature différente, certains obligatoires et d'autres seulement de nature recommandationnelle : ce qui

¹²² Il est explicitement affirmé dans l'étude que le choix de ne pas utiliser l'expression « droit mou » s'explique en raison de sa connotation péjorative, et non au regard de critères objectifs (Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 21).

¹²³ L. CYTERMANN, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France », *RFDA*, décembre 2013, p. 69.

¹²⁴ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1986, n° 82, p. 9.

¹²⁵ M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre les acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol.60-I, II, 1983, p.166-257.

¹²⁶ G. ABI-SAAB, « Éloge du “droit assourdi” : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », *art. cit.*, p. 62.

¹²⁷ J. COMMAILLE, « effectivité », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 584.

¹²⁸ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.

revient à mêler ainsi des normes non obligatoires avec des normes dont l'obligation qui en résulte est faiblement contraignante, telles que les obligations procédurales ou les normes incitatives positives. L'unique point commun entre ces normes réside dans la préservation de la liberté de choix de son destinataire. Or, qu'il existe des obligations plus ou moins fortes, de nature plus ou moins contraignante, n'est pas en soi une nouveauté. Toutefois, recouvrir des types de normes différentes par un même concept n'aide pas à distinguer les manifestations nouvelles du droit – tel que le développement important d'un droit incitatif – des manifestations informelles ou semi-formelles du pouvoir de direction des conduites tel que le pouvoir d'influence proprement dit. À cet égard, nous partageons la position de Prosper WEIL lequel considère qu'il convient de réserver la notion de *soft Law* – le qualificatif de « droit souple » donc – aux instruments manifestant déjà une obligation, aussi faible soit-elle¹²⁹. Dans ce cas, le droit souple recouvrirait uniquement les expressions du droit incitatif. Il convient d'ailleurs de relever qu'il existe une hésitation dans l'emploi du terme « incitatif » au regard de la catégorisation des instruments de droit souple¹³⁰. Par exemple, dans leur définition du « droit souple », François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, ne distinguent pas le phénomène recommandationnel semi-formalisé du droit incitatif. En effet, ils définissent le droit souple comme un « droit incitatif moulé dans des recommandations plus que dans des interdictions comminatoires » et dont « l'absence de sanctions “officielles” ne fait pas obstacle » à l'efficacité des règles¹³¹. De son côté, Catherine THIBIERGE, malgré un préclassement de la norme incitative dans « les espèces obligatoires », classe en définitive la norme incitative – ou une seconde espèce – dans les instruments à visée recommandationnelle, qu'elle appelle « les espèces de recommandatoire »¹³². Il convient néanmoins de réserver le terme d'incitation aux actes générant un lien juridique. Les normes recommandationnelles n'ouvrent aucune faculté au sujet de droit et ne modifient en rien la situation juridique de ce dernier. Elles ne créent pas un champ de licéité qui n'existait pas antérieurement à son énonciation. Au contraire, les règles incitatives

¹²⁹ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », art. cit.

¹³⁰ Dans leur définition du « droit souple », F. OST et M. VAN DE KERCHOVE ne distinguent pas les notions ou concepts proches considérant l'état d'une crise du droit et des politiques utilisant cet outil (droit flou, droit mou, droit souple) qu'ils définissent comme un « droit incitatif moulé dans des recommandations plus que dans des interdictions comminatoires » et dont « l'absence de sanctions “officielles” ne fait pas obstacle » à l'efficacité des règles (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 119). Malgré un préclassement de la norme incitative dans « les espèces obligatoires », Catherine THIBIERGE classe en définitive la norme incitative dans les instruments à visée recommandationnelle - « les espèces de recommandatoire » (C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », art. cit., p. 156-157).

¹³¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 119

¹³² C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », art. cit., p. 156-157.

ouvrent bien une faculté, en ce qu'elles subordonnent le bénéfice d'un avantage à un certain comportement du destinataire de la norme.

521. Un autre argument favorable pour qualifier les normes à visée recommandationnelle de « droit souple » repose sur l'observation du degré de formalisation de ces techniques de gouvernement. Dans l'étude du Conseil d'État de 2013, la formalisation compte parmi les trois critères retenus pour identifier les instruments du « droit souple », à côté de la fonction directive et du caractère non obligatoire. Pour classer des actes parmi les instruments de « droit souple », ils doivent présenter « par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparentent aux règles de droit »¹³³. Quelques pages plus loin, les rapporteurs publics mettent l'accent sur ce critère en affirmant que « c'est le développement de la structuration qui entraîne le passage du non-droit au droit souple »¹³⁴. On peut se demander si « imiter » les modes d'élaboration du droit suffit à en faire du droit. Il n'est sans doute pas opportun de favoriser la confusion entre ce qui « s'apparente » avec ce qui « est » du droit, entre ce qui produit des effets juridiques et ce qui n'en produit pas. Il est permis d'hésiter dès lors quant à la pertinence de ce critère qui ne repose plus sur l'obligatorité de la norme ; mais seulement sur un mode d'élaboration de la norme ne donnant qu'une idée approximative de sa portée. Par ailleurs, appréhender de manière extensive, ce critère conduirait « n'importe quelle déclaration ayant pour objet d'orienter les comportements, énoncée en termes solennels et organisés en quelques articles numérotés [...] d'être considérée comme du droit souple »¹³⁵.

522. En résumé, la critique de la conceptualisation du droit souple porte principalement sur l'absence d'attention portée aux effets de la norme et sur la focalisation excessive de ses promoteurs sur son mode d'élaboration.

§2 L'assimilation critiquable des effets réels des normes recommandationnelles et des effets juridiques

523. Les promoteurs du concept de « droit souple » considèrent que la principale caractéristique de ces instruments réside dans leur effectivité. Nombre d'auteurs constatent, en effet, l'effectivité des actes à visée recommandationnelle¹³⁶ : soit ils leur reconnaissent une

¹³³ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 63.

¹³⁵ E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G*, 21 octobre 2013, n° 43, doct. 1116, paragr. 26.

¹³⁶ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 645.

« certaine force obligatoire »¹³⁷, une force de fait ; soit, plus simplement, ils louent la performance de ce droit « proposé »¹³⁸. Le droit souple semble donc devoir trouver dans la notion d'effectivité sa raison d'être¹³⁹. Il fonctionne comme du « vrai » droit. Il convient toutefois de distinguer ce qui relève de l'effectivité de la norme et ce que l'on appelle précisément des « effets de droit », ou parfois encore des « conséquences juridiques ». L'effectivité de la règle de droit revient à évaluer précisément « son degré de réalisation [...] dans les pratiques sociales »¹⁴⁰ ; là où l'« effet de droit » ou la « conséquence de droit » consiste dans l'ajout, le maintien ou le retrait d'une disposition à l'ordre juridique et tire son existence du contenu et de l'usage de la norme. Dépassant les stricts effets de droit, la notion d'effectivité est une notion de sociologie juridique qui permet la « critique des perspectives dogmatiques »¹⁴¹ de l'effet de droit. Ainsi, lorsque certains parlent de la « portée sociologique »¹⁴² des actes à visée recommandationnelle, ils visent précisément un degré de réalisation au-delà des effets juridiques, leur sortie du champ d'analyse du juriste. Lorsque le droit « dur » est ineffectif – car inefficace – le pouvoir politique peut mobiliser les instruments recommandationnels ou incitatifs qui, malgré l'absence de contrainte, s'avèrent parfois plus efficaces ou plus adaptés aux mœurs contemporaines rétives au commandement.

524. Les promoteurs du concept de « droit souple » s'appuient sur une approche extensive et subjective de la notion d'« effets juridiques », qu'ils soient directs, indirects, voire simplement « pertinents »¹⁴³. Ils se contentent généralement de souligner que les actes à visée recommandationnelle sont « la plupart du temps » ou « le plus souvent » suivis par leurs destinataires. Il s'agit d'un postulat qui ne repose sur aucune analyse concrète de la réception de ces actes (statistiques, enquêtes de terrain, etc.). Or, un des apports essentiels de la théorie

¹³⁷ C. THIBIERGE, « Synthèse : la force normative » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative: naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, p. 790.

¹³⁸ A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 62 ; I. HACHEZ, « Le soft law : Qui trop embrasse mal étreint ? », art. cit., p. 555.

¹³⁹ Dans l'étude du Conseil d'État, « cette question de l'effectivité est au cœur du mystère et de la séduction exercée par le droit souple : il n'est pas contraignant, et pourtant il est appliqué ; ou du moins il peut l'être, car l'effectivité n'est pas toujours au rendez-vous » (Conseil d'État, *Le droit souple*, op. cit., p. 85). Isabelle HACHEZ observe, sans réelle surprise, que la plupart des auteurs ayant contribué à l'ouvrage collectif sur « la force normative » (C. THIBIERGE, *La force normative ...*, Bruxelles, Bruylant, 2009) mettent l'accent sur la notion d'effectivité (I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *RIEJ*, 1 juin 2010, Volume 65, n° 2, p. 115).

¹⁴⁰ P. LASCOUMES, « EFFECTIVITÉ », dans A.-J. ARNAUD et alii. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 217.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 217.

¹⁴² P. DELEBECQUE, obs. sous Cour Cass, 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, n° 94-17.369, *D*, 1997, p. 174.

¹⁴³ G. ABI-SAAB, « Éloge du “droit assourdi” : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », art. cit., p. 62.

positiviste, dont Charles EISENMANN est un des promoteurs en France, est d'avoir dissipé les doutes quant à la notion même d'« effets de droit »¹⁴⁴. Généralement on appelle « droit » l'ensemble des règles ou des normes juridiques qui produisent par elles-mêmes des « effets de droit » ou pour reprendre la formule de Charles EISENMANN, produisent des « conséquences de droit, [créent] des éléments de nature juridique »¹⁴⁵. Ce changement ne doit pas être une conséquence simplement indirecte. Il semble toutefois que, depuis quelques années, la perception de ces effets ait gagné en souplesse, se répercutant ainsi sur la définition du « droit ».

525. L'« effet de droit » ou la « conséquence de droit » consiste donc dans l'ajout, le maintien ou le retrait d'une disposition à l'ordre juridique. Dès lors, l'impossibilité d'établir un lien direct entre la norme et la modification de l'état objectif du droit suffit en principe à rejeter l'argument selon lequel la norme appartient au droit, dans notre cas que les actes à visée recommandationnelle « sont du droit »¹⁴⁶, et ce quelle que soit leur effectivité réelle ou supposée. Il n'apparaît pas opportun d'étendre le qualificatif de droit à des manifestations normatives dont les effets ne sont pas prévisibles, et ce même si ce procédé est juridiquement organisé (habilitation légale).

526. Les effets d'un acte à visée recommandationnelle s'évaluent, se constatent, se postulent, voire s'espèrent ; mais ne se prévoient pas juridiquement. Pour les saisir précisément, il convient d'adopter une approche empirique dont l'étude relève de la sociologie du droit. Les normes juridiques, auxquelles le qualificatif de « droit » renvoie, désignent un type bien particulier d'acte institué par le droit¹⁴⁷. Or, l'introduction d'une notion d'effet plus large présente le risque de favoriser une conception sans limites claires de la norme juridique¹⁴⁸. C'est le sens de la remarque de Pascale DEUMIER lorsqu'elle affirme à propos des instruments de « droit souple » que « l'idée que certains instruments non contraignants vont toutefois produire un effet ne veut pas dire grand-chose. En effet, tout est susceptible de produire effet en droit,

¹⁴⁴ Paul AMSELEK, dans son ouvrage sur les normes et les règles de droit, rend hommage à la contribution de Hans Kelsen et de Charles EISENMANN quant à la définition de l'acte juridique. Selon lui, l'approche positiviste présentait surtout « l'avantage de clarifier les choses : les intuitions confuses que les auteurs classiques essayaient d'exprimer à travers l'idée équivoque de « production d'effets de droit » se [trouvaient] amenées à pleine élucidation » (P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques*, op. cit., p. 169 et p. 343).

¹⁴⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 345.

¹⁴⁶ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », art. cit., p. 115.

¹⁴⁷ P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques*, op. cit., p. 343.

¹⁴⁸ Comme le remarque Daniel MOCKLE, « la notion d'effet oblige à qualifier le texte selon une évaluation qui est souvent subjective » (D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984, p. 116).

par des voies plus ou moins médiates, plus ou moins dépendantes du système juridique formel »¹⁴⁹.

527. Cette approche des effets fait écho à l'approche du phénomène recommandationnel par le concept de « sources » du droit. Sensible à l'importance du phénomène des actes de *soft Law*, Stéphane GERRY-VERNIÈRES propose un renouvellement de la théorie des sources du droit¹⁵⁰ et invite à admettre que les actes à visée recommandationnelle sont des sources formelles du droit. L'auteure parle alors de « petites » sources du droit¹⁵¹. La notion de « source » peut apparaître commode pour appréhender un phénomène aussi souple que le phénomène recommandationnel. Toutefois, elle est « extrêmement équivoque » et se « prête à une pluralité de significations »¹⁵². Pour admettre que ces actes sont de véritables sources du droit, S. GERRY-VERNIÈRES adopte une conception extensive de l'« effet juridique ». Si elle prend soin de distinguer la notion d'« effet juridique » de celle d'« effectivité »¹⁵³, elle privilégie néanmoins une approche subjective qui la conduit néanmoins à associer un « effet de droit » avec l'exercice d'une simple influence¹⁵⁴. Par exemple, pour illustrer les effets de ces actes, elle mentionne l'hypothèse de la reprise de leur contenu dans les arrêts des juridictions. Or, dans ce cas, il n'est possible que de postuler la réception de ces actes, l'effet en question n'est aucunement prévisible. Le contenu de ces actes n'acquiert une valeur juridique que par le « truchement d'une source formelle »¹⁵⁵. Pour appuyer sa démonstration, elle cite un extrait d'une étude du Conseil d'État sur la sécurité juridique¹⁵⁶ où la reprise du contenu de l'acte par une juridiction caractérise un effet de droit. Toutefois, les rapporteurs de cette étude opèrent la même confusion lorsqu'ils parlent d'effets

¹⁴⁹ P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », art. cit., p. 252.

¹⁵⁰ S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit: à propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012, xvi+535 p ; S. GERRY-VERNIÈRES, « Les “petites” source du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) » dans *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthémis, 2012, vol. 4/4, p. 587-638.

¹⁵¹ S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit, op. cit.*

¹⁵² P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de “sources du droit” », *Archives de philosophie du droit*, 1982, Sources du droit, n° 27, p. 251 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 234. Les doutes quant à cette notion font écho aux développements de Charles EISENMANN dans ses cours de droit administratif lorsqu'il met en exergue l'imprécision de la notion d'« effets de droit » telle que promue par les auteurs classiques de droit privé (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 344 et s.).

¹⁵³ L'auteur rappelle clairement que « l'existence d'un effet juridique ne suffit pas à faire la preuve de l'effectivité d'une norme. L'effectivité d'une source ne peut se passer d'être démontrée à l'aide d'instruments scientifiques relevant de la sociologie juridique. [...] le critère de l'effet juridique paraît moins exigeant et définitif et rend mieux compte de l'action des “petites” sources du droit » (S. GERRY-VERNIÈRES, « Les “petites” source du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », art. cit., p. 604-605 ; S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit, op. cit.*, p. 151 et s.).

¹⁵⁴ S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit, op. cit.*, p. 157.

¹⁵⁵ P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », art. cit., p. 253.

¹⁵⁶ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, EDCE, n° 57, Paris, La Documentation française, 2006, p. 245.

directs alors même qu'ils se bornent à constater la référence aux recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)¹⁵⁷. S'il s'agit d'un effet, celui-ci n'a aucune propriété spécifique qui permet de le qualifier de juridique. Le contenu de l'acte n'a acquis une valeur juridique que parce qu'il a bénéficié de l'autorité de la chose jugée de la décision de la Cour EDH. Il n'a produit aucun effet juridique par lui-même. Si l'on pousse cette logique plus loin, il faudrait considérer comme étant du « droit souple » les rapports des organisations non gouvernementales dès lors qu'ils sont repris par la Cour en ce qu'ils produiraient des effets juridiques par leur citation dans les décisions de la Cour EDH voire parce que la Cour adopterait en définitive le même raisonnement¹⁵⁸. Il en irait de même des observations déposées devant la Cour. L'unique critère permettant de leur attribuer un semblant de juridicité serait dès lors la qualité de l'auteur ? Pour les promoteurs du droit souple ou des actes à visée recommandationnelle comme source de droit, tout ce qui émane d'une autorité publique, de manière plus ou moins formalisée, serait du droit, souple ou dur selon le degré de contrainte.

528. En définitive, le lien établi entre droit souple, droit et pouvoir d'influence repose sur une imprécision qui trouve son origine dans le fait d'associer l'idée de droit, généralement synonyme de prévisibilité, systématisme et sécurité, à l'aléa propre à l'exercice d'un pouvoir d'influence. Une norme recommandationnelle, juridiquement établie ou socialement fondée, produira certes des effets (sociaux, politiques, etc.), mais ne produira directement aucune « conséquence de droit » pour reprendre l'expression de Charles EISENMANN. Si l'on envisage ces actes au regard de leur fonction (interprétation, direction, combler des lacunes, etc.), on en conclura très logiquement qu'ils appartiennent au « contexte »¹⁵⁹ du droit sans toutefois pouvoir les assimiler au droit. Une approche réaliste ou empirique de ce phénomène n'invite pas nécessairement à remettre en question le postulat positiviste du droit, et ce malgré des contributions intéressantes sur ce point¹⁶⁰. Ce maintien du postulat positiviste se justifie en

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Voir à ce propos : F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « La *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode », dans I. HACHEZ et alii, *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Tome 1, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 381-432 ; D. SCALIA, « Les rapports du CPT dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : un puit de normes ? », dans I. HACHEZ et alii, *Les sources du droit revisitées...*, *op.cit.*, p. 433-462 ; A. WEBER, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, éd. A. Pédone, 2008, p. 274 et s.

¹⁵⁹ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, France, Montchrestien-Lextenso éd., DL 2012, 2012, p. 53.

¹⁶⁰ A. BAILLEUX, « Le *soft law* et les deux droits » dans *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthémis, 2013, vol. 4/4, p. 503-537.

raison précisément de l'intérêt qu'il présente pour saisir la singularité du phénomène recommandationnel vis-à-vis d'autres manifestations normatives telles que les dispositions incitatives.

529. Prendre au sérieux le phénomène recommandationnel ne signifie pas qu'il faille prendre au sérieux le concept de « droit souple »¹⁶¹ ou pour le dire autrement « admettre que le droit souple fait partie du droit »¹⁶². Il est permis au contraire de manifester une certaine méfiance quant à la volonté d'utiliser le lexique de l'obligation (ou de l'impérativité *lato sensu*) pour qualifier le phénomène de l'influence. Si dans les deux cas, nous appréhendons une relation de pouvoir, sa nature est intrinsèquement différente. Qualifier de « droit » des actes non obligatoires parce qu'ils sont élaborés « sur le mode » d'une règle de droit ou qu'ils sont plus efficaces que du droit revient tout simplement à déplacer la « spécificité » de la norme juridique des effets à sa forme, sans tenir compte de l'impact sur l'ordre juridique des actes en question, assumant en quelque sorte la mise en place d'une « parodie de la norme juridique »¹⁶³.

¹⁶¹ E. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », art. cit.

¹⁶² P. DEUMIER, « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets », art. cit., p. 56.

¹⁶³ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, op. cit., p. 159.

Conclusion Titre 1

530. L'affirmation selon laquelle la magistrature d'influence – en tant que manifestation informelle du pouvoir – s'arrête là où le droit commence est de moins en moins vraie. Ainsi que nous l'avons démontré, l'unique caractéristique commune aux instruments normatifs mobilisés dans le cadre d'une magistrature d'influence réside dans la préservation objective de l'adhésion volontaire du destinataire. Ce mécanisme directif repose donc, par définition, sur une réception aléatoire de la norme en ce qu'elle dépend des dispositions du destinataire à la recevoir. Il en résulte que la responsabilité des choix est reportée sur les destinataires de la norme. Il s'agit d'un procédé directif qui, dans sa formulation théorique, exclut toute responsabilité de celui qui prétend diriger puisqu'aucune contrainte légale n'est censée le limiter. Toutefois, le juge a progressivement atténué cet aspect en ouvrant la possibilité de se retourner contre l'autorité administrative lorsque celle-ci commet une faute dans la délivrance de la recommandation ou du conseil, même s'il convient de constater que celle-ci demeure difficile à caractériser et qu'elle ne concerne que les hypothèses où le préjudice est direct.

531. Le paradoxe de la magistrature d'influence des AAI comme mode commun de régulation des conduites réside précisément dans le renforcement des pressions à l'encontre des destinataires par la prévision d'obligations sans l'accompagner de garanties. Il s'agit de minimiser le caractère aléatoire des dispositifs recommandationnels. Ainsi, l'obligation de motivation ou la promesse d'un avantage substantiel remet clairement en question l'une des caractéristiques essentielles du dispositif recommandationnel : l'effectivité de la liberté d'adhésion. Dans ce cas, l'institution d'une magistrature d'influence s'inscrit dans une véritable relation de pouvoir à l'avantage, sans surprise, de l'autorité administrative qui énonce la norme sur un mode recommandationnel. Cette observation participe à relativiser les discours sur la liberté d'adhésion du destinataire ou sur les vertus de dialogue de ce type d'instruments.

532. En résumé, cette magistrature recouvre tous les moyens informels ou semi-formalisés d'influence et de persuasion ainsi que les incitations. Seuls les instruments normatifs impératifs sont exclus de la panoplie des pouvoirs d'une magistrature d'influence, sans d'ailleurs que cela ne préjuge de la juridicité des instruments non impératifs. En effet, les normes incitatives ou encore les garanties procédurales manifestent l'existence d'un droit incitatif en ce qu'elles font naître un lien de nature juridique entre le destinataire et le destinataire de la norme sans pour autant rétablir le chemin de la responsabilité. En effet, ces normes juridiques reposent

précisément sur la préservation objective du consentement du destinataire de la norme, sa liberté d'adhérer au contenu de la norme, qui est la caractéristique première des nouveaux procédés étatiques de régulation sociale.

533. La prise en compte des pressions exercées sur le destinataire va conduire le législateur et le juge à réajuster le droit positif et les règles de contrôle afin de ne pas laisser ce pouvoir en dehors des prétoires. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il est établi, après un examen précis de la formulation de l'acte, que ces pressions tendent à modifier la nature du pouvoir exercé.

Titre 2. L'encadrement des manifestations normatives de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

534. Les actes à visée recommandationnelle des AAI, adoptés dans le cadre d'une magistrature d'influence, se distinguent des actes juridiques – c'est-à-dire porteurs d'une norme juridique – dans la mesure où ils ne produisent aucun effet de droit. Ils appartiennent ainsi à la catégorie vaste et hétérogène des actes administratifs unilatéraux non décisifs. À ce titre, ils ne font pas l'objet d'un formalisme aussi exigeant que celui des actes juridiques, formalisme au demeurant jugé parfois excessif¹. De façon générale, le formalisme juridique, défini comme une « réglementation impérative et expresse de la forme juridique »², représente pour l'administré ou le justiciable le premier levier dont il dispose pour obtenir le respect de la légalité par l'administration. Les règles de forme ont pour effet de faciliter la preuve d'une illégalité éventuelle commise par l'administration. Or, les manifestations normatives de la magistrature d'influence des AAI se caractérisent d'abord par leur caractère informel³, et ce, nonobstant les normes incitatives. Un acte doit être considéré comme étant informel en droit lorsqu'il n'est pas soumis à un formalisme juridique équivalent à celui d'un acte porteur d'une norme juridique. À cet égard, les actes à visée recommandationnelle semblent ainsi bénéficier d'un véritable « privilège de non-formalisme »⁴, ayant même conduit certains observateurs à constater l'émergence d'un « État informel »⁵.

535. Ce caractère informel est d'ailleurs présenté comme l'atout essentiel⁶ des actes émis par les AAI lorsqu'elles exercent une magistrature d'influence. Si ces manifestations prenaient les

¹ M. LOMBARD, G. DUMONT et J. SIRINELLI, *Droit administratif*, 11^e éd., coll. Hypercours, Paris, Dalloz, 2015, p. 242.

² S. SAUNIER, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, vol. 2/2, p. 389.

³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., coll. « Droit et Société », Paris, LGDJ, 2008, p.138. Pour une caractérisation de l'acte à visée recommandationnelle comme étant un acte informel : L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 329 et s.

⁴ *Ibid.*, p. 653.

⁵ On fait référence à la notion d'État informel telle que proposée en 1981 par Eberhard BOHNE dans son livre *Der informale Rechtsstaat : Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionschutzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981 cité par A. FLÜCKIGER, *Ibid.*, p. 168-169.

⁶ *Ibid.*

mêmes formes que celles d'une décision administrative, leur singularité s'effacerait, tout comme leur gain en efficacité sans doute. L'essor des manifestations recommandationnelles de la norme s'est fait à l'ombre du droit applicable aux actes administratifs unilatéraux décisifs. C'est en raison d'un processus jugé « trop lourd, formaliste, impropre tant à satisfaire l'efficacité administrative qu'à préserver réellement les droits des administrés »⁷ que la décision administrative est parfois délaissée dans certaines situations au profit d'actes moins formels.

536. Cette observation liminaire n'exclut pas pour autant une certaine formalisation des actes à visée recommandationnelle par les autorités elles-mêmes. En effet, le fait qu'un acte soit « dénué » de formalisme juridique ne signifie pas pour autant que sa forme soit indéterminée et son élaboration confuse⁸. Au contraire, dans un souci de légitimation de leur action et de renforcement de leur influence, les AAI s'imposent de plus en plus le respect de formes et de procédures spécifiques qui consistent généralement en une plus grande transparence et en la participation des destinataires au processus d'élaboration des actes à visée recommandationnelle⁹. Dans ce cas, la détermination des formes et des procédures d'adoption des actes à visée recommandationnelle reste cependant, dans cette hypothèse, à l'entière appréciation de l'autorité émettrice de l'acte.

537. En dépit de la pertinence de ces observations, l'affirmation du caractère informel de l'acte à visée recommandationnelle « ne reflète pas – ou plus – exactement la réalité nouvelle »¹⁰. La tendance, observée par Yves GAUDEMET¹¹, à la multiplication de textes reconnaissant à une autorité administrative le pouvoir d'agir par voie de recommandations ne s'est pas inversée. Au contraire, les textes constitutifs des AAI prévoient fréquemment, à côté des attributions consultatives classiques, le pouvoir d'émettre – spontanément ou à l'issue d'une procédure de contrôle – un acte à visée recommandationnelle. Il est même très fréquent que le législateur précise les conditions d'exercice de ce pouvoir d'avis ou de recommandation.

538. L'interrogation porte, dès lors, sur la portée de ces habilitations d'une part, et sur le possible encadrement de l'exercice d'une magistrature d'influence par la réglementation, d'autre part. En d'autres termes, la direction souple des conduites, caractéristique du procédé recommandationnel, doit-elle nécessairement trouver un prolongement dans la souplesse de

⁷ *Ibid.*, p. 651.

⁸ Entrée « INFORME » dans *Trésor de la Langue française informatisé*, ATILF (INALF- CNRS et LANDISCO-Nancy II), atilf.atilf.fr/tlf.htm

⁹ Cf. T2. Ch.1. Sect.3. §2. B.

¹⁰ A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », art. cit., p. 175.

¹¹ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », art. cit., p. 651.

l'élaboration des actes à visée recommandationnelle ? Poser cette question revient à s'interroger sur les sources et la portée des normes encadrant le procédé recommandationnel. Par conséquent, l'émergence d'un droit des manifestations normatives de la magistrature d'influence doit s'apprécier non seulement au regard des règles relatives à l'adoption et la formation d'un acte à visée recommandationnelle (Chapitre 1) ; mais aussi au regard de la jurisprudence qui s'est développée au fil des recours dirigés contre ces actes. Les décisions qui constituent cette jurisprudence apportent une indication essentielle, au-delà de la question des conditions d'ouverture des recours à l'encontre de ce type d'acte, sur les normes que les autorités doivent respecter lorsqu'elles adoptent un acte non décisoire, en dehors notamment d'une base légale spécifique (Chapitre 2).

Chapitre 1. La réglementation partielle des manifestations normatives de la magistrature d'influence

539. La finalité de la réglementation des actes juridiques est de définir et de limiter la liberté d'action de l'autorité administrative dans l'édition d'un acte porteur d'une norme juridique¹. Cette réglementation se justifie par les conséquences que cet acte est susceptible d'entraîner sur les situations juridiques. Une autorité administrative ne peut donc exercer un pouvoir d'édicter des actes juridiques que si une règle de droit, législative ou constitutionnelle, l'y autorise². À l'inverse, l'allègement des règles de compétence à l'égard des actes à visée recommandationnelle s'explique précisément par la différence caractéristique entre ces deux types de manifestations de la volonté d'une autorité : commander d'un côté et recommander de l'autre³. En effet, la vocation directive des actes à visée recommandationnelle n'est pas considérée comme une manifestation de l'exorbitance traditionnelle de l'État qui commande. Cela explique en partie l'indifférence du législateur, durant les premiers temps d'existence des AAI, à l'égard de cette manifestation de leur pouvoir. Néanmoins, le nombre des recours dirigés contre ces actes a été interprété, au fil des décisions, comme un besoin d'encadrement et de contrôle. En effet, par l'édition d'actes à visée recommandationnelle, les AAI sont susceptibles d'exercer du pouvoir sur le destinataire ou de produire des conséquences dommageables, et ce en dehors de tout encadrement spécifique. Par conséquent, des règles portant sur les modes de fabrication de l'acte, tant du point de vue de la procédure que de la forme, ont été édictées. L'idée désormais soutenue est que le caractère non obligatoire des actes à visée recommandationnelle n'implique pas nécessairement qu'ils doivent échapper à toute contrainte juridique formelle.

540. La définition dans les textes constitutifs des AAI de la compétence d'adopter des actes relevant de la magistrature d'influence correspond d'abord à une institutionnalisation de cette dernière en tant qu'elle participe à légitimer son exercice (Section 1). Ensuite, face à l'ampleur

¹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, France, LGDJ, 1983, vol. 1/2, p. 491.

² X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 2/2, p. 190.

³ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 184.

du phénomène et de ses conséquences sur la situation des administrés, le respect d'obligations visant à encadrer l'exercice d'un pouvoir d'influence *via* l'émission des actes de la magistrature d'influence a été imposé dans certains cas (Section 2).

Section 1. La définition de la compétence recommandationnelle des autorités administratives indépendantes

541. La définition légale des attributions recommandationnelles – sollicitées ou spontanées – en lien avec l'exercice d'une magistrature d'influence consiste d'abord à reconnaître l'exercice d'un pouvoir d'influence à travers l'édition d'actes à visée recommandationnelle par les AAI comme un moyen d'action à part entière (§1). Ensuite, elle consiste, parfois, à soumettre ce pouvoir à certaines conditions de forme et de procédure qui s'apparentent à l'établissement d'un modèle d'exercice de la magistrature d'influence (§2).

§1 Portée de la consécration d'une compétence d'édicter des actes à visée recommandationnelle

542. L'affirmation du caractère informel de l'acte à visée recommandationnelle comme caractéristique déterminante de son identité semble désormais remise en question par l'importance des habilitations légales à adopter de tels actes. Cet état interroge immédiatement sur la pertinence de ces habilitations ainsi que sur la portée qu'il convient de leur reconnaître⁴. En effet, lorsque le législateur prévoit une telle compétence au profit d'une autorité, il n'est pas rare qu'en pratique celle-ci contourne cette habilitation contraignante ou la complète par l'adoption d'autres actes dont la dénomination est différente, mais dont la finalité et les effets sont sensiblement les mêmes. En l'absence de définition de l'acte à visée recommandationnelle, les autorités ne sont pas limitées dans leur vocation directive. Il suffit de citer les recours dirigés contre des communiqués⁵ ou encore les mises en garde qui ne trouvent aucune base textuelle ni dans une loi ni dans un règlement. Tel est le cas, par exemple, des mises en garde de l'Autorité des marchés financiers⁶.

543. Partant, si l'habilitation légale vise à inscrire ce procédé parmi les instruments juridiques de direction des conduites – par une réglementation de son expression notamment, elle n'exclut

⁴ B. DEFOORT, *La décision administrative*, Paris, LGDJ, 2015, p. 3 et s.

⁵ Voir : G. J. GUGLIELMI, « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? » dans *Un droit pour des hommes libres : Mélanges en l'honneur d'Alain Fenet*, Paris, Litec, 2008 ; J.-J. DAIGRE, « Une nouvelle source du droit, le communiqué ? À propos d'un communiqué de la COB du 4 mai 1999 », *JCP Entreprise et affaires*, 1999, p. 1261.

⁶ Cf. CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH*, n° 368082, Rec. Lebon, p. 76 ; *AJDA*, 2016, p.572.

pas la possibilité pour chaque autorité d'émettre un acte à visée recommandationnelle en dehors de toute base textuelle. Pour appuyer ce fait, certains auteurs considèrent que la notion de compétence devrait dès lors être réservée aux seuls actes porteurs d'une norme juridique, en tant qu'ils créent des droits et des obligations. Une compétence, selon eux, ne peut s'entendre que dans le cas où leur adoption ne peut valoir que si l'autorité y a été habilitée. À l'inverse, un organe qui n'émettrait que des avis ou des recommandations n'exercerait pas une compétence à proprement parler, mais disposerait d'une simple « aptitude »⁷ ou d'un « pouvoir »⁸ ; ces termes renvoyant à des significations qui dépassent la sphère du droit.

544. Cependant, parler de compétence à propos des actes à visée recommandationnelle fait sens, comme cela fait sens pour les actes consultatifs⁹, car, par cette consécration législative, les actes de la magistrature d'influence sortent de la catégorie des actes innomés pour intégrer celle, plus stricte, des actes nommés c'est-à-dire des actes dont « la réglementation détermine précisément l'auteur, la procédure d'édiction et la forme »¹⁰. Ensuite, ces règles de compétence sont susceptibles de lier différentes autorités ou personnes qui, en fonction de l'interprétation de la norme de compétence, ne seront plus forcément habilitées à édicter des recommandations dans ce domaine ou des recommandations contraires¹¹. Il convient donc de ne pas relativiser outre mesure ces habilitations légales d'adopter des actes à visée recommandationnelle au motif qu'elles seraient accessoires. Lorsque le législateur prévoit une telle habilitation, il manifeste précisément la volonté de rattacher ces actes à l'ordre juridique. Comme le souligne Yves GAUDEMET, les actes à visée recommandationnelle, contrairement aux actes matériels, sont des « actes juridiques (et non de simples comportements matériels) imputables aux personnes publiques »¹² et comme tels peuvent être « soumis à une procédure incluant le respect des règles de compétence, même si, en droit strict, ces actes informels ne comportent aucun effet juridique obligatoire à l'égard des administrés »¹³. De façon générale, pour que l'un de ces actes soit légal, en dehors du respect de règles de fond précisées, il doit avoir été adopté par une autorité compétente et respecter, le cas échéant, les règles de procédure et de forme qui lui sont applicables. D'ailleurs, même lorsque ces actes ne font pas l'objet d'une habilitation prévue par le législateur, ils trouvent néanmoins une limite irréductible à leur adoption : la compétence

⁷ R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, 1974, p. 44.

⁸ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 331.

⁹ Y. WEBER, *L'administration consultative*, *op. cit.*, p. 196 et s.

¹⁰ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux », *art. cit.*, p. 160.

¹¹ A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », *art. cit.*, p. 178.

¹² Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *art. cit.*

¹³ Yves GAUDEMET, « Introduction », *RFAP*, 1 mars 2004, vol. 109, n° 1, p. 16.

matérielle de l'autorité. En effet, chaque autorité administrative a un domaine d'action délimité *a priori* dans sa loi constitutive : sa mission. Elle ne peut adopter des actes que dans la mesure où ils se trouvent directement liés à l'accomplissement de ce pour quoi elle a été mise en place.

545. Que les autorités administratives disposent « par principe et même sans texte »¹⁴ d'une compétence recommandationnelle ne signifie donc pas qu'elles ne disposent pas d'une compétence, mais seulement que celle-ci n'a pas besoin d'une habilitation explicite pour être exercée. Dès lors, même si les manifestations strictement informelles tendent à régresser, certains auteurs maintiennent l'informalité comme caractéristique de l'acte à visée recommandationnelle en ce qu'il ne nécessite, contrairement à l'acte décisoire, *a priori* aucune habilitation légale¹⁵. Cette position ne surprend pas. En effet, l'aptitude à exercer une magistrature d'influence réside avant tout dans le statut d'indépendance qui leur est reconnu et sa limite, tant matérielle que formelle, réside uniquement dans les limites de la mission de l'autorité. Dès lors, une fois instituée, l'autorité administrative indépendante dispose du « pouvoir minimum »¹⁶ – et informel – d'exercer une influence dans le cadre de ses missions, notamment par le biais de l'émission d'actes non obligatoires.

546. De plus, la formalisation des actes à visée recommandationnelle, qu'elle soit le résultat d'une disposition légale ou de la pratique des AAI, participe à renforcer d'une certaine manière leur influence. Aussi poussée soit-elle, cette formalisation ne leur ôte pas par principe leur caractère non obligatoire¹⁷. L'édition d'actes à visée recommandationnelle n'est pas une activité juridique au même titre que l'adoption d'une décision administrative ou la conclusion d'un contrat de droit public en ce qu'elle ne crée pas de lien juridique entre le destinataire et le destinataire. En résumé, sans remettre en question l'absence de juridicité de la norme recommandationnelle – l'acte en question ne créant pas de lien de nature juridique -, celle-ci n'en apparaît pas moins « juridique » en ce qu'elle peut être soumise à des règles de compétence

¹⁴ Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », art. cit., p. 651.

¹⁵ Parmi d'autres : Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », art. cit. ; L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit. ; Y. GAUDEMET, « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, 2017, p. 25.

¹⁶ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 308 ; Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, sur les autorités administratives indépendantes, 15 juin 2006, Assemblée nationale et Sénat, Tome I, p. 50.

¹⁷ À propos des avis du Conseil d'État, Hélène HOEPPFNER constatait notamment que leur « formalisation favorise l'apparition [de leur] caractère impératif » (H. HOEPPFNER, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA*, 2009, n° 6, p. 895). En effet, même si parfois le destinataire n'est pas convaincu, l'expression formalisée d'un avis peut le faire hésiter quant à la portée réelle de l'acte et l'inciter à s'y conformer (T. REVET, « Rapport introductif », art. cit., p.8).

plus ou moins précises. L'émergence d'une juridicité formelle des actes à visée recommandationnelle correspond à la juridicité contentieuse des actes à visée recommandationnelle, mais ne remet pas nécessairement en question la spécificité des normes juridiques ni celle des normes recommandationnelles.

547. Si elle ne s'accompagne pas d'une inscription dans une procédure particulière d'édiction d'une décision ou si elle n'en précise par les conditions d'exercice, l'habilitation légale apparaît dès lors surabondante d'un point de vue juridique. Il faut considérer cette activité comme un tout. En effet, lorsque le législateur mentionne dans le texte constitutif de l'autorité la possibilité d'émettre une recommandation, c'est moins l'acte susceptible d'être adopté et ses conditions de formation que la nature de l'intervention de l'autorité que le législateur vise. Dans ce cas, le texte n'en prévoit pas nécessairement les modalités de formation¹⁸. Cette mention a pour principale portée de décrire les modalités d'action de l'institution pour remplir sa mission. Il s'agit donc de déterminer ses modes d'intervention. À défaut de compétences décisionnelles, le législateur se contente, dès lors, de mentionner dans l'article général relatif aux missions de l'autorité la possibilité pour l'instance d'émettre une recommandation ou un avis¹⁹. Certains n'y voient qu'une simple « officialisation »²⁰ du pouvoir d'influence ; ce qui ne remettrait pas en question le caractère intrinsèquement informel des actes à visée recommandationnelle. Toutefois, il convient d'accorder une attention particulière à ce qui constitue une étape importante dans le processus d'institutionnalisation de leur magistrature d'influence. Parfois, cette prévision vise à écarter des obstacles juridiques à l'exercice d'une magistrature d'influence²¹. N'y voir qu'une simple « officialisation » nous paraît ne pas tenir compte de l'intérêt qui découle de la reconnaissance de cette compétence, intérêt allant au-delà de la seule réglementation de l'exercice d'une magistrature d'influence. La compétence d'édicter un acte à visée recommandationnelle n'est pas une compétence dont disposent les AAI au même titre que celle d'édicter un acte réglementaire ou une sanction. Elle est avant tout la reconnaissance

¹⁸ Par exemple, concernant l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), le législateur a ciblé dans le premier article relatif à ses missions, celle de surveillance, de veille et, à la fin, celle d'émettre des avis et des propositions. Ce qui renvoie à l'exercice d'une mission consultative générale fondée sur une expertise spécifique (Article 34 I. al.3 et 4 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *JORF*, n° 0110, 13 mai 2010, p. 8881, texte n° 1).

¹⁹ Cette consécration peut trouver une portée concrète lors de l'attribution de moyens à l'autorité par le législateur. Elle permet à l'autorité de prévoir en conséquence la proposition de son budget annuel. Ainsi par exemple, l'Autorité de régulation de la distribution de la presse, aux termes de l'article 18-5 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques (version consolidée au 1^{er} août 2016), dispose des crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

²⁰ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p. 332.

²¹ Il en va ainsi des limites matérielles à la diffusion des actes à visée recommandationnelle ou de l'inscription de ces actes dans un mécanisme incitatif.

d'un certain pouvoir sur les conduites et, le cas échéant, peut s'accompagner d'une réglementation de son exercice. Affirmer le contraire revient à nier la singularité du phénomène recommandationnel, d'une part, et la différence qui existe entre la compétence relative à la création, l'application ou la sanction d'une règle de droit et la manifestation d'un pouvoir d'influence sans effet juridique direct, d'autre part²². Dès lors, cette habilitation législative a pour vocation première de favoriser l'acceptation de l'exercice d'un tel office, participant ainsi à légitimer une pratique spécifique d'exercice du pouvoir. Il est parfois nécessaire de lever les réticences ou de renforcer l'acceptabilité de recommandations dans un domaine spécifique par une consécration dans la loi constitutive de l'autorité du pouvoir d'émettre de tels actes. Il en va ainsi des recommandations en équité du Défenseur des droits²³ qui consistent à inviter l'administration à régler en équité la situation de la personne dont il est saisi, en allant au-delà parfois du cadre légal applicable à la situation. La prévision dans le texte de loi peut aussi consister en une incitation à exercer une magistrature d'influence selon une procédure déterminée ou de pousser plus loin son exercice. À cet égard, l'attribution d'une faculté d'auto-saisine²⁴ à l'Autorité de la concurrence indique à cette dernière – par la reconnaissance de sa liberté de parole – que son expertise est attendue.

548. En définitive, si la nature intrinsèquement informelle des actes à visée recommandationnelle n'est pas remise en question par leur formalisation, il convient d'admettre que leur expression est de moins en moins informelle. La consécration de la faculté d'émettre des avis et des propositions dans les textes constitutifs des autorités consiste donc surtout à reconnaître à l'autorité une magistrature d'influence sur les comportements des acteurs d'un

²² Les AAI peuvent décider d'émettre un avis ou une recommandation même sans qu'un texte en prévoie spécifiquement cette compétence. Dans ce cas, l'habilitation peut n'être que la reconnaissance dans le texte constitutif de l'autorité d'un pouvoir que cette dernière s'est déjà elle-même donnée. Par exemple, c'est sans aucune base textuelle que le Médiateur formula et formalisa ses premières propositions de modification de la loi et des règlements dans ses rapports annuels ; avant que cette activité de proposition soit entérinée par la loi du 24 décembre 1976 « complétant » ainsi la loi constitutive de l'institution. Selon cette loi, le Médiateur peut « suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs ou réglementaires » (Article 3 de la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976 complétant la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur, *JORF*, 28 décembre 1976, p. 7493).

²³ La notion d'équité avait été introduite dans la loi du 24 décembre 1976, modifiant l'article 9 de la loi de 1973. La loi précise que « lorsqu'il apparaît au Médiateur, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à une iniquité, il peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la solution du requérant [...] ».

²⁴ Outre les avis que l'Autorité de la concurrence est amenée à rendre à la suite de saisines de tiers, elle dispose, depuis le 2 mars 2009, de la faculté de rendre des avis de sa propre initiative « sur toute question concernant la concurrence ». Son intervention n'étant plus conditionnée par celle des tiers, l'Autorité peut ainsi intervenir chaque fois qu'elle l'estime nécessaire sur tout sujet de concurrence, quel que soit le secteur économique (article L462-4 du Code de commerce). Dans ce cas, la formalisation ne présente qu'une étape supplémentaire dans le processus d'institutionnalisation de la magistrature d'influence des AAI.

secteur déterminé ou une magistrature de conseil à l'adresse des pouvoirs publics sur tous les sujets qui entrent dans son champ de compétence.

§2 L'établissement d'un modèle d'exercice de la magistrature d'influence

549. Au-delà de la reconnaissance de l'exercice d'une magistrature d'influence, la réglementation de celui-ci peut aussi permettre d'en définir un modèle. Dans ce cas, figurent dans les textes constitutifs des AAI tant l'habilitation d'émettre un acte à visée recommandationnelle que les modalités précises de son expression. On observe donc un développement des règles de procédure et de forme qui participent à l'institutionnalisation de la magistrature d'influence par l'adoption d'une réglementation de l'émission de certains actes à visée recommandationnelle. En résumé, ces règles ressortent de la fonction classique des normes d'habilitation : elles ne sélectionnent pas uniquement les agents qui peuvent participer à l'interaction de pouvoir, fût-il d'influence, mais participent aussi à déterminer ce qui doit être fait et comment il faut agir dans le cadre de cette interaction²⁵. Dans ces cas, la compétence d'édicter ces actes est soumise à certaines conditions, le plus souvent peu contraignantes, relatives au titulaire de la compétence, au moment de l'édiction de l'acte et au domaine concerné ainsi que, le cas échéant, à des principes d'exercice spécifiques.

550. De façon moins fréquente, les dispositions relatives à l'édiction d'un acte à visée recommandationnelle s'attachent à imposer aux autorités des conditions formelles plus précises. Il peut s'agir du choix du support de publication, comme la publication au *Journal officiel*²⁶, ou au contenu de ce qui est publié. Par exemple, la loi impose que le rapport annuel de la Commission nationale de techniques des renseignements (CNCTR) contienne certaines indications qui sont listées à l'article L. 833-9 du Code de la sécurité intérieure²⁷. Il est notamment prévu à l'article 10 du décret relatif au fonctionnement du Haut comité d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES) que les rapports d'évaluation du Comité d'expert comportent un argumentaire synthétique sans notation sur la qualité de l'entité

²⁵ J. LAGROYE, B. FRANÇOIS et F. SAWICKI, *Sociologie politique, op. cit.*, p. 139.

²⁶ Il en va ainsi des publications exceptionnelles du Défenseur des droits (article 25 al.3 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497) dispositions reprises de l'ancienne Commission nationale de déontologie de la sécurité (Article 7 al. 3 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JORF*, n°131, 7 juin 2000, p. 8562, texte n° 2).

²⁷ Le rapport public de la CNCTR fait état du nombre, sous réserve du respect du secret de la défense nationale et sans révéler des procédures ou des méthodes opérationnelles, de réclamations dont la Commission a été saisie et des avis qu'elle a rendus. La loi précise notamment que la CNCTR doit faire état des recommandations qu'elle a adressées au Premier ministre et de suites favorables données à ces recommandations, ainsi que des observations qu'elle a adressées au Premier ministre et des avis qu'elle a rendus sur demande et des recours dont elle a saisi le Conseil d'État et de recours pour lesquels elle a produit des observations devant lui (article L833-9 du Code de la sécurité intérieure).

évaluée²⁸. Cette disposition concernant l'interdiction des notations s'explique au regard de la pratique de la précédente institution qui était mal perçue par le corps de la recherche. Par ailleurs, l'article 11 du décret relatif à l'organisation et au fonctionnement du HCERES prévoit que « pour les rapports d'évaluation des unités de recherche, seul le résumé final de l'évaluation, présentant une synthèse des avis et recommandations, est rendu public »²⁹.

551. Ensuite, le temps dans lequel s'inscrit l'exercice d'une magistrature d'influence fait aussi parfois l'objet d'un encadrement. Il s'agit de la compétence *ratione temporis*. Par exemple, la magistrature d'influence peut s'inscrire dans le cadre délimité d'une procédure d'édiction d'une décision ou peut s'exercer « à tout moment ». Le législateur peut ainsi prévoir que l'autorité bénéficie d'une plus ou moins grande marge de manœuvre dans ses interventions. Par exemple, aux termes de l'article L. 833-10 du Code de la sécurité intérieure³⁰, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) « peut adresser au Premier ministre, à tout moment, les observations qu'elle juge utiles ».

552. Enfin, l'établissement de règles de compétence conditionnant l'aptitude à adopter des actes à visée recommandationnelle s'accompagne désormais d'une procéduralisation de la magistrature d'influence dans l'édiction et la diffusion de l'acte à visée recommandationnelle. On peut s'attarder sur les attributions du Défenseur des droits qui offrent une illustration concrète de la réglementation du pouvoir d'émettre des recommandations sur le modèle d'un acte administratif unilatéral décisoire. Ainsi, la loi du 29 mars 2011 dispose en son article 25³¹ que le Défenseur

« peut faire toute recommandation qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement./ Il peut recommander de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi./ Les autorités ou personnes intéressées informent le Défenseur des droits, dans le délai qu'il fixe, des suites données à ses recommandations. /À défaut d'information dans ce délai ou s'il estime, au vu des informations reçues, qu'une recommandation n'a pas été suivie d'effet, le Défenseur des droits peut enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires./ Lorsqu'il n'a pas été donné suite à son injonction, le Défenseur des droits établit un rapport spécial, qui est communiqué à la personne mise en cause. Le

²⁸ Décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, *JORF*, n° 0265, 16 novembre 2014, p. 19308, texte n° 10.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Créé par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, *JORF*, n° 0171, 26 juillet 2015, p. 12735.

³¹ Article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

Défenseur des droits rend public ce rapport et, le cas échéant, la réponse de la personne mise en cause, selon des modalités qu'il détermine ».

553. Le caractère de ce texte ne fait aucun doute quant à sa nature d'habilitation dont le juge est susceptible de sanctionner l'existence dans les cas où il accepte la recevabilité du recours dirigé contre l'acte qui en résulte. Notamment, conformément à l'article 25 al. 3 de la loi du 29 mars 2011, si le Défenseur peut déléguer certaines de ses attributions à ses adjoints, au regard de leurs domaines de compétence respectifs, il ne peut pas déléguer son pouvoir de publication d'un « rapport spécial ». Il apparaît dès lors possible d'envisager l'annulation la publication d'un tel rapport au motif qu'il serait le fait de l'adjoint chargé de la déontologie dans le domaine de la sécurité par exemple. Cette consécration s'apparente à l'organisation, l'encadrement de l'exercice d'une magistrature d'influence *lato sensu* dont l'une des manifestations peut être l'adoption d'une recommandation ou d'un avis. Celle-ci ne remet pas cause le fait que l'influence est avant tout un processus, plutôt qu'une procédure.

554. Le législateur tient compte du fait que ces actes sont susceptibles d'avoir des conséquences concrètes sur la situation des particuliers ou qu'ils sont susceptibles de conduire à des atteintes concrètes aux droits des particuliers ou des personnes morales. L'imposition d'obligation de procédure vise, dès lors, à garantir les droits des administrés contre l'exercice d'un pouvoir à leur égard, selon des modalités proportionnées à l'importance du sujet traité. Ces règles d'exercice de la magistrature d'influence s'inspirent le plus souvent du régime juridique applicable aux actes administratifs unilatéraux décisifs sans pour autant recouvrir la même finalité. C'est le cas notamment des avis rendus à la suite d'une procédure de contrôle ou d'évaluation d'une activité qui mettent en lumière un comportement ou un fonctionnement dont les effets, non systématiques en droit, sont susceptibles d'être déterminants, en pratique, sur la situation des administrés. Par exemple, les entreprises et acteurs du secteur économique manifestent souvent le souhait que la procédure d'avis de l'Autorité de la concurrence soit soumise au principe de transparence et de participation³². Cela permettrait de prendre connaissance en amont de la préparation d'un avis de son contenu afin de faire toute observation utile. Il convient de constater que de nombreuses bonnes pratiques existent déjà en la matière. En effet, certaines AAI ont pris l'habitude d'organiser des consultations publiques sur leurs projets d'avis ou de recommandations. Dans ce cas, l'intervention du législateur aurait pour

³² Le caractère informel de la procédure suivie par l'Autorité en matière d'avis a été parfois critiqué par comparaison avec la pratique de la Commission européenne dans ses enquêtes sectorielles : M. De DROUAS, P. HUBERT et C. FAURANT, « Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2011, n° 3, p. 230-234.

finalité de systématiser ou pérenniser ces procédures. À propos des lignes directrices³³, Laurent CYTERMANN mentionne les principes « d'administration délibérative » qui ont été dégagés par le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2011 *Consulter autrement, Participer effectivement*. Il s'interroge sur le fait de savoir dans quelle mesure ces principes, qui portent sur l'accessibilité des informations utiles à la concertation, à la loyauté de celle-ci, à l'existence de délais raisonnables pour présenter des observations ou encore à la diffusion d'une information sur les suites données à la concertation, ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des instruments recommandationnels des AAI³⁴. Soucieux de ne pas limiter l'intervention des autorités par l'usage d'instruments, il en conclut que ces principes ont vocation à s'appliquer, mais « selon des modalités proportionnées à l'importance du sujet traité »³⁵.

555. En effet, cette réglementation par la loi, par définition moins évolutive et adaptable que les bonnes pratiques mises en place par les AAI elles-mêmes, ne peut s'établir sans évaluer l'intérêt qu'il y a de recourir à des instruments qui se caractérisent par leur caractère informel, c'est-à-dire leur souplesse d'élaboration et de diffusion. Cette réglementation ne peut être que partielle. Il convient d'éviter d'imposer des obligations trop strictes qui risqueraient à terme de faire perdre les avantages d'une magistrature d'influence. Ce qui revient *in fine* à s'interroger sur le bien-fondé, par exemple, d'une régulation fondée sur la persuasion qui imiterait en tout point la régulation juridique traditionnelle. Lorsqu'un besoin de garantie contre un pouvoir exercé par une autorité se fait ressentir, il peut s'avérer utile d'ouvrir la discussion sur le fait de lui accorder ou non un pouvoir de décision suivant les règles classiques de la procédure administrative.

Section 2. L'accroissement limité des garanties au profit des destinataires des actes à visée recommandationnelle

556. Prévoir dans la loi la faculté d'une autorité administrative d'édicter des recommandations peut parfois s'accompagner de l'imposition de certaines obligations. Les effets sur le comportement des individus des manifestations informelles du pouvoir d'influence des AAI ont suscité une prise de conscience du législateur³⁶ qui tend désormais à renforcer les garanties au bénéfice des destinataires des actes à visée recommandationnelle sur le modèle des

³³ Cf. P3. T1.

³⁴ L. CYTERMANN, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France », art. cit., p. 1127.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », art. cit., p. 176.

actes administratifs unilatéraux décisifs³⁷. Ce renforcement concerne les règles de forme et de procédure qui se distinguent des règles de compétence relatives à la qualité de l'auteur et à son habilitation légale à prendre une décision. Outre la détermination de l'objet et de l'étendue du pouvoir d'édicter une recommandation, le législateur soumet parfois ce procédé à des règles de procédure telles que l'obligation de motiver ces actes non décisifs (§1), le respect du droit d'être entendu (§2) ou encore le respect de certaines règles de publicité (§3). Cet accroissement des garanties concerne tant les avis émis dans le cadre d'une procédure d'édition d'une décision³⁸ que les avis ou recommandations émis spontanément ou à l'issue d'une procédure d'évaluation. L'émergence d'un droit des actes à visée recommandationnelle se fait donc au cas par cas.

§1 La motivation obligatoire

557. Les actes à visée recommandationnelle des AAI, par nature non décisifs et sans lien avec une forme juridique en particulier, n'entrent dans aucune des catégories de décisions dont l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public³⁹ – désormais codifié à l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) – exige la motivation. Cette obligation, aussi importante soit-elle pour les actes décisifs individuels défavorables, ne peut dès lors être appliquée aux actes à visée recommandationnelle que si le législateur en a prévu explicitement l'expression. Lorsqu'elle existe, l'organe en charge d'émettre un tel acte doit, sur le modèle des dispositions de l'article L211-2 du CRPA applicable aux actes

³⁷ J.-P. ANDRIEUX, « Formes et procédures » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. « Quadrige », Paris, PUF-LAMY, 2003, p.747.

³⁸ Il convient de noter que la consultation, qui peut être tant facultative qu'obligatoire, obéit à des règles partiellement communes. Toutefois, les AAI et les API ne sont pas concernées par cette formalisation du droit de l'administration consultative (M. LE CLAINCHE, « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 39-48). En effet, le décret du 8 juin 2006 (dans sa rédaction issue du décret n° 2013-420 du 23 mai 2013, codifiée en partie depuis le décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 relatif aux dispositions réglementaires du Code des relations entre le public et l'administration), repris dans le Code des relations entre le public et l'administration (R.133-1 et s. du Code des relations entre le public et l'administration), qui a renouvelé l'encadrement des procédures administratives non contentieuses, les exclut explicitement de son champ d'application. Toutefois, les textes instituant les AAI prévoient de multiples consultations au bénéfice de l'administration active et des particuliers et prévoient pour chacune un encadrement spécifique, parfois plus rigoureux que les dispositions applicables à l'administration consultative. De plus, de façon générale, les AAI demeurent soumises aux règles jurisprudentielles de la consultation dans le cadre de leur fonction de conseil. Ainsi, les règles de procédure consultatives s'appliquent et le juge en assure le respect au regard des conséquences déterminantes sur la décision finale. Il doit être régulièrement composé et être nécessairement consulté et l'autorité administrative n'a pas la possibilité de consulter à sa place d'autres personnes ou d'autres organismes, auraient-ils une composition analogue (CE, Sect., 5 avril 1957, Syndicat des sylviculteurs du Sud-Ouest, Rec. Lebon p. 239).

³⁹ 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, *JORF*, 12 juillet 1979, p. 1711.

décisoires, exposer de façon complète et précise les raisons de fait et de droit qui l'ont conduit à adopter telle position plutôt qu'une autre⁴⁰. Cette obligation répond à trois besoins contemporains qui dépassent largement la seule catégorie des actes décisifs : elle permet la transparence de l'activité de l'administration ; éloigne les soupçons d'arbitraire ; et facilite le contrôle des choix et des positions des autorités administratives⁴¹. D'ailleurs, notons que, dans un souci d'assurer une réception optimale de leurs avis ou de leurs recommandations, la plupart des AAI s'imposent déjà à elles-mêmes une pratique de motivation détaillée de leurs actes non décisifs. Le législateur impose néanmoins une telle obligation à propos des avis ou propositions des AAI qui s'inscrivent dans le cadre d'une procédure d'édiction d'une décision, c'est-à-dire lorsqu'elles conseillent l'administration active. Il en va ainsi, par exemple, des avis que rend l'Autorité de la concurrence sur les projets de textes législatifs ou réglementaires⁴², des avis rendus par l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)⁴³ sur les projets d'investissements de SNCF Réseau qui dépasseraient un seuil fixé par décret et susceptible d'aggraver la dette de l'établissement public ou encore, de façon générale, des avis et propositions de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)⁴⁴. L'obligation de motivation dans ces hypothèses permet d'abord une visée pédagogique en permettant aux décideurs concernés de connaître l'argumentation de la position de l'autorité. Ensuite, lorsqu'elle est rendue publique, elle s'inscrit dans un processus de légitimation de la décision et de renforcement du contrôle de la procédure d'édiction de la décision. Par exemple, en ce qui concerne la Commission de régulation de l'énergie, l'obligation de motivation, introduite suite à un amendement sénatorial⁴⁵, était censée permettre de clarifier les principes applicables au mode de calcul des tarifs et de vérifier, en deuxième lieu, qu'ils répondent à un objectif d'aide aux plus démunis. La transparence par l'obligation de motivation des avis facilite également le

⁴⁰ Pour les actes décisifs : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, vol. I/II, p. 1129.

⁴¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 1131.

⁴² L'Autorité doit obligatoirement être consultée lorsqu'un projet de texte législatif ou réglementaire envisage de réglementer les prix ou de restreindre la concurrence (articles L410-2 et L462-2 du Code de commerce). L'Autorité rend alors aux pouvoirs publics un avis motivé, dans lequel elle formule ses observations sur le texte envisagé et propose le cas échéant des solutions alternatives plus compatibles avec la concurrence.

⁴³ Articles L2111-10-1 du Code des transports.

⁴⁴ Article L134-11 Code de l'énergie, anciennement l'article 32 al. 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

⁴⁵ Rapport n° 502 (1998-1999) de H. REVOL, au nom de la Commission des affaires économiques, sur le projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, Sénat, 29 septembre 1999.

contrôle de l'autorité par les administrés. En effet, ces derniers peuvent s'inspirer des motifs développés dans l'avis de l'autorité pour apprécier s'il y a matière à réclamation ou à recours⁴⁶.

558. Enfin, cette exigence de motivation, dans la continuité de la loi de 1979, devrait en théorie concerner surtout les avis ou les recommandations individuels, sous réserve de pouvoir identifier l'acte individuel en question. Ces actes déploient des effets concrets et sont susceptibles de porter des atteintes aux droits. Parfois, ils ont une importance comparable à celle des décisions. Par principe, l'avis relatif à une décision individuelle doit être en principe motivé, fut-ce sommairement. D'ailleurs, l'instance qui consulte doit démontrer, lorsque l'avis a été délivré oralement, que cette obligation a été réalisée⁴⁷. Pour autant, il est très rare que cette exigence ait été explicitement prévue par le législateur dans le cas des mises en garde, avertissements ou autres recommandations individuelles. Le plus souvent, ces actes sont l'expression d'une démarche informelle sans fondement textuel explicite. Néanmoins, on trouve un exemple à travers la formalisation du processus de médiation de Médiateur de l'énergie. Aux termes de l'article 3 du décret du 19 octobre 2007⁴⁸, le Médiateur se voit imposer une obligation de motivation de ses recommandations⁴⁹. Toutefois, cette obligation de motivation est présentée par l'institution comme une condition de l'amélioration du suivi des recommandations, et ce dans une perspective pédagogique, plutôt que comme un renforcement de la garantie des droits des administrés à proprement parler⁵⁰.

559. Pour conclure, il convient de noter que l'instauration d'une obligation de motivation est surtout imposée dans le cas des avis ou recommandations adoptés au bénéfice des pouvoirs publics, dans un objectif de transparence et de contrôle. Par ailleurs, étant donné que ces actes ne s'imposent pas au destinataire, sans qu'elle soit une obligation, la motivation fait partie intégrante du processus d'influence des autorités. En effet, l'autorité tend à persuader le destinataire de la valeur de sa position. Ce procédé appelle donc une argumentation susceptible d'emporter l'adhésion du destinataire de l'acte. La bonne réception de ces actes, qui ne s'imposent pas ni ne créent d'obligation, suppose donc la mise en place d'une démarche pédagogique, comprenant l'explication des motifs et du contexte de leur adoption.

⁴⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1131.

⁴⁷ CE, 28 déc. 2001, n° 232732, *Min. Int. c/ Benaouali*, inédit au Rec. Lebon, cité par V. TCHEN dans « Édition de l'acte administratif. Auteurs. Forme. Procédure », *JC Administratif*, Fasc. 107-20, 10 juillet 2016, § 165.

⁴⁸ Il est prévu que le Médiateur « formule sur le litige dont il a été saisi une recommandation écrite et motivée dans un délai de deux mois à compter de la date d'accusé de réception de la saisine » (Article 3 du décret n° 2007-1504 du 19 octobre 2007 relatif au Médiateur national de l'énergie, *JORF*, n° 245, 21 octobre 2007, p. 17319).

⁴⁹ Article L122-1 du Code de l'énergie.

⁵⁰ Médiateur de l'énergie, *Rapport d'activité 2014*, Paris, Médiateur de l'énergie, juin 2015, p. 111.

§2 Le droit de présenter des observations écrites ou orales

560. Sur le modèle de ce qui est applicable aux actes décisifs individuels, le législateur peut prévoir l'obligation pour l'autorité en charge d'émettre un avis ou une recommandation, que celle-ci soit générale ou individuelle, de mettre le destinataire ou les personnes intéressées en mesure de présenter des observations écrites ou orales, et ce afin de faire valoir leur point de vue. Cette obligation participe tant d'un renforcement de la qualité des actes que de l'amélioration de leur réception. En effet, la contradiction possède une vertu critique qui consiste à permettre à l'autorité de disposer des informations nécessaires à l'établissement de son expertise⁵¹. Dans ce cas, la prévision d'un dépôt d'observations participe, plus généralement, d'un processus de légitimation de l'acte à visée recommandationnelle.

561. Toutefois, la garantie d'être entendu se manifeste d'abord dans le cadre de l'application des droits de la défense et s'avère nécessaire lorsque les actes à visée recommandationnelles sont des « décisions de contrôle »⁵², c'est-à-dire lorsqu'ils ont été adoptés à l'issue d'une procédure de contrôle qui risque d'avoir une portée défavorable pour son destinataire. En effet, la portée individuelle et concrète de ces avis ou recommandations incite le législateur, ainsi que les autorités, à inclure la possibilité pour les personnes contrôlées de présenter leurs observations.

562. Ainsi, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, chargée de promouvoir la probité des responsables publics, reçoit et contrôle les déclarations de patrimoine et d'intérêts des plus hauts responsables publics. Au terme de son contrôle, la Haute autorité rend un avis sur les compatibilités. Elle est tenue de mettre « la personne concernée en état de présenter ses observations, sauf lorsqu'elle rend un avis de compatibilité sur saisine de la personne concernée »⁵³. On peut citer également le Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES) chargé d'évaluer les établissements d'enseignement supérieur et de recherche, les formations et les équipes de recherche, françaises comme étrangères. Lorsque le Haut conseil élabore ses rapports d'évaluation⁵⁴, il est tenu de les soumettre avant publication « aux responsables des entités évaluées en vue de recueillir leurs

⁵¹ Cf. P1. T2. Ch.1. Sect.3. §2.

⁵² A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, Thèse de doctorat, Université Robert Schuman, Strasbourg, France, 1973, p. 82 et p. 99-101.

⁵³ Article 23 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF*, n° 0238, 12 octobre 2013, p. 16829.

⁵⁴ Article 11 al. 2 décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, *JORF*, n° 0265 du 16 novembre 2014, p. 19308. Cet article dispose que les rapports « sont signés par le président du comité et soumis aux responsables des entités évaluées en vue de recueillir leurs observations ».

observations ». L'ensemble de ces dispositions participe à la consécration d'un véritable droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure *a priori* purement consultative.

563. Dans le silence des textes, l'ouverture d'un recours contre des actes administratifs unilatéraux individuels non décisifs devrait inclure le droit de présenter des observations comme une application du principe général du droit concernant les droits de la défense.

§3 Les règles de publicité

564. Les règles de publicité ne doivent pas se confondre avec la possibilité accordée aux AAI de diffuser leurs avis ou recommandations. Il est question ici de l'exigence de publicité lorsqu'un acte est susceptible d'avoir une importance particulière sur la situation d'un administré ou sur celle des membres d'un secteur que l'autorité régule. Il convient de noter qu'il n'existe pas d'obligation générale de publier les actes non obligatoires. Là encore, la publication des actes à visée recommandationnelle repose principalement sur des bonnes pratiques et sur une stratégie de communication qui varie d'une autorité à l'autre.

565. D'ailleurs, la généralisation progressive du principe de transparence est susceptible d'avoir une influence déterminante sur les règles de publication des actes à visée recommandationnelle ou plus largement sur les expertises des AAI. Ces actes, comme les autres documents officiels, sont en principe publics, sous réserve d'exceptions destinées à protéger certains intérêts publics et privés jugés prépondérants⁵⁵. Le législateur n'a toutefois pas attendu ce changement de paradigme pour instaurer progressivement diverses obligations de publication – pour les actes généraux et abstraits en principe – ou de notification – pour les actes individuels et concrets.

566. Dans un souci de transparence, le législateur peut prévoir la publication systématique des avis, recommandations et propositions que formule une AAI. Le plus souvent, cette publication se fait *via* le site internet de l'autorité, mais le législateur dans certains cas peut prévoir une publication solennelle au *Journal officiel*. Ainsi, par la modification de l'article 10 de la loi du 30 octobre 2007⁵⁶, le législateur a prévu que les travaux de portée générale du CGLPL, utiles à l'information des citoyens sur la situation des lieux de privation de liberté, seraient systématiquement publiés. Toutefois, il ne rend pas obligatoire la publication des rapports de visite, qui demeure donc une simple faculté. Cette systématisation de la publication

⁵⁵ Cf. P.1. T.2. Ch.1. Sect.3. §1.

⁵⁶ Article 6 de la loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *JORF*, n° 0122, 27 mai 2014, p. 8600, texte n° 1.

trouve ainsi une expression à l'article 10 de la loi du 30 octobre 2007 telle que modifiée⁵⁷ par le remplacement de l'expression « peut rendre » par « rend public ». La systématisation de la publication des avis ou recommandations d'une AAI revient néanmoins à déposséder en partie l'autorité de son pouvoir d'information. En effet, la systématisation conduit à faire perdre le caractère exceptionnel de la publication par l'autorité, ce qui peut conduire à affaiblir son impact sur l'opinion publique. Dans certains cas, il peut être nécessaire de laisser à l'autorité la pleine maîtrise de sa communication.

567. Dans la continuité de l'obligation de motivation des actes à visée recommandationnelle, il peut avoir été prévu de publier les avis en complément des arrêtés ou des décisions afin de permettre un contrôle par la transparence. Par exemple, concernant les avis et propositions de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), il est prévu que « lorsque l'autorité administrative prend sa décision après avis, ou sur proposition de la commission, elle doit procéder à la publication de ces avis ou propositions ou, s'il s'agit d'une décision individuelle, à leur notification à l'intéressé ». Aux termes du dernier alinéa de l'article 8 du décret du 10 mai 2001⁵⁸, « l'avis de la Commission de régulation de l'énergie est publié au *Journal officiel de la République française* en même temps que l'arrêté ». Toutefois, l'absence de publication de cette délibération au *Journal officiel* en même temps que l'arrêté n'entache pas ce dernier d'illégalité dans la mesure où l'avis n'a ni eu d'influence sur le sens de la décision prise, ni privé les intéressés d'une garantie, dès lors que la délibération en question a été mise en ligne sur le site internet de la Commission et que, le cas échéant, le requérant ait pu s'en prévaloir dans sa requête introductive d'instance⁵⁹.

568. Enfin, la publication constitue également une condition complémentaire permettant aux intéressés de présenter leurs observations. À titre d'exemple, la loi du 6 août 2015 a introduit l'exigence de contradictoire dans l'établissement de certains avis de l'Autorité de la concurrence (ADLC)⁶⁰. Ainsi, au terme de l'article L.462-4-1 al.2 du Code de commerce,

⁵⁷ Article 10 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, version consolidée au 03 novembre 2016.

⁵⁸ Décret n° 2001-410 du 10 mai 2001 relatif aux conditions d'achat de l'électricité produite par des producteurs bénéficiant de l'obligation d'achat, *JORF*, n° 110, 12 mai 2001, p. 7543, texte n° 2.

⁵⁹ CE, 23 novembre 2015, n° 381249, *Société Altus Energy et a.*, inédite au Rec. Lebon ; *AJDA*, 2015, p.2295, note PASTOR ; *Énergie-Envir.-Infrastr.* 2016, alerte 20, obs. TOUZEIL-DIVINA. Pour un autre exemple : le décret créant Cassiopée qui prévoit l'automatisation des procédures judiciaires a été publié au *Journal Officiel* sans l'avis de la CNIL rendu le 26 mars 2009, contrairement à ce que prévoit l'article 26 de la loi et alors même que la Commission avait été saisie sur ce fondement. Pour corriger ce manque, l'autorité a décidé de publier l'avis sur son site internet (délibération n° 2009-170 du 26 mars 2009 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État relatif au bureau d'ordre national automatisé des procédures judiciaires et au traitement dénommé « Cassiopée » [consultable sur legifrance.fr]).

⁶⁰ Article L462-4-1 al.3 et L462-4-2 al.5 du Code du commerce.

l'Autorité peut faire « toutes recommandations en vue d'améliorer l'accès aux offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation dans la perspective d'augmenter de façon progressive le nombre de ces offices ». Cette recommandation doit être « rendue publique dans un délai de cinq jours à compter de la date de cette ouverture, afin de permettre aux associations de défense des consommateurs agréées au niveau national pour ester en justice, au conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ainsi qu'à toute personne remplissant les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance requises pour être nommée par le ministre de la Justice en qualité d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, d'adresser à l'Autorité de la concurrence leurs observations ».

569. En conclusion, si l'absence de formalisme de ces actes est ce qui, en théorie, les distingue des actes porteurs d'une norme juridique, l'institutionnalisation de la magistrature d'influence passe tout de même par une réglementation, bien que limitée, du procédé recommandationnel. Cet accroissement limité des exigences formelles imposées aux autorités dans le cadre de l'élaboration des actes à visée recommandationnelle marque l'émergence d'un droit des actes à visée recommandationnelle. Toutefois, cette réglementation ne répond pas à une logique d'ensemble, elle s'opère au cas par cas. S'il est vrai que le principe de légalité s'impose à l'ensemble de l'activité administrative, c'est-à-dire également à l'adoption d'actes non décisifs, il serait excessif de soutenir que l'activité informelle des AAI est juridiquement réglée de manière générale.

Chapitre 2. Les conditions du contrôle juridictionnel des actes de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

570. Par sa décision *Retail* du 10 juillet 1981 rendue à propos du Médiateur de la République¹, le Conseil d'État a eu l'occasion de dissiper les doutes quant au contrôle juridictionnel des AAI dont l'activité consiste à exercer à titre principal une magistrature d'influence. Toutefois, ainsi que le concédait le commissaire du Gouvernement Michel FRANC dans ses conclusions, l'enjeu d'une telle qualification en ce qui concerne les autorités exerçant une magistrature d'influence se limiterait *a priori* aux décisions d'organisation, car les actes d'influence, fondés sur l'autorité morale de l'institution, ne pouvaient « par leur nature même »² faire l'objet d'un débat contentieux.

571. Jusqu'aux décisions du 21 mars 2016 introduisant une dérogation notable au principe de l'irrecevabilité des recours contre les actes non décisifs, il se dégageait de l'ensemble des arrêts relatifs aux avis et recommandations des AAI « une ligne jurisprudentielle stable »³. En effet, les « règles canoniques »⁴ d'accès au juge de l'excès de pouvoir – règles largement déterminées par le juge lui-même – ne permettaient pas de contrôler par ce biais l'exercice d'un simple pouvoir d'influence en ce que l'autorité n'aurait pas exprimé un impératif. Selon ces règles, un acte ne peut être contesté que s'il est susceptible d'être qualifié de décision faisant grief ou encore d'acte faisant grief. Ces deux expressions remplissent une fonction contentieuse équivalente et correspondent, au fond, à l'identification traditionnelle de l'acte juridique tel que l'a défini Charles EISENMANN, à savoir une opération établie par l'ordre juridique par laquelle sont produites des normes juridiques⁵. Pour déterminer la recevabilité du recours, le juge procède habituellement en deux étapes successives : il se prononce sur le caractère décisif de l'acte ; avant d'évaluer que ses effets juridiques se trouvent suffisamment établis, autrement dit que l'acte en question fait grief. La distinction entre le caractère décisif et le « grief » d'un

¹ CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, précité.

² M. FRANC, conclusions sur l'arrêt *Retail*, 1981, *RDP*, p.1448 et s.

³ P. IDOUX, « L'absence de justiciabilité des avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence », *RJEP*, mai 2013, p. 20.

⁴ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, décembre 2012, n° 43, p. 2373-2375.

⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, op. cit., p. 373.

acte administratif unilatéral recouvre la distinction entre l'habilitation à imposer d'une part et les effets juridiques liés à l'exercice de cette habilitation d'autre part.

572. Si les AAI peuvent influencer le comportement d'un individu ou d'un organe investi d'un pouvoir de décision, elles n'affectent pas de façon déterminante par une contrainte légale ou réelle leur pouvoir de déterminer librement leur action. Dès lors, la circonstance que ces actes produisent des effets sur la situation du requérant ne suffit pas à rendre le recours pour excès de pouvoir recevable. Leur nature est purement indicative, et ce même si la volonté de leur auteur et les conditions d'émission de l'acte les portent dans les faits au seuil de l'acte décisore⁶. Le simple constat de leur nature non décisore suffisait, jusqu'aux décisions du 21 mars 2016, en principe à les exclure du prétoire. Cette jurisprudence a été fréquemment contestée. Pour ses contempteurs, elle témoignait de la cécité du juge face au pouvoir réellement exercé par les AAI à travers leurs avis, recommandations, communiqués ou autres prises de position. Pourtant, cette lecture du contrôle juridictionnel est cohérente si l'on s'en tient au principe, rappelé à l'article R421-1 du Code de justice administrative, selon lequel le juge administratif ne peut être saisi que d'une décision administrative préalable, c'est-à-dire d'un acte qui entraîne une modification de l'ordonnement juridique : soit par l'ajout d'une norme nouvelle, soit par la suppression d'une norme, voire par le maintien d'une norme existante à la suite du refus opposé à une demande de modification.

573. Le contrôle permettait toutefois déjà de faire barrage à l'intention de l'autorité administrative d'échapper aux contraintes formelles en substituant aux décisions un acte dont la portée en pratique n'est pas moins importante. En effet, le principe d'irrecevabilité des recours dirigés contre les actes à visée recommandationnelle n'interdit pas au juge de l'excès de pouvoir de procéder, si les circonstances l'exigent, à une requalification des actes à visée recommandationnelle lorsqu'ils s'avèrent dans les faits s'imposer au requérant (Section 1).

574. L'idée selon laquelle le pouvoir qui résulte de l'exercice d'une magistrature d'influence n'est pas de ceux dont on peut par principe abuser est apparue discutable. En effet, l'irrecevabilité des recours dirigés contre des actes manifestant l'exercice d'un tel pouvoir a pour conséquence de faire bénéficier une pratique de direction des conduites d'une immunité objective au regard de la hiérarchie des normes, et ce quel que soit l'intérêt que les administrés trouveraient dans l'annulation de l'acte en question. La substitution d'actes *a priori* non décisores à des décisions dans certains domaines afin de privilégier une régulation par la

⁶ P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, op. cit., p. 102.

persuasion plutôt que par le commandement, nécessite quelque réajustement des voies de contrôle afin d'éviter le contournement des contraintes formelles attachées à l'exercice d'un pouvoir de décision.

575. L'ampleur du phénomène recommandationnel a conduit le juge a reconsidéré sa position dans deux décisions du 21 mars 2016⁷. Si il rappelle la pertinence du principe d'irrecevabilité, il pose néanmoins les jalons d'un recours juridictionnel contre les actes à visée recommandationnelle au regard de leurs effets réels. La portée de ces décisions entraîne un glissement de la juridicité contentieuse de l'acte administratif unilatéral du critère matériel à son critère formel. Il permet d'envisager à terme l'abandon définitif du principe d'irrecevabilité contre les actes non décisives (Section 2)⁸.

Section 1. L'impératif comme condition stricte d'un contrôle des actes à visée recommandationnelle

576. Michel VIRALLY dans sa célèbre étude sur la valeur des recommandations en droit international émit le constat selon lequel « les mots employés [...] comptent moins que la réalité qu'ils signifient »⁹. Force est de constater qu'il en va de même en droit interne à propos des actes à visée recommandationnelle. Si la qualification des actes par leurs auteurs constitue un indice pertinent quant à la nature de l'acte émis ; il arrive néanmoins que les termes employés pour les caractériser ne correspondent pas à la réalité du pouvoir exercé¹⁰. Ce décalage soulève le problème des « fausses » magistratures d'influence suivant l'idée que sous une magistrature d'influence peut aussi se loger un véritable pouvoir de décision¹¹.

577. Le recul de l'impératif au profit du persuasif peut n'être qu'une simple apparence, une erreur d'étiquetage ou un changement de ton prudent, qui n'enlève rien au caractère impératif des normes émises. Pour contrer le détournement des formes par l'auteur de l'acte, le juge ne s'arrête pas à la qualification de l'acte ; il s'intéresse avant tout à la réalité du contenu de l'acte. En effet, si l'acte produit des conséquences de droit, quelle que soit sa dénomination, il doit en

⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, Rec. Lebon, p.71, concl. S. VON COESTER, p. 81 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, Rec. Lebon, p.88, concl. V. DAUMAS, p. 93.

⁸ Sur ce sujet, voir : H. PAULIAT, « La contribution du droit souple au désordre normatif », *RDJ*, 2017, pp. 59 et s.

⁹ M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », art. cit., p. 68.

¹⁰ J. FRAYSSINET, « Les recommandation de la CNIL et le contrôle de légalité du juge administratif », art. cit., p. 9 ; M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », art. cit., p. 68.

¹¹ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », Fasc. 75, art. cit., p. 96.

toute logique être susceptible de faire l'objet d'une contestation devant le juge de l'excès de pouvoir. Il en va ainsi des actes dénommés avis, circulaire, instruction, recommandation ou des simples communiqués qui, après un examen complet des fondements et des circonstances de leur énonciation, s'avèrent porteurs d'une norme juridique générale ou individuelle susceptible de faire grief par elle-même aux requérants. Cette opération de requalification s'est trouvée être la seule manière pour le juge de contrôler des normes impératives soustraites par l'artifice de la dénomination au champ de la légalité¹².

578. Loin d'être systématique, cette opération de requalification est conditionnée à l'identification d'un impératif dont le juge détermine les critères (§ 1). Face au renouvellement des pratiques de gouvernement, le juge a été amené à une approche pragmatique, plus réaliste, de la configuration des pouvoirs afin de saisir l'impérativité au-delà de l'acte lui-même, parfois même au-delà de la volonté de l'autorité administrative elle-même (§ 2).

§1 Les requalifications ponctuelles des actes à visée recommandationnelle

579. Sans mettre fin à l'orthodoxie selon laquelle le juge tient compte d'abord de l'obligation nouvelle créée par la décision et seulement ensuite du grief causé à un administré, le juge accepte ponctuellement d'admettre plus largement la recevabilité d'un recours contre un acte administratif dès lors qu'il s'impose de façon incontestable et que l'on n'est pas en présence d'une mesure préparatoire. Lorsque le juge requalifie un acte non décisoire en acte décisoire, il restitue à ce dernier son objet et sa fonction réels cachés derrière des qualifications trompeuses. En ce sens, la requalification d'un acte ne constitue pas une dérogation au principe d'irrecevabilité, mais une réduction du champ des actes non décisores.

580. L'observation de la jurisprudence du Conseil d'État permet de distinguer de manière didactique deux catégories d'actes susceptibles de faire l'objet d'une requalification. La première correspond aux « fausses appellations »¹³, c'est-à-dire les actes qui sous couvert de l'appellation « recommandations » ou « avis » ont un caractère contraignant et s'imposent à leurs destinataires en vertu d'un texte (A). La seconde catégorie correspond à l'appréhension au cas par cas de l'impérativité des dispositions de l'acte au regard du contexte d'énonciation de la norme (B).

¹² J.-M. PONTIER, « L'infra-réglementaire : une puissance méconnue », *AJDA*, juin 2014, n° 22, p. 1256-1957.

¹³ J. FRAYSSINET, « Les recommandation de la CNIL et le contrôle de légalité du juge administratif », art. cit., p. 16.

A. La requalification des « fausses appellations »

581. La contradiction entre la dénomination « recommandation » et la nature impérative de l'acte résulte parfois d'un décalage entre l'étendue des missions confiées à l'autorité et l'insuffisance des compétences effectivement dévolues. Dans certaines hypothèses liées aux contingences attachées à la procédure législative, il peut être attribué un pouvoir de recommandation qui, au regard de l'agencement des pouvoirs et des missions, s'avère dans les faits correspondre à une « tromperie grossière sur la marchandise »¹⁴, c'est-à-dire s'analyse comme l'attribution d'une compétence décisionnelle malgré ce qui s'avère être, en définitive, une erreur d'étiquetage.

582. L'exemple des autorités successives en charge de la régulation du secteur audiovisuel est sur ce point exemplaire. Depuis la création de la Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA) – ancêtre du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) –, les autorités successives dans ce secteur ont toujours disposé d'un large pouvoir de recommandation. Le CSA dispose ainsi d'un pouvoir de recommandation à l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986¹⁵, disposition centrale qui lui permet d'explicitier les obligations résultant des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication¹⁶. À côté de ce pouvoir général de recommandation, l'autorité peut également adresser des recommandations sectorielles en application de certains articles de la loi du 30 septembre 1986, comme en matière de pluralisme¹⁷ ou de placement de produits dans les programmes des services de télévision par exemple¹⁸. L'absence dans la loi de définition des modalités d'application du pluralisme lorsqu'il se rapporte au contenu des programmes nécessite que le CSA explicite par avance ces modalités et le comportement qu'il appartient aux services de radio et de télévision d'adopter pour s'y conformer afin de ne pas s'exposer aux sanctions prévues par la loi. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont progressivement levé le voile sur la nature juridique de ces actes.

583. La question s'est posée pour la première fois dans l'affaire *Labbé et Gaudin* jugée en Assemblée par le Conseil d'État le 20 mai 1985¹⁹. Le recours portait sur la légalité d'une

¹⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹⁵ Créé à l'article 1 (V) de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF*, 22 juin 2004, p.11168.

¹⁶ Anciennement au dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), *JORF*, 1 octobre 1986, p. 11755.

¹⁷ Article 16 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, *précitée*.

¹⁸ Article 14-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, *précitée*.

¹⁹ CE, Ass., 20 mai 1985, n° 64146, *MM. Labbé et Gaudin*, Rec. Lebon p. 157 ; *RFDA*, 1985, p. 554.

recommandation relative aux interventions mensuelles du Premier ministre sur les antennes d'une société de programmes adoptée le 11 octobre 1984 par la HACA, ancêtre du CSA, sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1982, rédigé en des termes similaires à l'article 13 de la loi de 1986. Cette disposition prévoyait que l'autorité était « chargée de veiller par ses recommandations, dans le service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision : au respect du pluralisme et de l'équilibre dans les programmes »²⁰. La haute juridiction n'étaye pas dans les motifs de sa décision les raisons de sa solution quant à la nature juridique de la recommandation de la HACA. Elle se contente de constater que l'autorité en question a « [décidé], par la recommandation attaquée » que les formations « doivent disposer » d'un temps d'antenne équivalent. Or, la Haute autorité se défendait d'avoir voulu poser une quelconque règle nouvelle par l'adoption de cette recommandation. Toutefois, le commissaire du Gouvernement de l'époque ne s'en est pas tenu à la volonté rapportée de l'autorité indépendante. Il se réfère plutôt aux travaux préparatoires de la loi et à la précision des prescriptions avant de conclure qu'il ne peut s'agir que d'une décision faisant grief²¹. Saisi de l'article 13 de loi de 1986, rédigé en des termes similaires à l'article 14 de la loi de 1982, le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision du 18 septembre 1986²² que la CNCL – ancêtre du CSA – « 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, tout 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 »²³. Le Conseil en conclut donc que la disposition habilitant la CNCL à adopter des recommandations en matière de pluralisme des courants de pensée et d'opinion doit s'apprécier comme l'expression d'une délégation de compétence réglementaire. Il s'en tient à une lecture des compétences de la CNCL à la lumière de ses missions : il effectue donc une recherche de la volonté du législateur. Or le « nouveau statut » accordé à la liberté de communication pèse fortement dans la lecture des compétences de la nouvelle institution. La nature décisionnelle des recommandations du CNCL trouve dès lors son fondement dans la valeur constitutionnelle de la mission confiée à l'autorité. En effet,

²⁰ Il était prévu à l'article 14-I de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (*JORF*, 30 juillet 1982, p. 2432) que « sous réserve des dispositions législatives et réglementaires applicables, la Haute autorité est chargée de veiller par ses recommandations, dans le service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision : au respect du pluralisme et de l'équilibre dans les programmes ».

²¹ M. ROUX, conclusions sur CE, Ass., 20 mai 1985, *MM. Labbé et Gaudin, RFDA*, 1985, p. 556.

²² Cons. const., décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, *JORF* du 19 septembre 1986, p.11294 ; L. FAVOREAU, note, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399 ; P. WACHSMANN, note sous décision, *AJDA*, 1987, p.114 ; B. GENEVOIS, note sous décision, *Annuaire international de jurisprudence constitutionnelle*, 1986 n° II-1986, p.411-466.

²³ Cons. const., décision n° 86-217 DC, *précitée*, considérant §14.

les exigences de l'objectif à valeur constitutionnel de pluralisme²⁴, désormais consacré aux articles 4 et 34 de la Constitution, impliquent que l'autorité doive agir et que ces mesures aient une portée impérative²⁵.

584. Le Conseil d'État aura l'occasion, au gré des recours contre les recommandations du CSA, de préciser la portée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Désormais, lorsqu'une recommandation du CSA « précise l'application » des dispositions législatives, plutôt qu'elle ne les interprète, elles s'imposent aux services de radiodiffusion et de télévision auxquels elle est destinée. Ainsi en va-t-il des recommandations sectorielles adoptées sur le fondement de l'article 16 de la loi du 30 septembre 1986²⁶ permettant au CSA de préciser les modalités d'application de l'exigence d'un traitement équitable dans l'accès à l'antenne des différentes listes en présence en période de campagne électorale, qui sont considérés comme des actes décisifs de portée réglementaire²⁷. Il en va de même des recommandations prises sur le fondement combiné des articles 3-1 et 15 de la loi de 1986 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité de la personne dans les programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle²⁸. Dans son arrêt *Hollande et Mathus* du 8 avril 2009²⁹, examinant la légalité d'un refus de recommander du CSA, le Conseil d'État a eu l'occasion de reprendre à son compte la position du Conseil constitutionnel en considérant que les dispositions des articles 1^{er}, 3-1 et 13 de la loi de 1986 attribuent *in fine* une compétence réglementaire ayant pour finalité de préciser les modalités d'application du pluralisme. Il a suivi en cela les préconisations de son Rapporteur public³⁰ lequel constatait que, malgré une modification de la rédaction des dispositions de la loi entre temps, les missions du CSA n'avaient pas substantiellement changé depuis la décision du Conseil constitutionnel ; et que, dans ces conditions, l'interprétation du Conseil constitutionnel « reste pleinement valable »³¹. En définitive, la plupart des recommandations adoptées pour

²⁴ Pour une contextualisation de la réaffirmation de cet objectif à valeur constitutionnel : B. GENEVOIS, note sous décision n° 86-217 DC, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, n° II-1986, p.440.

²⁵ P. WACHSMANN, note sous la décision du Cons. const. du 18 septembre 1986 Loi relative à la liberté de communication, *AJDA*, 20 février 1987, p. 114.

²⁶ L'article 16 de la loi n° 88-1067 du 18 septembre 1986, précitée.

²⁷ CE, Sect., 7 mai 1993, n° 135815, *Lallemand et autres (élections régionales de la Réunion) et Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*, Rec. Lebon p. 146 ; *RFDA*, 1993, p.490, concl. S. DAËL ; *D*, 1994, p.113, note X. PHILIPPE et P. CRÉGUT.

²⁸ CE, 17 mai 2006, n° 263081, *Association comité télévision et libertés et autres*, inédit au Rec. Lebon.

²⁹ CE, Ass., 8 avril 2009, n° 311136, *MM. Hollande et Mathus*, Rec. Lebon p. 140 ; *RFDA* 2009, 351, concl. C. de SALINS ; *RFDA*, 2009, p.580, chron. A. ROBLOT-TROIZIER et R. RAMBAUD ; *AJDA*, 2009, p. 677, obs. J.-M. PASTOR ; *AJDA* 2009, p. 1096, chron. LIÉBER et BOTTEGHI.

³⁰ *Ibid.*, p. 356.

³¹ *Ibid.*

assurer le respect du pluralisme ont une portée réglementaire et comme telles sont requalifiées par le juge administratif³². Le CSA a suivi cette préconisation puisqu'il les dénomme désormais « délibération »³³.

585. Les requalifications peuvent parfois être implicites comme ce fut le cas dans une décision, rendue le 30 janvier 2015, relative à un avis motivé de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF)³⁴. Néanmoins, si le juge ne mentionne pas la question de la recevabilité du recours contre l'avis motivé de l'ARAF, le Rapporteur public, Xavier DOMINO, l'évoque amplement dans ses conclusions³⁵. Selon lui, c'est la rédaction « atypique ou peut-être un peu trompeuse »³⁶ de la loi qui suscite cette décision. En effet, aux termes de l'article L2121-12 du Code des transports, l'autorité organisatrice de transport ne peut limiter ou interdire les dessertes intérieures que « sous réserve que l'ARAF ait estimé, par un avis motivé », qu'il y avait atteinte à l'économie du contrat de service public. Il préconise ainsi de comprendre le texte comme subordonnant l'intervention de l'autorité organisatrice de transport à un avis de l'ARAF rendu dans un sens déterminé. Les dispositions de l'article 10 de la Directive de 1991 modifiée en 2007 allaient dans le sens de la reconnaissance d'un pouvoir décisionnel en faveur de l'ARAF³⁷. D'ailleurs, c'est l'interprétation que l'ARAF elle-même fait lorsqu'elle spécifie que l'avis en question revêt un « effet contraignant »³⁸. Le Conseil d'État l'a donc admis implicitement. L'avis de l'ARAF du 8 octobre 2013 avait bel et bien le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative. À la suite de la décision, et conformément aux préconisations du rapport de

³² CE, ord., 21 mai 2014, n° 380452, *Association Nouvelle Donne et autres*, inédit au Rec. Lebon).

³³ Cette information est disponible sur le site Internet du Conseil (csa.fr/Espace-juridique/Deliberations-et-recommandations-du-CSA, consulté le 16 août 2016).

³⁴ CE, 30 janvier 2015, n° 374022, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, T. Lebon p. 527, 536, 833 et 887 ; *AJDA*, 2015, p.875, concl. X. DOMINO ; *AJDA*, 2015, p.671, étude P. IDOUX, S. NICINSKI et E. GLASER ; *RTD eur.* 2015, p.863, obs. E. MULLER.

³⁵ X. DOMINO, conclusions sur CE, 30 janvier 2015, n° 374022, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, *AJDA*, 2015, p. 876.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Directive 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, *JOUE*, n° L315, 3 décembre 2007, p. 47.

³⁸ ARAF, avis n° 2013-022 du 8 octobre 2013 relatif à l'impact du service de transport de voyageurs envisagé par l'entreprise ferroviaire Thello entre Milan, Gênes, Monaco, Nice et Marseille sur l'équilibre économique du contrat de service public de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, Paris, Autorité de régulation des activités ferroviaires, 2013, 9 p.

2013 sur *Le droit souple*³⁹, l'article L2121-12 du Code des transports a été modifié par une ordonnance du 15 juillet 2015 qui a remplacé l'expression « avis motivé » par celle, plus fidèle à la réalité juridique, de « décision motivée »⁴⁰.

586. À l'inverse, cette approche peut conduire à assumer parfois une ambiguïté dans la dénomination de l'acte. Ainsi, le Conseil d'État refuse de requalifier les recommandations de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) de mise en demeure, précisément au regard de la spécificité de la procédure établie par la loi et spécifiée par le décret d'application. Dans sa décision du 11 octobre 2011⁴¹, le Conseil d'État rejette le recours porté par l'association *French Data Network* dirigé contre le décret du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la Commission de protection des droits de la HADOPI⁴² qui consiste à envoyer des recommandations aux abonnés dont l'accès Internet a été utilisé afin de commettre des actes de contrefaçon. Il estime que la recommandation envoyée à l'abonné n'est ni une sanction ni une accusation : elle constitue un simple rappel à la loi. Par cette solution, il tranche le débat sur la nature juridique de la « troisième voie », entre pédagogie et répression, entre recommandation et injonction, qui n'a pas manqué de susciter des incompréhensions quant à la finalité des attributions de l'institution lors de sa création et, plus particulièrement, concernant les garanties procédurales entourant l'émission de ces recommandations. Conformément aux dispositions du Code et du décret contesté⁴³, la Commission de protection des droits (CPD) de la HADOPI peut envoyer à l'abonné un acte qualifié de « recommandation » lorsqu'il est avéré que celui-ci a manqué à l'obligation de sécurisation de son accès à Internet. En plus d'un rappel à la loi⁴⁴, formulé sous la forme d'une

³⁹ Parmi leurs propositions formulées dans le cadre de l'étude sur le « droit souple », les rapporteurs du Conseil d'État préconisent de tenir compte des requalifications jurisprudentielles ; ainsi une recommandation qui présente en réalité un caractère décisoire devrait être qualifiée de décision (Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 165).

⁴⁰ Article 10 de l'ordonnance n° 2015-855 du 15 juillet 2015 prise en application de l'article 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *JORF*, n° 0162, 16 juillet 2015, p. 12054, texte n° 4.

⁴¹ C. GEIGER, « "HADOPI", ou quand la répression devient pédagogique. Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux "de pair à pair" », *D*, 2011, p. 773.

⁴² Décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, *JORF*, n° 0171, 27 juillet 2010, p. 13874, texte n° 44. Ce décret de procédure, qui a été codifié aux articles R331-35 à R331-46 du Code de la propriété intellectuelle.

⁴³ Les articles R331-39 et R331-40 du Code de la propriété intellectuelle et le décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L331-29 du Code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet », *JORF*, n° 0056, 7 mars 2010, p. 4680, texte n° 19.

⁴⁴ Il est rappelé à l'abonné les dispositions de l'article L336-3 du Code de propriété intellectuelle lui enjoignant de respecter l'obligation et il est averti des sanctions encourues.

injonction⁴⁵, cette recommandation comporte des informations sur l'offre légale de contenus culturels en ligne et sur l'existence de moyens de sécurisation. Elle a donc aussi une vocation pédagogique, de prévention des manquements à l'obligation de surveillance ainsi que, plus largement, d'information. En cas de renouvellement des faits ou face à une nouvelle négligence de la part de l'abonné, la Commission peut décider à la majorité des membres de transmettre le dossier au Procureur de la République compétent. Parmi les questions qui furent posées au juge se trouvait celle de savoir si les recommandations émises par la HADOPI devaient être qualifiées de décisions individuelles. Dans son arrêt du 19 octobre 2011, la haute juridiction a estimé qu'il ne s'agissait que de simples préalables à l'engagement d'une procédure judiciaire⁴⁶ et que la visée recommandationnelle l'emportait sur toutes autres considérations. Elles ne sont donc pas qualifiables de sanction administrative⁴⁷. Ainsi, comme le souligne Hubert DELZANGLES, le problème dans cette procédure en question réside dans la multiplicité des actes qui se prononcent sur la conformité d'un comportement au droit⁴⁸. Entre pédagogie et incitation pressante à changer son comportement, la démarche recommandationnelle perd peu à peu de sa clarté.

⁴⁵ L'article L331-24 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que « lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L336-3, la Commission de Protection des Droits peut envoyer à l'abonné [...] une recommandation lui rappelant les dispositions de l'article L336-3 lui enjoignant de respecter l'obligation qu'elles définissent et l'avertissant des sanctions encourues en cas de renouvellement du manquement présumé ».

⁴⁶ En outre, lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une procédure judiciaire, elles sont le plus souvent rattachées à cette dernière. Voir : CE, sect., 10 févr. 1984, *Min. Agr. c/ Société les fils de Henri Ramel*, [1er arrêt] et *Société Baccot-Vanier*, [2e arrêt], Rec. CE 1984, p. 54, concl. D. de SAINT-MARC ; *RFDA* 1984, p. 91, concl. D. de SAINT-MARC.

⁴⁷ Selon la formulation du juge, les recommandations de la HADOPI « ont uniquement pour objet, d'une part, de procéder au relevé factuel de certaines données susceptibles de révéler un manquement à l'obligation de sécurisation de son accès à Internet (...), d'autre part, d'informer l'abonné (...), par un simple rappel à la loi, des obligations pesant sur lui (...); qu'elles sont, par elles mêmes, dénuées de tout effet autre que de rendre légalement possible l'engagement d'une procédure judiciaire (...) » (CE, 19 oct. 2011, n° 342405, *Association French Data Network*, Rec. Lebon p. 723 ; *AJDA*, 2011, p. 2038).

⁴⁸ H. DELZANGLES, « Le Conseil d'État se prononce en creux sur les actes de la HADOPI dénommés « recommandations » par le législateur », commentaire de la décision du CE, 19 oct. 2011, no 342405, *Association French Data Network*, *RJEP*, mars 2012, n° 695, p. 30-34.

B. La requalification des dispositions impératives des actes à visée recommandationnelle

587. Le juge a depuis longtemps admis dans certains cas la requalification d'actes dénommés « avis »⁴⁹, de communiqués⁵⁰, de lettres d'information⁵¹ au motif que ceux-ci présentaient toutes les caractéristiques d'une obligation légale. Toutefois les conditions de la recevabilité du recours ont évolué depuis. Avant la décision *Duvignères* du 18 décembre 2002⁵², il était nécessaire de convaincre le juge que l'acte contesté sortait de son cadre normal en modifiant directement ou indirectement l'ordonnement juridique en posant une règle de droit nouvelle ou en déformant le sens de la loi et des textes d'application. Depuis, il convient désormais de démontrer que la disposition contestée, sans nécessairement modifier l'ordonnement juridique, présente les caractéristiques d'une prescription impérative. Autrement dit, c'est en raison des circonstances de l'énonciation de l'acte que celui-ci perd sa qualité recommandationnelle pour acquérir une valeur impérative.

588. À l'occasion de deux affaires portées par des opérateurs de la grande distribution – Intermarché, Leclerc et Casino – contre deux avis rendus par l'Autorité de la concurrence en application des dispositions nouvelles du Code du commerce⁵³, le juge est revenu, de manière synthétique, sur le cadre de l'activité consultative d'une AAI et sur la portée qu'il convient de reconnaître à ses avis au regard de leur contenu et des situations dans lesquelles ils interviennent⁵⁴. La solution des deux arrêts rendus le même jour – le 11 octobre 2012⁵⁵ –

⁴⁹ CE, 23 mars 1984, n° 56053, *Organisme de gestion écoles catholiques Couëron*, Rec. Lebon, p. 126 ; *AJDA*, 1984, p. 390 ; *D*, 1985, p. 261, note J.-P. DUPRAT ; *GAJF*, éd. 1996, p. 26 ; *JCP*, 1985. II.20339, note J.-C. BALAT ; *RDP*, 1984, p. 1125, note J.-M. AUBY.

⁵⁰ Pour un exemple : CE, 6 février 1981, *Société générale d'entreprise et autres*, n° 14836, Rec. Lebon p. 50.

⁵¹ Pour un exemple : CE, 28 juill. 2004, *Mechri*, n° 262851, publié au Rec. Lebon ; *AJDA*, 2004, p.2228, concl. F. DONNAT.

⁵² CE, Sect., 18 décembre 2002, n° 233618, *Duvignères*, Rec. Lebon p. 463 ; *RFDA* 2003, p. 280, concl. P. FOMBEUR ; *AJDA* 2003, p. 487, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *GAJA*, 15^e édition 2005, p. 894, *Mélanges Moderne* 2004, p. 357, note X. PRÉTOT ; *JCP G* 2003, IV, 2069, obs. ROUAULT ; *LPA* 23 juin 2003, note COMBEAU ; *RFDA* 2003, p. 510, note J. PETIT ; *Dr. adm.* 2003, repère 3, J.-B AUBY ; *RFDA* 2004, p. 1069, étude P.COMBEAU ; *RDP*, 2004, p. 499, étude G. KOUBI ; *JCP A* 2003, numéro 5, Savoir 1064, J. MOREAU.

⁵³ Article L462-4 du Code du commerce.

⁵⁴ À l'origine de ce contentieux se trouve le renforcement de la capacité d'influence de l'Autorité par un élargissement de ses attributions consultatives suite à une réforme issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 prise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (la loi « LME ») notamment en lui reconnaissant une capacité d'auto-saisine dans sa fonction de conseil.

⁵⁵ CE, 11 oct. 2012, n° 346378 et n° 346444, *ITM Entreprises et a.*, Rec. Lebon p.359 et CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, Rec. Lebon p. 361 ; *AJDA* 2012, p.1925 ; *AJDA*, 2012, p.2373, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *D*, 2013, p. 732, obs. D. FERRIER ; *RTD com.*, 2013, p. 237, G. ORSINI ; *RTD com.*, 2012, p. 747, obs. E. CLAUDEL ; *Dr. adm.*, 2013, p.46, note M. BAZEX ; *RDP*, 2013, p.771, com. L. CALANDRI ; *RJEP*, n° 708, Mai 2013, p. 19, com. P. IDOUX ; *CCC*, janvier 2013, 1, étude 1, Delphine PRIOUX et Pascal WILHELM.

consiste d'abord à réaffirmer le principe d'irrecevabilité des recours pour excès de pouvoir contre les actes à visée recommandationnelle en tant qu'ils ne sont pas décisifs. Toutefois le contexte dans lequel ces derniers ont été émis a conduit le juge de l'excès de pouvoir à envisager de manière complète, dans un considérant de principe commun aux deux arrêts, les conditions de recevabilité des recours contre de tels actes. Les affaires *Casino* et *ITM Leclerc* sont remarquables en ce sens qu'elles concernent des avis d'une même Autorité qui sont susceptibles de comporter à la fois des prescriptions générales et des prescriptions individuelles. Ainsi, si les avis et recommandations de l'Autorité ne constituent pas, par principe, des actes faisant grief, il « en irait toutefois différemment si elles revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »⁵⁶. La référence à « une prescription générale et impérative » est une importation remaniée du principe énoncé dans la jurisprudence *Duvignères*⁵⁷ à propos des circulaires de l'administration.

589. Dans sa décision du 18 décembre 2002, le juge a fait évoluer les critères de recevabilité des recours contre les circulaires en acceptant d'examiner la légalité des dispositions d'une circulaire interprétative dès lors qu'elles présentaient les qualités d'une prescription impérative. Dans sa jurisprudence antérieure, telle qu'issue de la décision *Notre-Dame du Kreisker*⁵⁸, une circulaire ne pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir que si elle ajoutait à l'état du droit. Dans ce cas, si l'impérativité était déjà une condition nécessaire pour identifier une décision faisant grief, elle n'était cependant pas suffisante ; l'acte devait avant tout créer une règle de droit nouvelle. Ainsi, l'interprétation n'était pas considérée comme l'édiction d'une norme nouvelle, et ce quelle que soit sa formulation. Ces arrêts obligeaient ainsi à distinguer deux sortes d'actes décisifs à portée réglementaire : ceux qui posent une règle nouvelle et ceux qui énoncent une interprétation illégale, et comme telles assimilables à une règle de droit nouvelle. Comme le souligne Jacques PETIT, une interprétation, en précisant le sens et la portée de la norme, ajoute toujours quelque chose à l'ordonnement juridique⁵⁹. En effet, même s'il est vrai qu'une interprétation ne crée pas une règle absolument nouvelle, indépendante de toute

⁵⁶ Cette solution n'est pas remise en question par les décisions d'Assemblée du 21 mars 2016. Au contraire, le considérant de principe de ces décisions reprend explicitement dans la première partie de leur considérant de principe cette solution (CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, précitées. Cf. infra).

⁵⁷ CE, Sect., 18 décembre 2002, n° 233618, *Duvignères*, précitée.

⁵⁸ CE, Ass., 29 janvier 1954, n° 07134, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. Lebon p. 64 ; *RPDA*, 1954, p. 50, concl. B. TRICOT ; *AJDA*, 1954, II 13 bis, p. 5, chron. F. GAZIER et M. LONG ; *RDP* 1955, p.175, note M. WALINE.

⁵⁹ J. PETIT, « Les circulaires sont des actes faisant grief », *RFDA*, 2003, p. 510.

règle préexistante, rejeter la recevabilité d'un recours contre une interprétation impérative au motif qu'elle serait légale revient à défendre une conception de la règle de droit selon laquelle celle-ci « aurait un seul sens, déjà présent en elle, et que l'interprétation se bornerait à révéler »⁶⁰. Par ailleurs, cette solution consistait pour le juge à écarter les recours dirigés contre des actes dont il jugeait l'interprétation légale *a priori*. Ainsi, malgré une « rigueur apparente »⁶¹, le juge devait se prononcer sur l'illégalité du document afin de déterminer sa recevabilité selon l'idée qu'une interprétation illégale apporte nécessairement à l'ordonnement juridique. Ces dispositions, même impératives, étaient exclues du champ du recours pour excès de pouvoir. Il en est allé ainsi d'une recommandation du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et d'un communiqué de la Commission des sondages⁶².

590. Paradoxalement, la conséquences contentieuses de la jurisprudence *Duvignères* apparaissent limitée. En effet, la majorité des interprétations impératives illégales étaient, sous l'empire de la jurisprudence antérieure, déjà qualifiées de décisions de portée réglementaire illégales. Par exemple, un recours dirigé contre une interprétation illégale de la Commission des sondages contenue dans un de ses communiqués a été jugé recevable car elle a été assimilée à une règle nouvelle⁶³. Nonobstant ce point, la jurisprudence *Duvignères* n'en constitue pas moins une étape importante dans sa portée. Elle a marqué la généralisation du critère d'impérativité, posé les critères d'examen de celui-ci quant à la reconnaissance du caractère décisoire des dispositions ou interprétations générales émises par l'administration.

591. Le terme décisoire présente l'avantage de mettre l'accent sur l'intention de l'auteur de l'acte plutôt que sur sa forme et sa portée. La recevabilité d'un recours contre un acte administratif unilatéral n'est pas tant déterminée par la production d'effets de droit que par le fait que le système juridique habilite l'auteur d'un acte à les produire⁶⁴. Dès lors un acte unilatéral ne constitue un acte décisoire qu'à la condition que « la manifestation de la volonté de son auteur se tradui[se] par l'édiction d'une norme destinée à modifier l'ordonnement

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisoire », art. cit., p. 402.

⁶² CE, Sect., 2 juin 1999, n° 207752, *Meyet*, Rec. Lebon, p. 160 ; *LPA*, n° 113, 8 juin 1999, p. 11, concl. J.-C. BONICHOT ; *AJDA* 1999, p. 560, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR.

⁶³ CE, 18 juin 1993, n° 137317, *Institut français d'opinion publique (IFOP)*, Rec. Lebon p. 178 ; *Droit administratif*, 1993, n° 404 ; *Rev. adm.*, 1993, p. 322, concl. F. SCANVIC ; *Quot. Jur.*, 3 mars 1994, n° 18, p. 3, obs. B. MALIGNER). À peu de choses près, la même formule a été reprise à propos des circulaires dans la décision *Villemain* (CE, Ass. 28 juin 2002, *Villemain*, n° 220361, publié au Rec. Lebon ; *AJDA* 2002, p. 586, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *Dr. adm.* 2002, comm. 162 ; *RFDA*, 2002, p.723, concl. S. BOISSARD).

⁶⁴ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisoire », art. cit., p. 26.

juridique ou bien, au contraire, à le maintenir »⁶⁵. L'acte décisoire est donc celui qui ajoute à l'ordre juridique existant, car son contenu – la règle édictée – s'impose à son destinataire par la seule volonté de son auteur. *A fortiori*, un acte dépourvu de caractère décisoire signifie son exclusion *de facto* du recours pour excès de pouvoir, et ce quels qu'en soient les effets ; l'auteur n'a aucunement manifesté la volonté de modifier l'état des situations juridiques. La modification de l'ordonnement juridique n'apparaît dans cette approche que comme la conséquence de sa qualification de décision⁶⁶. En ce sens, la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker* à propos des circulaires⁶⁷ reposait, selon une explication de Bertrand SEILLER, sur une conception erronée du caractère décisoire des circulaires. Contrairement au postulat de cette jurisprudence, le caractère décisoire de l'acte n'est pas lié au fait qu'il modifie les règles de droit en vigueur, c'est-à-dire ajoute à l'ordonnement juridique, mais dépend précisément de la volonté de l'autorité administrative d'imposer une lecture de la règle de droit, et partant de modifier l'ordonnement juridique⁶⁸. Le caractère décisoire d'un acte administratif unilatéral réside donc dans la formulation d'une proposition prescriptive impérative. L'acte dont le contenu est impératif manifeste une décision susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif ; là où celui qui se borne à recommander est un acte administratif unilatéral non décisoire⁶⁹. La suggestion d'un comportement souhaitable s'analyse en termes contentieux comme l'expression d'une proposition prescriptive non contraignante.

592. En définitive, le critère permettant la qualification de « décision faisant grief » n'est plus seulement celui de la modification de l'ordonnement juridique, mais d'abord et surtout celui de son impact sur la situation juridique des intéressés soit par l'édition d'une règle nouvelle impérative soit par la diffusion d'une interprétation impérative. Au regard d'une conception volontariste, les interprétations ou les dispositions générales sises dans un acte administratif peuvent faire grief, sans considération de l'ordonnement juridique, du moment que celles-ci traduisent un impératif, c'est-à-dire manifestent un commandement plutôt qu'une modification de l'ordonnement juridique (sa normativité propre).

593. S'il convient de ne pas confondre la problématique des actes à visée recommandationnelle des AAI avec celles des notes internes de l'administration, en ce sens que

⁶⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 502.

⁶⁶ Sur la notion de décision administrative : B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, p. 143.

⁶⁷ CE, Ass., 29 janvier 1954, n° 07134, *Institution Notre Dame du Kreisker*, Rec. Lebon p. 64 ; *RFDA*, 1954, p. 50, concl. TRICOT, *AJ*, 1954, II bis, 5, chron. GAZIER et LONG ; *RDP*, 1955, p. 175, note M. WALINE.

⁶⁸ Pour une approche de la décision comme la signification impérative d'un acte de volonté de l'autorité administrative : B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*, p. 231 et s.

⁶⁹ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisoire », *art. cit.*, p. 410.

ces dernières sont très souvent l'expression d'un pouvoir hiérarchique, il n'en demeure pas moins que le critère de l'impérativité de la norme émise a été transposé dans plusieurs affaires concernant des interprétations des AAI⁷⁰. Les affaires *Casino Guichard* et *ITM Leclerc* ont permis au juge d'affirmer dans des termes généraux par un considérant de principe commun aux deux affaires que la solution *Duvignères* était applicable peu ou prou à tous les actes non décisionnels. Cette solution a des antécédents⁷¹ et a été reprise depuis. Il convient en effet de constater que le critère de l'impérativité est devenu en quelques années, tant sur le plan théorique que contentieux, le principal critère d'identification des normes juridiques⁷².

594. D'aucuns y ont vu un « aménagement »⁷³ ou encore une « entorse »⁷⁴ au principe de l'irrecevabilité des recours contre les actes à visée recommandationnelle. Toutefois ces solutions aboutissent d'abord et surtout à exposer les conditions de restriction du champ des actes non décisionnels. Dans ces affaires, le juge a procédé à une requalification des dispositions impératives de l'acte. Il ne s'agit en aucun cas d'une ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les dispositions recommandationnelles contenues dans ces actes. Par l'emploi du critère de l'impérativité de l'acte, et non plus celui de l'ajout formel à l'ordonnement juridique, le juge restreint le champ d'application du principe d'irrecevabilité. Cette évolution s'explique en ce que le procédé recommandationnel dans certains cas conduit à effacer la frontière entre prescriptif non contraignant et prescriptif impératif générant confusion et insécurité pour le destinataire de l'acte. Le juge administratif joue dès lors pleinement son rôle de gardien de la légalité en dévoilant des manifestations du pouvoir d'injonction derrière une expression formelle de l'influence. Toutefois, lorsque le juge se trouve confronté à l'exercice d'un pouvoir « moins visible, moins direct, mais non moins réel »⁷⁵, la détermination du seuil d'impérativité n'en demeure pas moins délicate, voire incertaine.

⁷⁰ Par exemple, dans sa décision du 3 mai 2011 *SA. Voltalis*, le Conseil d'État a jugé qu'une délibération de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) s'adressant à des opérateurs devait être regardée comme impérative (CE, 3 mai 2011, n° 331858, *S.A. Voltalis*, T. Lebon p. 723 ; *RJEP*, 2011, n° 689, p.30, concl. P. COLLIN).

⁷¹ CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, Rec. Lebon p. 335 ; *AJDA*, 2007, p. 2145, concl. L. DEREPAIS.

⁷² B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisionnel », art. cit., p. 210.

⁷³ L. CALANDRI, « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », art. cit., p. 779.

⁷⁴ P. IDOUX, « L'absence de justiciabilité des avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence », art. cit., p. 20.

⁷⁵ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », art. cit.

§2 Une approche pragmatique de l'impérativité des actes à visée recommandationnelle

595. Examiner ponctuellement l'impérativité d'un acte de l'administration s'avère en pratique d'un maniement plus délicat que de s'en tenir aux dispositions qui ajoutent explicitement à l'état du droit⁷⁶. L'impérativité, du fait même de son indétermination ou du moins de son appel à une certaine appréciation subjective des situations⁷⁷ a suscité de nombreuses critiques⁷⁸. En effet, l'exercice d'un pouvoir consiste de façon générale à peser d'une façon ou d'une autre sur la liberté d'agir du destinataire de la norme par une simple pression ou un impératif sanctionné.

596. L'application du critère de l'impérativité aux actes à visée recommandationnelle des AAI soulève dès lors une série d'interrogations quant à la détermination du seuil au-delà duquel une norme est considérée impérative et non plus recommandationnelle. Dans son commentaire sur l'affaire *SA Chopin* du 27 septembre 1989 relatif à une recommandation de la CNIL, Jean FRAYSSINET évoquait déjà la possibilité d'un dépassement du « seuil normatif » - entendu ici comme le constat d'un impératif - par l'autorité et l'intervention du juge en conséquence. Selon lui, « ce n'est qu'à partir d'un certain seuil qui ne relève d'aucun critère objectif à application automatique, que le juge administratif censurera pour illégalité la recommandation »⁷⁹.

597. L'imprécision de ce seuil suscite parfois l'incompréhension. Contrairement à la jurisprudence relative aux circulaires⁸⁰, les critiques relatives au contrôle par le juge des actes des AAI consistent généralement à souligner que celui-ci fonde « maladroitement »⁸¹ ses décisions lorsqu'il relève l'irrecevabilité des recours contre ces actes à visée recommandationnelle. Il lui est reproché de ne pas tenir compte de l'« intuition forte »⁸² que si ces actes sont formellement indicatifs ils s'avèrent le plus souvent impératifs. Pour chacune des affaires prononçant l'irrecevabilité du recours contre les actes à visée recommandationnelle, certaines critiques n'ont pas manqué de signaler le décalage entre l'efficacité des actes en

⁷⁶ J.-F. LACHAUME et alii., *Droit administratif: les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Themis », 2010, p. 231.

⁷⁷ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 537.

⁷⁸ M. GUYOMAR, conclusions sur CE, 10 janvier 2007, n° 286701, *Collectif pour la défense des loisirs verts*, conclusions inédites, p. 4 ; M. COLLET, « La recevabilité du recours en annulation contre les instructions fiscales », *Revue de droit fiscal*, 23 juin 2005, n° 25, p. 1073.

⁷⁹ J. FRAYSSINET, « Les recommandation de la CNIL et le contrôle de légalité du juge administratif », art. cit., p. 16.

⁸⁰ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », *AJDA*, 2012, n° 13, p. 691-698.

⁸¹ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 191.

⁸² *Ibid.*

question – leur caractère manifestement contraignant – et l’approche objective de leur recevabilité par le juge administratif⁸³. Ainsi, il a été reproché au juge à propos des avis de la Commission des clauses abusives de ne pas suffisamment tenir compte de leur « force mobilisatrice »⁸⁴ auprès des destinataires.

598. Au fil de sa jurisprudence relative aux circulaires, puis plus récemment à celle concernant les actes à visée recommandationnelle des AAI, le juge va opter pour une approche pragmatique de l’impérativité de l’acte⁸⁵. Déterminer la nature impérative de l’acte implique de ne pas limiter l’examen de l’acte à sa formulation impérative. Sans aller jusqu’à une démarche purement subjective, Bertrand SEILLER considère qu’il serait opportun que le juge tienne compte d’éléments d’ordre psychologique dans l’appréhension du caractère impératif de l’acte en question⁸⁶. En effet, même si formellement, rien ne permet de déterminer la nature décisive de l’acte, en pratique le comportement du destinataire, contraire à ce qu’il ferait naturellement dans une situation où il ne se sentirait pas obligé, peut s’avérer être un indicateur performant permettant de déterminer la véritable nature de l’acte. Cette approche de l’impérativité présente néanmoins le risque d’une subjectivité de la norme juridique et de laisser place à un contrôle aléatoire de la légalité des actes à visée recommandationnelle en ce qu’il dépendrait des qualités propres de chaque formation de jugement.

599. À l’occasion de plusieurs affaires concernant les actes des AAI, le juge a apporté des précisions quant à l’étendue de l’application du principe d’irrecevabilité des recours à l’encontre des actes à visée recommandationnelle ainsi qu’au test d’impérativité qu’il leur fait subir, le conduisant de façon peu confortable sur le terrain de la définition du droit⁸⁷. Pour appréhender l’examen de l’impérativité par le juge, il convient de distinguer selon que l’on se trouve face à des prescriptions générales (A) ou des prescriptions individuelles (B).

A. Les prescriptions générales : le test d’impérativité

600. Pour saisir la réalité du pouvoir exercé, distinguer le vrai du faux, le juge examine les conditions d’émission de l’acte et sa réception au regard de plusieurs éléments trahissant, *in*

⁸³ M. DESCHAMPS, « L’autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative, disposer de toutes libertés ? », *Revue Lamy de la concurrence*, décembre 2012, n° 33, p. 85.

⁸⁴ C. PÉRÈS, « Le juge administratif et les recommandations de la commission des clauses abusives », art. cit., p. 675.

⁸⁵ A. ILIOPOULOU, « Quatre ans d’application de la jurisprudence Duvignères », *RFDA*, mai-juin 2007, p. 482-483.

⁸⁶ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisive », art. cit., p.59 et p. 416.

⁸⁷ M. COLLET, « La recevabilité du recours en annulation contre les instructions fiscales », *Revue de droit fiscal*, juin 2005, n° 25, p. 1073.

fine, l'exercice d'un pouvoir d'injonction. Cet examen consiste à tenir compte de l'énoncé de la prescription (1), le cas échéant, de « l'ombre portée du pouvoir de sanction dont l'autorité administrative en cause dispose »⁸⁸ (2) ; et, de façon plus discutable, du contexte général d'insertion de la norme au-delà de la volonté de l'autorité administrative (3).

1) *La tonalité impérative comme indice insuffisant du caractère décisive de l'acte*

601. Cette recherche d'une approche réaliste de l'impérativité d'un acte tend à relativiser l'approche objective traditionnellement retenue par le juge. Ainsi, à l'épreuve des actes à visée recommandationnelle des AAI, le critère de la tonalité impérative de l'acte est très vite apparu insuffisant. En effet, si pour les circulaires, du fait de l'existence d'un lien hiérarchique entre l'émetteur et le récepteur de la circulaire, l'énonciation d'un impératif déontique (« tu dois ») peut sembler être un indice pertinent pour identifier un ordre, cette configuration ne vaut pas dans le cas des autorités administratives indépendantes. Du reste, même pour les circulaires, les autorités administratives n'énoncent pas nécessairement un ordre par l'emploi d'un opérateur déontique explicite permettant l'identification sans difficulté d'une prescription impérative⁸⁹. Comme le remarquait très justement Guy BRAIBANT, « dans le style administratif, l'invitation peut être la forme polie d'un ordre »⁹⁰. D'ailleurs, Pascale FOMBEUR, commissaire du Gouvernement pour l'affaire *Duvignères*, proposait une analyse similaire invitant le juge à dépasser l'approche formelle de l'impératif, car « plus encore que la rédaction du texte, c'est l'intention de son auteur et la façon dont il est perçu par ses destinataires qui nous semblent déterminantes »⁹¹.

602. En dépit de ces observations, le juge a privilégié dans un premier temps le critère de la rédaction impérative de l'acte dans un arrêt du 26 septembre 2005⁹² concernant les recommandations de bonne pratique de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES), devenue l'actuelle Haute autorité de santé (HAS), jugeant ainsi que si les

⁸⁸ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », art. cit., p. 2375.

⁸⁹ G. KOUBI, « Distinguer "l'impératif" du "réglementaire" au sein des circulaires interprétatives », *RDP*, 2004, n° 2, p. 511. Pour un aperçu général de la logique déontique, voir : G. KALINOWSKI, *La logique déductive. Essai de présentation aux juristes*, Paris, PUF, 1996, p. 101 s. et J. de GREEF, « Logique déontique » dans M. CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2004, p. 470-474.

⁹⁰ G. BRAIBANT, conclusions sur CE, 13 juill. 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, *RDP*, 1962, p. 739.

⁹¹ P. FOMBEUR, « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief, conclusions sur CE, Sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères », *RFDA*, avril 2003, p. 288.

⁹² CE 26 sept. 2005, n° 270234, *Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM)*, Rec. Lebon p. 395 ; RDSS 2006. 53, note D. CRISTOL ; *AJDA*, 2006, p.308, note J.-P. MARKUS.

recommandations de bonnes pratiques établies par l'ANAES et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé n'ont pas en principe le caractère de décision faisant grief, « elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer, lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative ». En l'espèce, certaines dispositions de la recommandation de l'ANAES étaient regardées comme impératives au regard de leur rédaction⁹³. Or, à la suite de l'annulation pour incompétence des dispositions impératives litigieuses, l'autorité s'est contentée de les reformuler en adoptant une tonalité non impérative. On peut considérer, sans trop se tromper, que la portée de la recommandation n'a pas changé alors même que sa rédaction est plus nuancée.

603. Cette solution a fait l'objet d'une confirmation à propos des recommandations de la HALDE considérant que les actes de cette autorité ne sont pas des actes décisifs, mais « qu'il en irait, en revanche, différemment de recommandations de portée générale, qui seraient rédigées de façon impérative »⁹⁴. Si on appliquait de façon stricte le critère de la « tonalité impérative », les ordres de l'administration seraient susceptibles de devenir incontestables pour peu qu'ils soient « déguisés » sous la forme d'un conseil, offrant une voie de contournement aisée de la jurisprudence⁹⁵. Or, l'illustration des recommandations de l'ANAES confirme que, si la rédaction d'un acte traduit très souvent l'intention de son auteur, cet indice ne suffit pas pour apprécier la portée véritable de l'acte en question⁹⁶.

2) Les pouvoirs propres de l'autorité comme indice décisif du caractère décisif de l'acte

604. La tonalité impérative n'a de substance que conjuguée avec un autre critère : l'ensemble des pouvoirs de l'autorité qui émet l'acte en question. Cela revient à tenir compte pour du « rapport des forces en présence »⁹⁷. Le juge, dans cette hypothèse, tient compte de la configuration de la relation de pouvoir : existe-t-il un risque pour le requérant de se voir sanctionner pour ne pas avoir suivi la norme émise sous la dénomination « recommandation » ?

605. Claire LEGRAS, Rapporteuse publique sur l'arrêt *Casino*, également membre du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) en tant que personnalité qualifiée, illustre l'insuffisance

⁹³ CE, 26 sept. 2005, n° 270234, *précitée*.

⁹⁴ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 17 décembre 2012, n° 43, p. 2374.

⁹⁵ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », art. cit.

⁹⁶ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisif », art. cit., p. 416.

⁹⁷ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », art. cit., p. 2374.

de l'indice rédactionnel en prenant pour exemple un avis dudit Comité⁹⁸. Dans l'avis en question, le Comité semblait clairement « exiger » que les biobanques de produits du cordon et du placenta se soumettent aux normes consensuelles internationales. Toutefois, au regard des attributions du CCNE – organe consultatif –, et malgré la tonalité impérative de ces dispositions, l'avis ne peut en aucun cas être regardé comme un ordre, et comme telle une décision faisant grief. Sans autre moyen de pression que la diffusion de son avis, un organe consultatif ne peut raisonnablement être regardé comme capable d'imposer une norme générale et impersonnelle. Cet exemple permet avant tout à Claire LEGRAS de préciser l'étendue et les limites du test d'impérativité. Pour apprécier la recevabilité d'un recours contre un acte administratif unilatéral litigieux, le juge devra rapporter « le caractère prescriptif des recommandations d'un rapport à la réalité des pouvoirs d'une autorité et de l'utilisation ultérieure qui peut être faite en droit de ses avis »⁹⁹. Dans ce cas, la formulation impérative ne suffit pas, la perspective d'une sanction est nécessaire. Il en allait autrement par exemple dans une décision du 17 novembre 2010, *Syndicat français des ostéopathes*¹⁰⁰, dans laquelle le Conseil d'État a jugé qu'une délibération du Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM) adoptant un rapport doit, « eu égard à sa formulation impérative et au rôle confié au CNOM pour l'application des principes de déontologie médicale », être regardée comme une décision faisant grief.

606. En effet, la mise en relation du contexte et de la volonté de l'auteur permet ainsi d'insister sur le fait que la nature recommandationnelle d'un acte ne dépend pas de son contenu, mais bien de la volonté de l'autorité administrative de ne pas l'imposer. À cet égard, la manifestation de la volonté de commander ou de recommander s'avère conditionnée par l'économie des compétences de l'organisme en question. Pour que les actes d'une AAI constituent des actes décisifs, il ne suffit pas que leur auteur ait manifesté la volonté de créer des droits ou des obligations nouvelles. Si l'organisme en question ne dispose d'aucune compétence décisionnelle, il apparaît difficile pour ce dernier de manifester une quelconque

⁹⁸ Ainsi, le CCNE dans son avis déclare « exiger de toutes les biobanques de produits du cordon et du placenta, quelles que soient leur destination et leur organisation, l'application intégrale des critères de qualité et de volume imposés par les normes consensuelles internationales pour en faire potentiellement des greffons allogéniques » (CCNE, avis n° 117 du 19 avril 2012 relatif à l'utilisation des cellules souches issues du sang de cordon ombilical, du cordon lui-même et du placenta et leur conservation en biobanques, p. 20) ; toutefois, contrairement à l'analyse proposée par Claire LEGRAS, il convient de replacer cette exigence dans le contexte de l'avis. En l'occurrence, le Comité « pense qu'il est éthique » d'exiger que toutes les biobanques se soumettent aux normes consensuelles internationales (*Ibid.* p. 20). Cet élément de phrase relativise selon nous fortement la portée de l'exigence, la replaçant dans un contexte de proposition.

⁹⁹ C. LEGRAS, conclusions sur CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, non publiée, p. 7.

¹⁰⁰ CE, 17 novembre 2010, n° 332771, *Syndicat français des ostéopathes*, T. Lebon p. 886 ; *AJDA*, 2011. p. 95.

volonté de commander, et ce quelle que soit l'autorité morale qui lui est reconnue. Ainsi, le Conseil d'État estime que le recours contre un avis de la Commission de sécurité des consommateurs (CSC) n'est pas recevable puisqu'il ne s'agit que « d'une proposition formulée dans le cadre de la compétence exclusivement consultative de la commission, alors même qu'elle est rendue publique avec le rapport de la commission »¹⁰¹.

607. Un acte est susceptible d'être décisoire que si l'autorité détient une telle compétence ou s'il peut y avoir une confusion avec une compétence décisionnelle. Les multiples déclinaisons du phénomène recommandationnel n'ont pas entamé la certitude du juge de l'excès de pouvoir sur ce point. Sa jurisprudence suit dès lors une approche organique des compétences plutôt que la fonction instrumentale attachée à de tels actes et la seule volonté de l'autorité. Ses décisions repose sur l'idée selon laquelle un organe purement consultatif, ou dans le cadre de ses attributions consultatives, ne peut par lui-même, et ce quels que soient les conditions ou le contexte de son intervention, émettre un commandement. Dans ce cas, le refus du juge de reconnaître la justiciabilité d'un avis ou d'une recommandation, quel que soit son degré de formalisation, ne fait que prolonger celui, constamment réaffirmé par la jurisprudence, de l'irrecevabilité du recours contre les avis classiques, c'est-à-dire pris dans le cadre d'une procédure d'édition d'une décision¹⁰². S'agissant de simples « propositions non contraignantes »¹⁰³, les actes à visée recommandationnelle n'ont pas vocation à être examinés par le juge de l'excès de pouvoir.

608. L'appréciation du rapport de force, plus ou moins juridiquement déterminée, doit permettre de déterminer s'il ne s'agit que de l'exercice d'une influence ou, au contraire, d'un pouvoir d'injonction¹⁰⁴. Dans ce schéma, le test d'impérativité s'apparente à la technique du « faisceau d'indices »¹⁰⁵. Ainsi, pris séparément, les indices n'emportent pas nécessairement la conviction quant à l'impérativité de l'acte. Par exemple, la seule publication de l'acte, si elle constitue un « indice »¹⁰⁶, ne suffit pas à établir la recevabilité du recours. La prévision, en plus,

¹⁰¹ CE, 27 mai 1987, n° 83292, *S.A. Laboratoires Goupil*, Rec. Lebon p. 181.

¹⁰² X. TURION, « Le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les avis » dans G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1979, p. 99.

¹⁰³ T. REVET, « Rapport introductif », art. cit., p. 3.

¹⁰⁴ M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », art. cit., p. 69.

¹⁰⁵ A. ILIOPOULOU, « Quatre ans d'application de la jurisprudence Duvignères », art. cit., p. 479.

¹⁰⁶ R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, 1974, p. 58 note 131.

d'une date d'entrée en vigueur de l'acte publié constitue au contraire un indice révélateur de l'intention de l'autorité, de l'idée que celle-ci se fait des effets attachés à sa recommandation¹⁰⁷.

609. Néanmoins, la recherche de la sanction peut conduire à des approches incertaines de l'impérativité. Dans l'affaire *Casino Guichard-Perrachon*, le juge a estimé que les avis de l'Autorité de la concurrence ne pouvaient être des décisions faisant grief à défaut précisément de sanction. L'avis se conclut en indiquant que « la mise en œuvre de ces recommandations est dans les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par le présent avis, sur l'application duquel l'Autorité de la concurrence exercera sa vigilance. À défaut, une intervention du législateur serait sans aucun doute nécessaire pour supprimer ces freins à la concurrence »¹⁰⁸. En l'espèce, la recommandation s'analyse en une invitation pressante faite aux opérateurs. Toutefois, de façon implicite, elle évoque le risque de mise en œuvre d'une procédure de sanction pour les pratiques qui tombent déjà sous le coup de la loi ; et, de façon explicite, elle propose l'adoption de nouvelles dispositions législatives condamnant l'ensemble des pratiques visées. Toutefois, le Conseil d'État exclut l'hypothèse d'une sanction de l'Autorité même si, selon le Rapporteur public, cette dernière « a cultivé une certaine ambiguïté dans son avis, en évoquant la possibilité de pratiques susceptibles de sanction tout en indiquant ne pas privilégier cette voie »¹⁰⁹. L'impérativité de la formulation, même conjuguée à l'existence d'un pouvoir de sanction, ne s'avère pas ici suffisante. La menace d'une sanction doit avoir été clairement formulée par l'auteur de l'avis. En l'espèce, elle n'était pas suffisamment précise car l'Autorité avait clairement exprimé l'intention de ne pas sanctionner cet avis. La mise en œuvre du « test » conclut donc qu'il est plus conforme à la réalité des pouvoirs de l'Autorité de ne pas traiter ses recommandations comme des actes décisifs. Elles ne modifient pas l'environnement juridique. Par voie de conséquence, après avoir analysé les recommandations contenues dans l'avis, la haute juridiction estime dans son premier arrêt que l'Autorité de la concurrence « formule des recommandations et envisage, faute de mise en œuvre spontanée de celles-ci par les opérateurs concernés, qu'une intervention du législateur soit nécessaire »¹¹⁰.

¹⁰⁷ T. BONNEAU, « L'ACP, législateur occulte ? », *Revue de droit bancaire et financier*, février 2014, n° 1, p. 2.

¹⁰⁸ Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, 67 p.

¹⁰⁹ C. LEGRAS, conclusions sur CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon, précitées*, p. 10.

¹¹⁰ CE, 11 octobre 2012, *Stés ITM et Leclerc*, n° 346378, Rec. Lebon p. 361.

610. L'indice déterminant réside dans l'identification d'une sanction directement rattachable à l'acte litigieux, autrement dit l'identification d'une contrainte pesant sur le destinataire de l'acte. Cette approche du test d'impérativité éloigne toute velléité subjective. Elle ne tient pas compte du sentiment d'obligation ou de pression autre que celle résultant de l'identification d'une contrainte juridique spécifique.

3) *L'influence déterminante comme critère contestable de la nature décisive d'un acte*

611. Dans les arrêts relatifs aux recommandations de bonnes pratiques médicales, plutôt que regarder l'impact immédiat de l'acte sur l'ordonnancement juridique, ou l'expression objective d'un impératif, le juge va développer une approche de l'impérativité au-delà de l'acte au point que certains ont pu considérer que le juge laissait « complètement de côté le critère de l'impérativité »¹¹¹. Ces affaires vont participer à démontrer le caractère inadapté du critère de l'impérativité à propos des actes à visée recommandationnelle.

612. Dans sa décision *FORMINDEP* du 27 avril 2011¹¹², le juge précise que la sanction de l'acte ne doit pas nécessairement être le fait de l'autorité elle-même. En l'espèce, la recommandation n'est pas décisive, car l'autorité n'a pas la volonté de modifier l'ordonnancement juridique ni n'a émis de norme impérative ; mais doit être regardée comme une décision faisant grief dès lors que la procédure prévoit l'émission d'une norme qui s'avère en pratique impérative au sens où le requérant n'a d'autre choix que d'en tenir compte. Pour ce faire, le juge va chercher à déterminer avec précision si l'acte réduit dans les faits de manière suffisamment directe la liberté d'adhésion du destinataire, en tenant compte justement de l'environnement de l'émission de l'acte en question. Il se prononce donc « au regard d'un contexte juridique précis qui rend tangible son effet sur les sanctions encourues par les administrés »¹¹³.

613. Dans cette décision, le juge n'examine ni la formulation impérative ni les pouvoirs propres de la Haute autorité de santé (HAS), il se borne à constater que la recommandation est susceptible de produire des effets juridiques pour les professionnels de santé, du fait de

¹¹¹ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », art. cit., p. 2375.

¹¹² CE, 27 avril 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*, Rec. Lebon p. 168 ; *AJDA*, 2011, p. 1326, concl. C. LANDAIS ; *D*, 2011, p. 1287 ; *JCP Adm.*, 2011, n° 2321, note M.-L. MOQUET-ANGER ; *RGDM* 2011, n° 40, p. 211, note V. VIOUJAS ; *RDSS*, 2011, p. 483, note J. PEIGNÉ ; *Méd. et droit*, janv.-févr. 2012, n° 112, p. 10, note A.-M. DUGUET.

¹¹³ C. LEGRAS, conclusions sur CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon, précitées*, p. 6.

l'obligation qui leur incombe, en vertu des dispositions du Code de la santé publique, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques (RBP). Sans que la nature des dispositions recommandationnelles en soit véritablement modifiée, le juge admet le recours contre les dispositions de l'acte. La recommandation devient une manifestation, parmi d'autres, des « données acquises de la science »¹¹⁴. Si le praticien n'en tient pas compte, il est susceptible de contrevenir à son obligation déontologique fixée par l'article R.4127-32 du Code de santé, ce qui constitue notamment une faute médicale susceptible d'engager sa responsabilité¹¹⁵.

614. Toutefois, les recommandations de bonnes pratiques ne sont pas impératives en soi, elles ne font que refléter les « données acquises » de la science dont le respect fait l'objet d'une obligation. Elles ne s'imposent donc pas par elle-même. Les RBP seraient d'ailleurs susceptibles de se rapprocher d'une norme supplétive¹¹⁶, à l'instar de la « directive administrative »¹¹⁷, en ce qu'elles peuvent servir de référence pour l'appréciation des choix médicaux et être opposables à leurs destinataires. En effet, comme une norme supplétive, les RBP de la HAS laissent à leurs destinataires une faculté de dérogation dans tous les cas où les circonstances particulières de l'espèce permettent de le justifier. Cette approche confirmerait l'idée selon laquelle le critère de l'impérativité dans ce cas n'est pas pertinent. La norme supplétive ne s'impose pas même si elle demeure tout de même une référence obligatoire. Ériger l'impérativité en « sésame contentieux »¹¹⁸ revient donc à exclure du champ du contrôle du juge des normes, dont l'énonciation est juridiquement établie, uniquement parce que non impératives, alors qu'elles n'en demeurent pas moins juridiques en ce que leur validité ou leur portée ne permettent pas d'en douter.

615. Cependant, cette interprétation n'est pas fidèle à la spécificité de la matière médicale. En effet, contrairement à une norme supplétive, ce n'est pas la recommandation en tant que telle qui trouverait à s'appliquer en cas de défaut de justification liée à la situation médicale du

¹¹⁴ À cet égard, il peut apparaître des contradictions entre les recommandations de la Haute autorité de santé ou de l'ASNM agence de biomédecine et institut national du cancer dans leurs domaines de spécialités.

¹¹⁵ Comme le souligne J. P. MARKUS, « les données acquises de la science se dégagent de bien d'autres éléments que les références médicales opposables et recommandations de bonne pratique. Ces dernières permettent au juge d'évaluer une pratique médicale au regard des données acquises, mais elles sont avant tout une formalisation de ces données » (J.-P. MARKUS, note sous CE, 12 janvier 2005, n° 256001, *M. Kerkerian*, Rec. Lebon p. 20, *AJDA*, 16 mai 2005, n° 18, p. 1010).

¹¹⁶ F. SAVONITTO, « Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé », *RFDA*, juin 2012, p. 472.

¹¹⁷ Cf. P3. T2. Ch.1. Sect.2.

¹¹⁸ C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un "sésame contentieux" », *RFDA*, octobre 2008, p. 941-950.

patient, mais les « données acquises de la science ». Or celles-ci trouvent dans les RBP une expression parmi d'autres. Elles participent avec d'autres sources au reflet des « données acquises », mais elles n'en constituent pas la référence unique. Elles ne sont qu'un élément d'appréciation parmi d'autres pour le praticien qui n'est pas lié par elles¹¹⁹. Elles ne s'imposent qu'à la condition qu'elle concoure à une expression des données acquises de la science. À cet égard, par un arrêt du 12 septembre 2014¹²⁰, le tribunal du contentieux de l'incapacité de Rennes s'est refusé à prendre directement en compte la recommandation de la HAS. En l'espèce, il rappelle que la RBP n'est pas une norme juridique opposable aux bénéficiaires de l'aide sociale ; mais uniquement une aide fournie au praticien pour définir les soins les plus adaptés à un patient dans des circonstances cliniques données¹²¹.

616. Se limitant à un « instrument d'aide à la décision médicale »¹²², c'est l'influence déterminante de la recommandation dans le contexte normatif des médecins, même si elle n'est pas une norme directement impérative, qui suffit à fonder l'ouverture du recours afin d'en examiner les conditions d'élaboration. Cette analyse est confortée par les conclusions de la Rapporteur publique, Claire LANDAIS, laquelle concède que « le caractère contraignant des recommandations de la HAS n'est ni direct, puisque ce n'est qu'en tant qu'elles concourent aux données acquises de la science qu'elles peuvent s'imposer, ni automatique dans la mesure où rien n'exclut a priori qu'un professionnel démontre qu'une recommandation de bonne pratique émise par la HAS n'est pas conforme, précisément, aux données acquises de la science ». Elles s'imposent, selon elle, à condition qu'en pratique, et compte tenu de leur prise en compte par les instances disciplinaires, les professionnels de santé « courent un risque important à s'en écarter et doivent, si c'est le cas, être en mesure de contrer la présomption dont bénéficient ces recommandations dans le raisonnement du juge disciplinaire »¹²³. Dès lors, l'assimilation des recommandations de bonnes pratiques à des « décisions administratives »¹²⁴ considérées comme des « décisions faisant grief », au sens que revêt cette locution dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, apparaît pour le moins discutable. Cette jurisprudence

¹¹⁹ J.-P. MARKUS, « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », *AJDA*, 2005, p.1008.

¹²⁰ Tribunal du contentieux de l'incapacité, 12 septembre 2014, n° 532013001022HM.

¹²¹ F. TIBERGHEN, « Recommandation de bonne pratique et droit des autistes à l'aide sociale », *AJDA*, 2015, n° 1, p. 54.

¹²² M.-F. CALLU, « Les recommandations de bonnes pratiques confrontées au droit de la responsabilité médicale », *RDS*, 2007, n° 15, p. 29.

¹²³ C. LANDAIS, conclusions sur CE, 27 avril 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*, *AJDA*, 2011, p. 1328.

¹²⁴ B. DEFOORT, *La décision administrative*, *op. cit.*

revient à qualifier de décisoire un acte dont l'émetteur n'a pas manifesté la volonté d'imposer un modèle de comportement.

617. Néanmoins, cette solution, qui tord quelque peu les principes du contentieux de l'excès de pouvoir, se comprend si l'on accepte de convenir que les motifs d'opportunité l'ont emporté sur la cohérence juridique. En effet, le contrôle juridictionnel des instruments qui se contentent de diffuser une information et des recommandations adaptées à une situation en constante évolution peut porter sur leur régularité. En l'espèce, dans l'affaire *Formindep*, l'association requérante soulevait des motifs liés au non-respect des règles de gestion des conflits d'intérêts des experts de la HAS ayant élaboré une recommandation qui concernait le traitement médicamenteux du diabète. La recommandation attaquée a été annulée au motif que la HAS n'avait pas justifié que tous les experts ayant participé à son élaboration avaient produit les déclarations d'intérêts requises par la loi. Dans une décision *Laboratoires Serviers* du 4 octobre 2013¹²⁵, le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer sa position, statuant sur un recours exercé contre une lettre émise par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS), devenue entre-temps Agence nationale de sécurité du médicament (ANSM). Au regard de leur portée relativement importante auprès des professionnels du secteur de la santé, notamment par leur prise en compte dans l'établissement de la responsabilité médicale, il apparaît nécessaire, en déclarant recevable un recours contre de tels actes, de contrôler le respect des exigences procédurales au moment de leur élaboration¹²⁶. Dans un arrêt du 23 décembre 2014¹²⁷, le Conseil d'État a précisé l'étendue de son contrôle à l'égard des recommandations de la HAS venant confirmer l'assimilation à un acte décisoire sur le plan contentieux des recommandations de bonnes pratiques¹²⁸.

618. En définitive, dans ces arrêts, loin de remettre en cause le principe de l'irrecevabilité ou d'y apporter un infléchissement considérable, le Conseil d'État exclut une approche subjective de l'impérativité pour lui préférer une approche contextuelle plaçant la menace « tangible » d'une sanction juridique, même indirecte, voire hypothétique, au cœur de la définition de l'impérativité d'un acte administratif. Ces solutions illustrent l'étroitesse du critère de

¹²⁵ CE, 4 octobre 2013, n° 356700, *Société les laboratoires Servier*, T. Lebon p. 519 ; *AJDA*, 2013, p. 2349 ; *RDSS*, 2013, p. 1078, note J. PEIGNÉ.

¹²⁶ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 78.

¹²⁷ CE, 23 décembre 2014, n° 362053, *Association lacanienne Internationale*, Inédit au Rec. Lebon ; *Droit administratif*, n° 5, mai 2015, p. 30-31.

¹²⁸ J.-S. BODA, « Le contrôle juridictionnel des recommandations de bonne pratique adoptées par la Haute autorité de santé », commentaire de CE, 23 déc. 2014, n° 362053, *Association lacanienne Internationale*, *DA*, mai 2015, n° 5, p. 30-33. La qualification de la recommandation comme « décision faisant grief » est implicite dans cette décision.

l'impérativité vis-à-vis des actes à visée recommandationnelle, son caractère inadapté pour saisir des actes dont l'importance des effets impose qu'on en vérifie la régularité, mais dont le contenu ne s'impose pas.

619. Au contraire, le dépassement de l'impérativité de l'acte comme critère de recevabilité d'un recours contre un acte administratif présente l'avantage de la cohérence et permet de surmonter les difficultés liées à la détermination de la frontière labile entre indicatif et prescriptif. En effet, l'appréciation par le juge du caractère impératif ou prescriptif d'une disposition demeure tributaire d'un examen subtil, contextuel, dans lequel « il est parfois difficile de saisir les mots couverts ou les non-dits »¹²⁹.

B. Les prescriptions individuelles : application de la jurisprudence des mises en demeure

620. La seconde hypothèse où le juge est disposé à admettre la recevabilité d'un recours contre des actes à visée recommandationnelle est lorsqu'il s'agit de « prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »¹³⁰. À côté des recommandations générales, l'Autorité peut émettre des recommandations individuelles par lesquelles, suite à un examen factuel de la situation de l'intéressé, du relevé de certaines données susceptibles de révéler un manquement au droit en vigueur, elle l'informe, par un rappel à la loi, des obligations pesant sur lui et l'invite à se régulariser. Par définition, les recommandations individuelles sont susceptibles d'avoir des effets plus directs voire, à l'instar des mises en demeure, un « caractère afflictif »¹³¹. De façon générale, ces recommandations consistent à inviter le destinataire, nommément désigné, à adopter un comportement déterminé. La formulation du Conseil d'État dans l'espèce *Casino Guichard* vise précisément la jurisprudence relative aux mises en demeure. Selon sa formulation, le « contexte juridique » de son émission, la recommandation individuelle est susceptible d'être considérée soit comme un simple avis rendu sur une situation particulière, un rappel du droit ; soit comme une mise en demeure, c'est-à-dire une prescription faite au destinataire de se conformer à un comportement tel que déterminé par l'Autorité sous peine de poursuites¹³².

621. En ce qui concerne la légalité des mises en demeure, le juge administratif a fait évoluer son contrôle non sans susciter quelques interrogations. Après avoir jugé dans un premier temps

¹²⁹ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », art. cit., p. 2375.

¹³⁰ CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Casino Guichard-Perrachon*, précitée.

¹³¹ H.-M. CRUCIS, « Sanctions administratives », Fasc. 108-40, art. cit., p. 47.

¹³² P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2013, p. 318.

que les mises en demeure adressées par l'administration aux particuliers étaient des actes insusceptibles de recours¹³³, le Conseil d'État a fixé un régime juridique des mises en demeure plus subtil, mais « non dénué d'incertitude pour les administrés »¹³⁴. Il confère à certaines d'entre elles un caractère obligatoire¹³⁵. La mise en demeure ne fait pas grief quand elle constitue la première étape d'une opération administrative, c'est-à-dire lorsqu'elle est une mesure préparatoire, ou quand elle ne fait que rappeler des obligations résultant de textes antécédents, en ce sens, elle ne crée pas de droit¹³⁶ ; dans les autres cas, ainsi que Bernard STIRN l'a systématisé dans ses conclusions sur l'arrêt du 25 janvier 1991¹³⁷, la mise en demeure est considérée comme une décision faisant grief lorsque, par la formulation d'un commandement ou d'une prescription, l'autorité enjoint à une personne de se conformer à ses obligations en procédant à une opération ou, au contraire, en cessant une opération en cours ou en renonçant à y procéder¹³⁸. Elle pose donc une obligation nouvelle qui ne se fonde sur aucun texte antérieur ou si, dans le cadre de l'application d'un texte, elle contient une menace plus précise par la fixation d'un délai d'exécution par exemple¹³⁹. Désormais, à l'exception cependant des mises en demeure qui constituent le premier acte d'une procédure complexe organisée par la loi, toute mise en demeure, dès lors qu'elle comporte une injonction, est susceptible de recours même si elle ne comporte ni délai ni sanction¹⁴⁰. Néanmoins, en pratique, pour en déterminer la recevabilité, le juge tient compte de l'ensemble des éléments rédactionnels et de contexte susceptible de révéler l'existence d'une pression exercée sur la personne visée par l'acte individuel. Autrement dit, plus les « termes sont comminatoires, plus les menaces sont fortes, plus l'acte acquiert un caractère impératif »¹⁴¹.

622. Cela revient à distinguer dans la catégorie des actes comminatoires¹⁴² deux types de mises en demeure : d'un côté les mises en demeure-injonctions susceptibles d'être contestées

¹³³ Jusque 1929 : CE, Sect., 18 janvier 1929, *Vermot*, Rec. Lebon p. 65. Voy. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 651.

¹³⁴ L. DEREPA, conclusions sur CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot, AJDA*, 2007, pp. 2145-2149.

¹³⁵ À propos des mises en demeure du CSA, le Conseil constitutionnel avait reconnu le caractère obligatoire de tels actes dans sa décision du 17 janvier 1989 (Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, *JO*, 18 Janvier 1989, considérant 28 et 31) .

¹³⁶ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, op. cit., p. 318.

¹³⁷ B. STIRN, conclusions sur CE, Sect., 25 janvier 1991. *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, RFDA*, 1991, p. 285.

¹³⁸ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisoire », art. cit., p. 337.

¹³⁹ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, op. cit., p. 506.

¹⁴⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 651.

¹⁴¹ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisoire », art. cit., §.232.

¹⁴² R. ROMI, « La recevabilité des recours pour excès de pouvoir intentés contre les actes administratifs dits comminatoires », *AJDA*, 1982, p. 619.

par la voie d'un recours pour excès de pouvoir ; et de l'autre, les mises en demeure-avis comprenant les mises en garde et les simples rappels à la loi insusceptibles d'une requalification¹⁴³. Or cette qualification n'est pas toujours aisée à déterminer, car si pour leurs destinataires, elles présentent presque toujours un caractère afflictif, pour leur auteur elles sont plutôt considérées comme des mesures préalables à une éventuelle sanction. Le juge devra déterminer si l'effet dissuasif de la mesure est immédiat, c'est-à-dire si l'acte comporte déjà un véritable commandement ou au contraire si le lien entre la mise en garde et la sanction n'est pas suffisamment établi. Les jurisprudences relatives aux actes de la HADOPI¹⁴⁴, du CSA¹⁴⁵, de l'ex-HALDE¹⁴⁶, de la CNIL¹⁴⁷ ou encore de l'Autorité de la concurrence le montrent clairement. L'enjeu de la qualification est réel en ce sens qu'il détermine certains aspects essentiels du régime de ces actes, telle l'application ou non de la procédure contradictoire¹⁴⁸, de la motivation au regard de la loi de 1979 ou encore de l'article 6-1 de la Conv. EDH. En effet, lorsque les mises en demeure sont accompagnées d'actes plus contraignants, l'ensemble présente alors le caractère d'une sanction administrative.

623. Dans l'affaire relative à l'avis du 11 janvier 2012 de l'Autorité de la concurrence, la société *Casino* faisait valoir que l'avis, dont elle contestait la légalité, devait s'apprécier comme une décision individuelle en ce qu'elle était nommément visée. Pour rappel, l'Autorité de la concurrence a examiné, à la demande de la ville de Paris, la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris. C'est donc dans le cadre d'un contrôle général qu'elle a eu à apprécier la situation du groupe *Casino*. Certes, dans sa description de la situation dans son avis, l'Autorité a été amenée à constater la position dominante du groupe *Casino*, mais à aucun moment celle-ci n'a utilisé l'expression « position dominante » ou « abus de position dominante », ni ne lui a enjoint de prendre des mesures. Tout au plus, lui a-t-elle recommandé, dans la troisième partie de son avis, d'assouplir ses contrats avec ses magasins franchisés indépendants. Toutefois, au vu de la prohibition de la position dominante par l'article L420-2

¹⁴³ N. CAYROL, « Mise en demeure, sommation. – Généralités », *JC Voies d'exécution*, Fasc. 222, 10 septembre 2005, p. 39.

¹⁴⁴ CE, 19 octobre 2011, n° 342405, *French Data Network*, précitée.

¹⁴⁵ CE, 18 décembre 2002, n° 232273, *Association Promouvoir*, Rec. Lebon p. 217 et p. 483 ; *AJDA* 2003, p. 745, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

¹⁴⁶ CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Editions Tissots*, Rec. Lebon p. 335 ; CE, 13 juillet 2007, n° 295761, *S.A.R.L. Riviera* ; CE, 13 juillet 2007, n° 297742, *Madame Abric*, précitées.

¹⁴⁷ CE, Ass., 11 mars 1994, n° 115052 *S.A. « La Cinq »*, Rec. Lebon p. 117, concl. P. FRYDMAN.

¹⁴⁸ La mise en garde prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne constitue pas en elle-même une sanction et ne fait donc pas obstacle au prononcé consécutif de celle-ci (CE, 9 octobre 1996, n° 173073, *Association « Ici et Maintenant »*, Rec. Lebon, p. 401 ; *LPA*, 1997, n° 71, p. 28, note C. MONDOU ; *RFDA* 1997, p. 38, étude F. MODERNE.

du Code du commerce et de l'analyse qu'en fait l'Autorité de la concurrence, le groupe *Casino* sait depuis cette avis qu'il se situe dans une « zone à risque » où certains de ses comportements pourraient être appréciés plus sévèrement. Le juge estime que « si l'avis souligne l'importance de la position occupée par le groupe *Casino* sur le marché de la distribution alimentaire à Paris, cette analyse ne comporte pas, en elle-même, d'appréciations susceptibles d'emporter des effets de droit ». Il ne s'agit pas d'une prescription individuelle susceptible de s'analyser comme une mise en demeure adressée au groupe *Casino*, en d'autres termes d'une injonction. La sanction qui pèse sur le groupe *Casino* n'a pas de lien suffisamment direct avec la recommandation qui lui est adressée pour que celle-ci s'analyse en une mise en demeure.

624. Le choix de la requalification, loin d'être strictement objectif, se situe parfois entre pragmatisme et opportunité, ainsi qu'en témoigne la décision rendue le 18 décembre 2002 opposant l'association *Promouvoir* au CSA¹⁴⁹. L'association avait demandé à l'Autorité d'adopter une recommandation dont la finalité était d'obtenir des sociétés du service public audiovisuel qu'elles respectent les principes d'impartialité et de pluralisme conformément à l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986¹⁵⁰. Le CSA refusa la demande. L'association attaqua ce refus pour excès de pouvoir. Or, la recevabilité d'un recours dirigé contre un refus de prendre une décision par l'administration est conditionnée au fait que l'acte refusé aurait constitué une « décision faisant grief ». En effet, concernant les actes préparatoires négatifs, le Conseil d'État considère qu'il arrive que ces actes soient considérés comme faisant grief. Refusant l'ouverture ou la poursuite d'un processus visant à édicter une décision, leurs effets sont jugés suffisamment graves et immédiats, puisqu'ils empêchent l'édiction de la décision définitive et donc la possibilité d'attendre cette dernière pour exercer un recours juridictionnel, celui-ci doit être autorisé à leur rencontre¹⁵¹.

625. Pourtant, en vertu de l'article 48-1 de la même loi, le CSA peut mettre en demeure ces sociétés de respecter lesdits principes sous peine de prononcer à leur égard des sanctions telles que la suspension d'une partie de leurs programmes ou le paiement d'une somme pouvant atteindre 5 % du chiffre d'affaires annuel (article 48-2). Le raisonnement du commissaire du

¹⁴⁹ CE, 18 déc. 2002, n° 232273, *Association Promouvoir*, précitée.

¹⁵⁰ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Létard), version consolidée au 09 septembre 2016.

¹⁵¹ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisoire », art. cit. ; CE, 10 juill. 1987, *Derez*, Rec. Lebon, *RFDA* 1987, p. 987, note F. MELLERAY ; CE, 23 avr. 1997, n° 131688, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et autres*, Rec. Lebon p. 163 ; CE, 19 déc. 2007, n° 273459, *Mouvement CAP 21*, inédit au Lebon. Pour une AAI, le refus de la CNIL de donner suite à une plainte : CE, Sect., 27 oct. 1999, n° 196306, *Solana*, Rec. Lebon p. 333 ; CE 1999, p. 333 ; *AJDA* 1999, p. 1002, chron. FOMBEUR et GUYOMAR.

Gouvernement, Olson TERRY, envisageait en l'occurrence la mise en demeure et la recommandation comme « un maillage suffisamment serré »¹⁵². Dès lors, il invita le juge à considérer cette recommandation comme faisant grief, car, de toute évidence, celle-ci n'emportait pas de « conséquences purement platoniques »¹⁵³. Dans ce cas, le refus d'adopter une recommandation, opposé à la demande de l'association *Promouvoir*, faisait lui-même grief. Pourtant, si le Conseil d'État a suivi cette analyse, on peut largement considérer que ce n'était pas la recommandation elle-même qui était assortie de sanction, mais l'absence de suite donnée, par les sociétés concernées, à la mise en demeure susceptible de suivre cette recommandation si celle-ci reste sans effet¹⁵⁴. La recommandation ne constitue ainsi que la première étape d'une procédure pouvant conduire à une sanction, mais elle n'est pas, par elle-même, susceptible de sanction. Or, sur proposition de son commissaire du Gouvernement, le Conseil d'État a implicitement requalifié la demande de « recommandation » formulée par l'association en demande de « mise en demeure » ; sachant qu'au départ les demandeurs souhaitaient simplement un « rappel à l'ordre »¹⁵⁵. Elle aurait donc dû s'analyser en une simple « mesure préparatoire », comme le sont traditionnellement les « mesures préalables à un éventuel prononcé de sanctions »¹⁵⁶. Cette requalification sous forme de sanction est largement motivée par des considérations d'opportunité, le juge démasque ainsi ce qu'il considère être des « sanctions déguisées »¹⁵⁷. Cet arrêt montre bien toute la difficulté qu'il y a à distinguer une recommandation individuelle d'une mise en demeure au regard des circonstances et des compétences de l'autorité. Et ce, même si, en définitive, dans le cas des recommandations individuelles comminatoires, la proximité d'un pouvoir de sanction conduit presque toujours à réévaluer la nature de l'acte en question et à admettre la recevabilité du recours.

626. En conclusion, si la notion d'impératif a permis de faire entrer toute une série d'actes dans le champ du contrôle de l'excès de pouvoir, cette extension n'en demeure pas moins incomplète. Si le juge administratif s'en tient à ce critère, il prend le risque, non négligeable, de laisser de côté toute une série d'actes dont les conséquences concrètes, sans pour autant s'analyser comme un préjudice ou un impératif, n'ont rien à envier à celles produites par

¹⁵² O. TERRY, conclusions sur CE, 18 déc. 2002, n° 232273, *Association Promouvoir*, inédites.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour faire respecter le pluralisme », *AJDA*, 2003, p. 745.

¹⁵⁵ M. COLLET, « De la consécration à la légitimation » dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 49.

¹⁵⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 682-4.

¹⁵⁷ H.-M. CRUCIS, « Sanctions administratives », Fasc. 108-40, art. cit., p. 51.

certaines décisions administratives que le juge administratif accepte de contrôler. Maintenir ce seul critère comme « sésame » de la recevabilité trahirait une conception réductrice du pouvoir exercé par les AAI. En effet, elle ne tiendrait pas compte du fait, empiriquement observé, que ces actes occupent une place singulière parmi la catégorie vaste et hétérogène des actes non décisifs. La persuasion ou l'exhortation *via* les actes à visée recommandationnelle, aussi souple que soit ce mode de direction des conduites, consiste à gêner, si ce n'est restreindre, la liberté d'action du destinataire¹⁵⁸. Dépourvu de tout caractère décisif, l'acte à visée recommandationnelle n'en exprime par moins une volonté de diriger les comportements. La recherche du seul impératif comme critère de la recevabilité d'un recours dirigé contre un acte administratif s'avère inadaptée à la réalité du procédé recommandationnel.

Section 2. L'influence déterminante comme condition complexe du contrôle des actes à visée recommandationnelle

627. Hier encore irrecevables au nom des « grands principes »¹⁵⁹ du contentieux de l'excès de pouvoir, l'ouverture du recours contre des actes non décisifs des autorités tient compte de l'évolution des techniques juridiques de direction des conduites¹⁶⁰, assurant ainsi une nouvelle voie pour les administrés de faire valoir leurs droits contre le pouvoir exercé par un organisme étatique, ne fut-il que d'influence. La portée des deux décisions du 21 mars 2016 permet, ainsi que nous le verrons, d'envisager à terme l'abandon du principe de l'irrecevabilité des recours dirigés contre des actes non décisifs.

628. L'importance quantitative des recours contre les actes non décisifs des AAI, le caractère inadapté du recours indemnitaire¹⁶¹, les doutes exprimés dans leurs conclusions par les Rapporteurs publics ont été autant d'arguments en faveur d'une avancée jurisprudentielle

¹⁵⁸ D'ailleurs, dans leur rapport sur le « droit souple », les rapporteurs n'insistent-ils pas sur une nécessaire évolution des recours considérant que le juge administratif « ne peut ignorer cette forme de régulation au motif qu'elle ne repose pas sur la création d'obligations » ? En effet, selon eux, « il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir, dont on a vu l'effectivité tout au long de cette étude, à l'abri de tout contrôle juridictionnel » (Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 14).

¹⁵⁹ Justifiant l'abandon de la jurisprudence dérogatoire au principe d'irrecevabilité des recours dirigés contre les vœux, le Commissaire du gouvernement Laurent TOUVET considérait entre autres « qu'il [fallait] revenir aux grands principes: un acte qui ne modifie aucune situation juridique ne fait pas grief et n'est donc pas susceptible de recours contentieux » (L. TOUVET, « Irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les vœux des assemblées locales », conclusions sur CE, Sect., 29 décembre 1997, *SARL ENLEM, RFDA*, 1998, n° 3, p. 558).

¹⁶⁰ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) », art. cit.

¹⁶¹ Avant ces décisions, seul le recours indemnitaire était possible pour contester les effets et réparer le préjudice subi du fait de la publication d'un avis ou d'une recommandation, mais celui-ci s'avère inadapté en ce qu'il ne permet pas de faire cesser d'éventuels abus, ni de demander qu'il soit enjoint à l'autorité de modifier ses actes, ni a fortiori de demander leur suspension, alors même qu'ils sont susceptibles d'avoir des effets substantiels à court terme. Cf. P1. T2. Ch.2. §2.

vers un contrôle juridictionnel des instruments recommandationnels des AAI. Par exemple, dans l'affaire *Casino Guichard-Perrachon*, il était incontestable que, tout en étant en principe dépourvus d'effets sur l'ordonnement juridique, les avis de l'Autorité de la concurrence, très détaillés, visaient à infléchir certaines pratiques, finalité que la menace d'une sanction pouvait atteindre également¹⁶². L'évitement des contraintes formelles attachées au droit dit « dur » au profit de la souplesse du pouvoir d'influence semi-formalisé, voire informel dans le cas des communiqués ou des prises de position, crée un décalage entre la régulation opérée par les AAI et le contrôle de la légalité du juge administratif¹⁶³. Comme le signalent Aurélie BRETONNEAU et Xavier DOMINO dans leur chronique sur la jurisprudence *Casino Guichard*, il est des situations dans lesquelles il est parfois préférable pour l'Autorité « de pousser aussi loin que possible, voire un peu au-delà, ses attributions liées à l'exercice d'un pouvoir d'influence, en prenant des avis très circonstanciés, plutôt que de risquer, en “entrant dans le dur”, d'encourir la censure du juge »¹⁶⁴. L'exclusion de ces actes de tout contrôle constituait donc un « angle mort »¹⁶⁵ de la jurisprudence.

629. Dans les décisions *Sté Fairvesta* et *Numericable* du même jour¹⁶⁶, le Conseil d'État a posé les jalons d'un contrôle des actes à visée recommandationnelle adapté à la nature particulière de ces actes. Notons toutefois, avant de l'étudier, que la jurisprudence du 21 mars 2016 n'a pas remis en question le principe de l'irrecevabilité dans son ensemble. Elle a uniquement introduit une dérogation remarquable au principe : lorsque les actes à visée recommandationnelle litigieux émanent d'une « autorité de régulation » dans l'exercice des missions dont elle est investie d'une part ; et à la condition qu'il soit permis de constater qu'ils sont de nature à produire des « effets notables » ou « influent de manière significative » sur le comportement des acteurs concernés d'autre part¹⁶⁷. Si et seulement si ces conditions sont remplies, le juge conclura que les actes sont susceptibles de « faire grief » au requérant. Le choix de ces critères impose au juge d'évaluer le degré d'influence effectif de ces actes. La

¹⁶² M. De DROUAS, P. HUBERT et C. FAURANT, « Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence », art. cit.

¹⁶³ Cf. Y. Gaudemet, « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, 2017, p. 27.

¹⁶⁴ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », art. cit., p. 2375.

¹⁶⁵ P. IDOUX, « L'absence de justiciabilité des avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence », commentaire de la décision CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, *RJEP*, n° 708, mai 2013, p.23.

¹⁶⁶ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH*, Rec. Lebon, p.71, concl. S. VON COESTER, p. 81 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, Rec. Lebon, p.88, concl. V. DAUMAS, p. 93.

¹⁶⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et a.*, nos 368082, 368083 et 368084, §4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, §5.

recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes à visée recommandationnelle apparaît conditionnée au dépassement d'un certain seuil d'influence déterminé par le juge. À ce stade, il est permis de soutenir que fonder le critère de l'ouverture du recours sur le constat de l'importance de leurs effets laisse une latitude importante, voire démesurée, dans la mise en œuvre du contrôle par le juge. Latitude qui n'est contrebalancée que de façon imparfaite par la mobilisation des « instruments de politique jurisprudentielle »¹⁶⁸ traditionnels tels que le « grief » d'une part ou l'« intérêt à agir » d'autre part¹⁶⁹.

630. Nous ne nous attarderons pas sur la condition selon laquelle l'acte doit émaner d'une « autorité de régulation »¹⁷⁰. En effet, cette restriction apparaît contingente et non définitive¹⁷¹. Dans leur propre commentaire des deux décisions, les Rapporteurs publics concèdent que les « autorités de régulation » ne sont pas les seuls organismes à avoir recours aux instruments à visée recommandationnelle, mais en l'occurrence « la décision les vise elles seules »¹⁷². Si cette restriction se comprend au regard de l'importance et de la fonction de la magistrature d'influence exercées par certaines AAI, elle n'est pas satisfaisante en ce qu'elle risque d'exclure un nombre considérable d'instances exerçant une magistrature d'influence. Son maintien constituerait une erreur d'appréciation au regard de l'ampleur du phénomène recommandationnel qui va bien au-delà des seules autorités œuvrant dans le secteur économique¹⁷³.

631. Nous nous attarderons plus particulièrement sur les critères de recevabilité (§1), avant d'étudier l'étendue de l'office du juge de l'excès de pouvoir vis-à-vis des actes à visée recommandationnelle (§2).

¹⁶⁸ A. COURRÈGES et S. DAËL, *Contentieux administratif*, 4^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 114.

¹⁶⁹ J.-M. PONTIER, « L'infra-réglementaire : une puissance méconnue », art. cit., p. 1256.

¹⁷⁰ Cf. H. PAULIAT, « La contribution du droit souple au désordre normatif », *RDP*, 2017, p. 67 et s.

¹⁷¹ Le Conseil d'État a suivi en cela la proposition de sa Rapporteur publique, Suzanne VON COESTER, qui préconise de « s'en tenir aux actes des autorités de régulation » sans préciser, ni définir ce qu'il convient d'entendre par cette expression (S. VON COESTER, « Les communiqués », conclusions sur CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082 et autres, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, *RFDA*, 2016, p. 500).

¹⁷² V. DAUMAS et S. VON COESTER, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple », commentaire sous CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, *Droit Administratif*, n° 4, Avril 2016, comm. 20, p. 33.

¹⁷³ Comme le souligne très justement Thomas PERROUD, s'il maintient ce critère, le Conseil d'État prend le risque de fonder son revirement « sur du sable » par une référence à une notion difficile à cerner (T. PERROUD, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de soft law des autorités de régulation », note sous les arrêts CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, *JCP G*, n° 22, 30 Mai 2016, 623, p.1075).

§1 Les critères de recevabilité des recours dirigés contre les actes à visée recommandationnelle

632. Parmi les critères de recevabilité, ceux tenant à l'évaluation des effets réels de l'acte peuvent apparaître discutables dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (A), là où l'intérêt à agir, critère traditionnel de limitation d'accès au prétoire, apparaît faire doublon avec la notion de grief (B). L'analyse de ces décisions, et leur éclairage à la lumière des jurisprudences antérieures relatives aux actes non décisives, fait apparaître que le contrôle nouveau des actes non décisives des autorités de régulation demeure fortement conditionnel et, de façon paradoxale, peu adapté au phénomène de la direction souple des conduites (C).

A. Les effets réels de l'acte non décisive faisant grief

633. Dans les deux affaires du 21 mars 2016, l'identification d'un impératif n'était pas de mise, mais les conséquences concrètes pour les opérateurs étaient réelles¹⁷⁴. Dans l'espèce *Fairvesta*, le juge a conclu que les communiqués de l'Autorité des marchés financiers « doivent être regardés comme faisant grief » à la Société requérante au regard précisément des effets économiques notables qu'ils engendrent. Dans ce cas, en distinguant l'examen des effets de l'acte de celui de l'intérêt du requérant, le juge a recouvré la distinction existante entre le « grief » et l'intérêt à agir telle qu'elle apparaît dans le contentieux des mesures d'ordre intérieur. Par conséquent, en matière de recours dirigés à l'encontre des actes à visée recommandationnelle comme en matière de recours dirigés contre des actes décisives, il n'y a pas non plus *de minimis non curat praetor*¹⁷⁵. Le juge mobilise ainsi la notion d'« effet notable » et de « grief » dans une perspective fonctionnelle. Cette hypothèse se trouve confirmée par le commentaire des décisions rédigé par les rapporteurs publics eux-mêmes lorsqu'ils considèrent que les qualificatifs d'« effets notables » et d'« influence significative » sur les comportements serviront « simplement à opérer un tri, au cas par cas, entre les actes dont les effets justifient qu'ils soient soumis au contrôle juridictionnel et les autres, à l'instar d'une clause *de minimis* »¹⁷⁶. Or, force est d'admettre que l'ensemble des actes à visée recommandationnelle a pour vocation de diriger les conduites, d'influencer les comportements, et partant de produire des effets. L'application de critères fonctionnels supplémentaires à celui de l'intérêt à agir du requérant risque surtout de rendre complexe l'office du juge et, à terme, de rendre moins claires

¹⁷⁴ Cf. Y. GAUDEMET, « La régulation économique ou la dilution des normes », art. cit., p. 26 et s.

¹⁷⁵ L. DUTHELLET de LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours pour le droit souple », note sous les arrêts CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, *AJDA*, 2016, p.720.

¹⁷⁶ V. DAUMAS et S. VON COESTER, art. cit., p. 33.

les conditions du recours. Néanmoins, en l'état de la jurisprudence, le « grief » est en passe de devenir le véritable « sésame » contentieux¹⁷⁷.

634. Il convient de revenir sur la notion contentieuse de « grief » et de jauger l'intérêt de la dissociation du caractère décisif de l'acte (1). L'appréciation des cantonnements¹⁷⁸ relatifs à l'évaluation des effets implique de distinguer les effets selon l'objet de l'acte et les effets sur la situation du destinataire, ce qui ne sera pas toujours aisée pour le juge (2).

1) La dissociation du grief de la nature décisive de l'acte : précisions sur la notion contentieuse de « grief »

635. Sur le plan contentieux, déterminer le caractère décisif d'un acte consiste à appréhender la volonté de son auteur d'imposer une modification de l'ordonnement juridique. Si tel est le cas, le juge apprécie ensuite le « grief » occasionné par la décision, c'est-à-dire établit l'intensité de la modification de l'ordonnement juridique. Toutefois, au fil des jurisprudences, la notion de « grief » dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir n'a pas gagné en clarté : « trompeuse »¹⁷⁹, cette notion souffre de ce que le juge la confond parfois avec la nature décisive de l'acte¹⁸⁰, l'intérêt à agir¹⁸¹ ou encore le simple caractère défavorable de l'acte¹⁸². L'ambiguïté inhérente à la notion de « grief » réside principalement dans sa nature fonctionnelle : justifier le recours¹⁸³.

636. En principe, lorsqu'une autorité administrative adopte une décision par laquelle elle impose un changement de l'état du droit, qu'il s'agisse d'un ajout ou d'un maintien à l'ordonnement juridique, ce changement n'implique pas nécessairement des conséquences immédiates ou concrètes sur la situation des administrés. L'acte peut n'être que la mesure préparatoire à une décision ultérieure¹⁸⁴ ou les dispositions litigieuses n'avoir qu'une incidence

¹⁷⁷ C. GROULIER, « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un « sésame contentieux » », art. cit.

¹⁷⁸ S. VON COESTER, art. cit., p. 500 et 501.

¹⁷⁹ M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2012, paragr. 668.

¹⁸⁰ Pour un exemple : CE, 1^{er} avril 1997, *CPAM Sarthe* cité par M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Ibid.*

¹⁸¹ A. ZARCA, « Force normative, force normatrice? », art. cit, p. 473.

¹⁸² C. DEBBASCH et J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 344.

¹⁸³ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux (1888)*, 1^{re} éd., Paris, L.G.D.J., 1989, vol. II/II, p. 427.

¹⁸⁴ En ce qui concerne les actes préparatoires, le juge se contente d'examiner l'acte porteur de la décision définitive, celle qui porte le grief le plus directement et le plus complètement. Ainsi, « lorsque plusieurs actes participent à la réalisation d'un même grief, la jurisprudence n'admet pas que n'importe lequel de ces actes puisse faire l'objet du recours. Celui-ci doit être exercé contre l'acte entraînant le plus directement et le plus complètement les conséquences juridiques génératrices de grief » (J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, p. 197). Cette solution s'explique aisément par la possibilité offerte au requérant de

juridique minimale. Dans ces deux hypothèses, le juge estime le recours dirigé contre la décision irrecevable, car, même si l'acte est décisive au sens précédemment défini, il « n'a pas le caractère de décision faisant grief ». Les effets juridiques qu'il produit ne sont pas suffisamment immédiats ou pas suffisamment graves. De la sorte, l'acte faisant grief ne s'identifie pas pleinement à l'acte décisive : si tous les actes faisant grief sont bien des actes décisifs, tous les actes décisifs ne font pas grief¹⁸⁵. Cette notion éminemment fonctionnelle permet donc au juge d'exclure du champ des recours pour excès de pouvoir des actes décisifs « dont la faible importance pratique et la minceur juridique ont paru justifier qu'elles ne puissent faire l'objet de débats devant les juridictions »¹⁸⁶, et ce suivant l'adage *de minimis non curat praetor*. Le juge administratif, par son usage, dispose ainsi d'une importante marge de manœuvre dans la recevabilité des recours, guidée principalement – il faut le reconnaître – par des considérations d'opportunité¹⁸⁷.

637. Les notions d'effets et d'influence vont dessiner un clivage essentiel quant à la fonctionnalité du grief dans la jurisprudence à venir. À la conception objective qui envisage la naissance du grief d'un acte décisive indépendamment de la situation des administrés va se substituer une conception subjective qui fait reposer le grief sur une appréciation des actes au regard de leurs effets concrets sur la situation des administrés. Au regard de cette seconde conception, la question s'est posée de savoir si le juge peut, dans l'hypothèse où un acte non décisive produirait de réels effets, accepter d'en contrôler la légalité. Cette hypothèse souvent mentionnée résulte de l'observation de l'examen du grief tel qu'il apparaît dans la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur.

638. Dans la matière des mesures d'ordre intérieur, l'impact sur l'ordonnement juridique est parfois si minime que la recevabilité du recours semble reposer intégralement sur les effets de l'acte sur la situation du requérant. La mesure en question s'avère principalement définie par ses effets¹⁸⁸. Pour autant, il convient de constater que le principe demeure celui d'une

contester la décision définitive. On considère que « l'exercice d'un recours juridictionnel contre un acte préparatoire risque d'être prématuré et peu efficace. Prématuré, car l'acte préparatoire n'augure pas de l'édiction de la décision ultérieure et encore moins de son contenu. Peu efficace, car l'annulation de l'acte préparatoire ne permettrait pas nécessairement de bloquer le processus mais simplement de le retarder » (B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisive », art. cit., p. 308).

¹⁸⁵ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, p. 597.

¹⁸⁶ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 534.

¹⁸⁷ M. COLLET, « La recevabilité du recours en annulation contre les instructions fiscales », art. cit., p. 1071 ; B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 398.

¹⁸⁸ L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET, chronique sous CE, Sect., 25 septembre 2015, n° 372624, Mme B., *AJDA*, 2015, n° 38, p. 2148.

appréciation objective de la recevabilité du recours à raison des effets de la mesure. Pour ce faire, le juge évalue concrètement les effets du dispositif d'une décision, car c'est de lui que naissent les effets de celle-ci. Il procède à un examen des effets de la décision en « négatif », c'est-à-dire en s'assurant de l'absence d'effets qui seraient de nature à faire sortir la décision de la catégorie des mesures d'ordre intérieur¹⁸⁹. En tout état de cause, ne sont susceptibles de faire l'objet d'un débat contentieux que les mesures d'ordre intérieur dont les effets sont juridiques en ce qu'ils modifient l'état du droit objectif ou la situation juridique subjective d'un administré¹⁹⁰. Dans la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur, si le grief n'est pas réductible au caractère décisoire de l'acte, il en est toutefois dépendant. Le caractère décisoire de ces décisions ne fait pas de doute, c'est précisément leur impact sur la situation des administrés qui pose problème.

639. Toutefois, certaines décisions du Conseil d'État relatives aux mesures d'ordre intérieur tendent à annoncer un glissement de la jurisprudence vers une approche subjective, c'est-à-dire à justifier le contrôle de la légalité d'une mesure dès lors qu'il produit un effet, et ce quelle que soit sa portée juridique. Cependant, nous ne partageons pas cette analyse en ce qui concerne les mesures d'ordre intérieur. Par exemple, dans une décision du 14 octobre 2009¹⁹¹, le Conseil d'État a, selon certains auteurs¹⁹², tenu compte uniquement de l'effet d'une mesure d'ordre intérieur sur la situation d'un détenu pour accepter d'en examiner la légalité alors même que cette dernière était dépourvue de tout caractère décisoire. En l'espèce, à la suite de diverses condamnations, incarcérations et une libération conditionnelle, le requérant avait été inscrit, par décision du Garde des Sceaux du 11 décembre 2003 au fichier des détenus particulièrement signalés (DPS). Cette mesure n'emportait pas directement une obligation, une interdiction particulière à la charge du détenu ou encore une habilitation à la charge ou au profit des autorités pénitentiaires. Faut-il en déduire que la recevabilité du recours contre cette mesure ne peut résulter que des « conséquences purement concrètes »¹⁹³ qu'elle occasionne. Si la haute juridiction considère que la décision d'inscription doit être regardée « par ses effets concrets » comme « faisant grief », elle n'en conteste à aucun moment la nature décisoire. Au contraire il

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ R. ODENT, *Contentieux administratif*, cité supra n° 26, spécialement p. 969.

¹⁹¹ CE, 30 novembre 2009, n° 318589, *Garde des Sceaux c/ M. K*, Rec. Lebon p. 480 ; *AJ pénal*, 2010, p.43, obs. E. PÉCHILLON.

¹⁹² Benjamin DEFOORT, réfutant, nous semble-t-il, la plupart des exemples jurisprudentiels cités par Bertrand SEILLER allant dans le sens d'une dissociation des critères considère néanmoins que dans sa décision du 14 octobre 2009 le Conseil d'État a fait une application (B. DEFOORT, *La décision administrative, op. cit.*, p. 388).

¹⁹³ B. DEFOORT, *La décision administrative, op. cit.*, p. 390.

considère qu'il y a lieu « d'apprécier sa nature et l'importance de ses effets, tant directs qu'indirects, sur la situation des détenus ». Dans cette affaire, on fait face à une mesure qui doit s'apprécier comme un acte de portée décisive. La décision d'inscription au tableau est bien un acte décisive : elle impose à l'administration pénitentiaire et judiciaire, ainsi qu'au requérant lui-même, une perception de la situation juridique de ce dernier qui est déterminante sur ses conditions futures de détention. Dans la continuité de la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur, le juge s'attelle en l'espèce à évaluer « les effets rien que les effets »¹⁹⁴ du dispositif de la décision – l'inscription au DSP – pour déterminer la recevabilité du recours. En fin de compte, la portée de l'arrêt cité, limitée aux mesures d'ordre intérieur, réside dans le fait que le juge tient compte non seulement des effets présents de la mesure, mais aussi des effets que la mesure est susceptible de produire dans un avenir proche, à savoir, en l'espèce, l'intensification des contrôles ou encore l'influence déterminante de cette inscription dans les choix du lieu de détention ou l'accès aux différentes activités.

640. Dans cette affaire, la lecture de la dissociation des critères est principalement motivée par la conclusion susceptible d'en résulter. Ainsi, la dissociation, si elle est avérée, augure une extension de la solution aux actes « qui se bornerai[en]t à inciter les administrés ou les autorités qui lui sont subordonnés, à adopter une attitude plutôt qu'une autre »¹⁹⁵, autrement dit une application de la jurisprudence des effets aux actes à visée recommandationnelle ou incitative. L'examen des effets des mesures d'ordre intérieur incitent donc une partie des auteurs à proposer un usage renouvelé de la notion de « grief », la distinguant de la nature décisive de l'acte, afin de tenir compte des effets concrets de l'acte de l'autorité administrative sur la situation des administrés sans tenir compte de son caractère impératif ou de leur impact sur l'ordonnement juridique¹⁹⁶. Cette dissociation des critères trouverait une expression dans la distinction entre la notion d'acte faisant grief et celle de décision faisant grief¹⁹⁷. Pour autant, cette dissociation ne va pas de soi, voire est inutile.

¹⁹⁴ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, chronique sous CE, Sect., 25 septembre 2015, n° 372624, Mme B., art. cit., p. 2148.

¹⁹⁵ B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 390.

¹⁹⁶ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, op. cit., p. 373 ; A. PERRIN, « Conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoir », Fasc. 1140, art. cit., p. 22 ; B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 389-390.

¹⁹⁷ Les tenants de cette approche citent l'emploi de l'expression d' « acte faisant grief » dans certains arrêts relatifs aux circulaires plutôt que celle de « décision faisant grief » comme manifestant la volonté du juge de tenir compte des effets d'un acte plutôt que sa nature décisive (V. A. ZARCA, « Force normative, force normatrice ? À propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, p. 472-473 ; J. PETIT, « Les circulaires sont des actes faisant grief », *RFDA*, 2003, p. 514-515).

641. C'est précisément l'ambiguïté fonctionnelle et la polysémie de la notion de « grief » qui va inciter à l'étendre aux actes à visée recommandationnelle. Par exemple, Benjamin LAVERGNE, dans sa thèse sur le *Soft Law* en droit interne, suggère de considérer dans certains cas les actes à visée recommandationnelle comme des « actes non décisifs faisant grief »¹⁹⁸. Il mentionne à ce titre les recommandations adressées aux particuliers qui, selon lui, causent un préjudice alors même qu'elles ne seraient pas décisives. Cette subjectivisation du « grief » dans la logique d'admission d'un recours pour excès de pouvoir à raison des droits subjectifs s'avère proprement inutile. En effet, cette conception du « grief suffisant »¹⁹⁹ de l'acte administratif, détachée de son caractère décisif, procède d'une confusion entre trois termes : le « grief » à proprement parler d'un acte décisif et le préjudice causé par un acte de l'administration d'une part ; et le grief et l'intérêt à agir d'autre part. L'emploi de la notion de grief pour caractériser le préjudice d'un acte à visée recommandationnelle, c'est-à-dire un effet non nécessairement lié à la nature de l'acte, se rencontre notamment dans les conclusions de Martine LAROQUE sur l'affaire *S.A. Laboratoires GOUPIL* de 1987 à propos d'un avis de la Commission de sécurité des consommateurs²⁰⁰. Toutefois, Mme LAROQUE n'a pas manqué de préciser le sens qu'elle a accordé à ce terme. Le grief dont elle soulève l'existence n'est pas susceptible de modifier la nature non décisive de l'acte et comme telle d'ouvrir le recours de l'excès de pouvoir contre cet acte, mais constitue un indice permettant de déterminer le choix du « bon » recours, à savoir en l'occurrence un recours indemnitaire. Le commissaire du Gouvernement, Luc DEREPA, pour l'affaire *Éditions Tissot*, emploie la notion de « grief » dans le même sens que Martine LAROQUE, mais déconseille au juge administratif de « franchir le pas consistant à considérer que le simple fait qu'un acte cause un grief suffit à le regarder comme une décision susceptible de recours »²⁰¹.

642. Il n'est pas question de remettre en cause le fait que des actes à visée recommandationnelle, dans certaines circonstances, peuvent provoquer un préjudice, et ce en dépit du fait qu'ils ne sont pas recevables à l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir. En ce sens, le Conseil d'État admet depuis longtemps qu'un avis préparatoire puisse engager la responsabilité de l'administration²⁰². La notion de « grief » dans les deux cas précités est

¹⁹⁸ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, op. cit., p. 370.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 373.

²⁰⁰ M. LAROQUE, conclusions sur CE, 22 mai 1987, n° 83292, *S.A. des Laboratoires Goupil*, inédites, p. 4.

²⁰¹ L. DEREPA, conclusions sur CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, *AJDA*, 2007, p. 2148.

²⁰² CE, Sect., 1^{er} février 1952, *Sieur Martin*, Rec. Lebon p. 79 ; CE, Sect., 31 mars 2003, n° 188833 et n° 211756, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, Rec. Lebon p. 159.

également susceptible de se confondre avec la notion d'intérêt à agir. Il n'en demeure pas moins que s'il est certain qu'en l'état des principes gouvernant le contentieux de l'excès de pouvoir la notion de grief conditionne l'intérêt à agir, ces deux notions ne sont pas pour autant assimilables. Dans ce cas, « franchir le pas » - ouvrir le prétoire à des actes non décisifs directs – ne devrait pas conduire à assouplir le principe d'irrecevabilité des recours dirigés contre les actes à visée recommandationnelle – par une extension de la notion d'acte décisif – ou sous certaines conditions à l'encontre des actes non décisifs, mais au contraire à abandonner le principe d'irrecevabilité à l'encontre des actes administratifs unilatéraux non décisifs. Dans cette hypothèse radicale, en toute logique, l'unique condition d'accès au prétoire devrait résider dans l'identification d'un intérêt à agir.

643. En dépit de cela, la dissociation des critères semble être la solution retenue par le Conseil d'État dans les décisions *Sté Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016. Cela apparaît notamment dans l'emploi de la locution « effet notable » en plus de l'intérêt à agir propre au requérant. Dans le cas des actes non décisifs des autorités de régulation, le juge administratif doit, depuis ces décisions, déterminer l'influence tangible des actes à visée recommandationnelle sur la situation des administrés en plus de l'intérêt à agir du requérant et, le cas échéant, du préjudice causé. En définitive, la recevabilité d'un recours dirigé contre les actes d'une autorité administrative s'analyse désormais au vu de deux critères distincts liés à l'acte : la nature objectivement contraignante de l'acte d'une part – le caractère décisif ; et les effets réels de l'acte indépendamment de la contrainte réelle ou supposée des dispositions litigieuses d'autre part – le grief. Cela consiste donc précisément à dissocier les deux critères de recevabilité²⁰³, permettant d'ouvrir le contrôle de la légalité d'un acte, non plus seulement au regard de ces effets juridiques, mais en raison de la gravité des effets que l'acte déploie par lui-même. La notion de « grief » promet de devenir le nouveau « sésame » contentieux en matière de recours pour excès de pouvoir au prix d'une subjectivité de ce mécanisme.

644. Aussi commode soit-elle, la distinction entre un « acte faisant grief » et une « décision faisant grief » recèle néanmoins un potentiel de complexification de la recevabilité des recours dirigés contre les actes d'un organe administratif. Ce qui entre en contradiction avec l'objectif légitime de simplification et de sécurité des relations entre l'administration et les administrés. En effet, cette dissociation se fonde sur une approche excessivement subjective du « grief » en ce qu'elle ne se distingue pas clairement d'une impérativité diluée, de l'intérêt à agir ou du

²⁰³ B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, op. cit., p. 373.

préjudice : soit cela revient tout simplement à confondre le grief avec l'intérêt à agir ou le préjudice, dans ce cas nulle nécessité de s'embarasser de notions distinctes ; soit la notion de grief aurait une portée singulière attachée aux effets non juridiques de l'acte non décisive qui ne vaudrait que dans le cas d'un recours pour excès de pouvoir. Dans cette seconde hypothèse, sans critère défini de l'acte administratif faisant grief, cela revient *in fine* à distinguer entre des actes d'une influence majeure (principalement économique, mais aussi morale) – proche du préjudice – d'actes qui n'exerceraient qu'une influence mineure. Or les effets des actes d'une AAI dans le cadre d'une magistrature d'influence sont le plus souvent difficiles à évaluer, même si personne n'en conteste l'influence²⁰⁴. La recevabilité d'un recours contre un acte à visée recommandationnelle reposerait dès lors sur un examen sophistiqué de ses effets. Cela consiste à privilégier un critère de recevabilité encore plus incertain que ceux déjà mobilisés en pratique. On parle parfois de motifs d'opportunité pour qualifier les choix du juge, il conviendrait dans ce cas de parler d'arbitraire dans le contrôle de la légalité des actes non décisives de l'administration. Les rejets sur ce motif – non déterminé par le droit – pourraient être mal compris par les requérants. Le juge avait déjà quelque difficulté à déterminer le seuil d'impérativité d'un acte administratif, il doit désormais établir le seuil à partir duquel l'influence d'un acte est considérée comme « notable » ou « suffisante ».

645. En raison de l'ampleur du phénomène des actes à visée recommandationnelle, il serait préférable d'envisager un resserrement des notions contentieuses plutôt que leur extension. Dès lors, l'emploi du « grief » devrait être cantonné à la matière des mesures d'ordre intérieur, c'est-à-dire des actes qui produisent des effets sur l'ordonnement juridique. L'acte dépourvu d'effets de droit, c'est-à-dire qui n'entraîne aucune conséquence juridique, même si par ailleurs il affecte dans les faits d'une manière ou d'une autre le requérant dans ses intérêts, ne constitue ni un « acte faisant grief » ni une « décision faisant grief ». Dans le cas contraire, le « grief » se confond avec la lésion propre à l'intérêt à agir d'une part ou avec le préjudice tel qu'il résulte du contentieux de l'indemnité d'autre part. Si le juge souhaite tenir compte de l'influence des actes non décisives, la solution réside plutôt dans l'abandon du principe d'irrecevabilité à

²⁰⁴ Dans ses conclusions sur l'affaire *Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe*, Mattias GUYOMAR considère que « la recommandation ne constitue qu'une préconisation, certes parée de l'autorité morale qui s'attache à [l'autorité administrative indépendante], mais sans effet direct » (M. GUYOMAR, conclusions sur CE, 16 janvier 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe*, art. cit.). Par ailleurs, Thierry REVET met en garde contre la confusion qui pourrait être faite entre l'incidence de fait d'un avis et son absence de caractère obligatoire. Car « sans doute l'opinion aspire-t-elle, par définition, à devenir proposition obligatoire : mais elle ne peut l'être qu'intégrée dans l'enveloppe d'une loi ou d'un jugement » (T. REVET, « Rapport introductif », art. cit., p. 3).

l'égard de ces actes dès lors qu'ils sont administratifs et unilatéraux, la limitation de l'accès au prétoire réside ici uniquement dans la notion d'intérêt à agir.

2) *La mesure de l'influence d'un acte non décisive*

646. Dans un souci de prévenir l'engorgement des prétoires par de « petits » recours, le juge fait un emploi de la notion contentieuse de grief distinct de celui de l'intérêt à agir. Dans le considérant de principe commun aux deux affaires du 21 mars 2016, le Conseil d'État pose les critères alternatifs de la recevabilité du recours dirigé contre les actes des autorités de régulation. Un acte non décisive est susceptible de faire « grief », s'il est « de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique » (ii) ou s'il a « pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent » (i).

i. L'influence significative de l'acte non décisive

647. Les actes non décisives sont considérés comme faisant grief d'abord lorsqu'ils « ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Par cette formule, le Conseil d'État reconnaît explicitement l'existence des actes à visée recommandationnelle dont la singularité réside dans leur souplesse directive. Il reprend ainsi les éléments de définition de son étude sur *Le droit souple*, à savoir des instruments formalisés qui ne créent pas par eux-mêmes de droit ou d'obligation et dont « l'objet est de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant dans la mesure du possible leur adhésion »²⁰⁵. Cette définition est particulièrement extensive. Elle inclut tous les actes non décisives susceptibles de poursuivre une visée recommandationnelle. Il n'est pas particulièrement nouveau de constater que les actes non décisives exercent une influence sur leurs destinataires. Dans le cas contraire, il conviendrait de s'interroger sur leur utilité. Comme le remarque Thierry REVET à propos des avis, si ce ne sont que des opinions, elles aspirent « par définition, à devenir proposition obligatoire »²⁰⁶. Le Conseil d'État n'a toutefois pas décidé de contrôler toutes les manifestations de l'influence des autorités de régulation. Il restreint ainsi son prétoire aux actes qui « influencent fortement, dans les faits, les

²⁰⁵ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 9.

²⁰⁶ T. REVET, « Rapport introductif », *art. cit.*, p. 3.

acteurs du marché »²⁰⁷. Cette limitation est exprimée par la locution « de manière significative » dans le considérant de principe²⁰⁸.

648. Sans cela, le recours aurait été ouvert à tous les actes non décisifs à visée recommandationnelle pour peu que le requérant y ait un intérêt. Cette limitation fait écho aux conclusions de l'étude sur *Le droit souple* où il y est évoqué la « forte effectivité »²⁰⁹ des actes de droit souple, c'est-à-dire leur respect en pratique par ses destinataires. Par l'emploi d'une formule tautologique, plus performative que signifiante, les auteurs de l'étude laissent entendre que les actes à visée recommandationnelle, objet de l'étude, sont aussi, voire plus efficaces, que les actes juridiques à proprement parler. Ils n'envisagent pas tous les actes non décisifs, mais seulement ceux qui rivalisent avec les actes juridiques et qu'ils convient de ranger dans la catégorie des actes de « droit souple ». Derrière ce concept, les auteurs envisagent principalement les référents qui contribuent « à la standardisation des pratiques des acteurs concernés »²¹⁰ et les instruments recommandationnels qui, sans pouvoir être sanctionnés directement, interviennent dans un environnement où la possibilité d'une sanction existe²¹¹. Un des intérêts de cet élargissement du recours réside dans la résolution du problème théorique né de la jurisprudence *Formindep*. Le juge avait qualifié des actes manifestement non décisifs – les recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé (HAS) – d'actes décisifs pour en contrôler la légalité. Or ces actes avaient pour objet seulement, pour reprendre les termes du Conseil d'État, « de guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins »²¹². Rappelons que les professionnels de santé ont l'obligation déontologique d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science telles qu'elles ressortent notamment des recommandations de la HAS²¹³. Sur ce point, l'acte non décisif qui exerce une influence significative se rapproche beaucoup de l'acte impératif tel qu'il ressort des arrêts postérieurs à 2010.

²⁰⁷ CE, communiqué de presse relatif aux arrêts CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable, Droit souple*, 21 mars 2016 (conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple, consulté le 6 avril 2016).

²⁰⁸ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et a., précitée*, § 4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable, précitée*, § 5.

²⁰⁹ Conseil d'État, *Le droit souple, op. cit.*, p. 104.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² CE 27 avril 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*, Rec. Lebon p. 168.

²¹³ Le non-respect de l'acte n'implique aucune sanction mais constitue un indice du non-respect d'une norme juridiquement contraignante.

649. Au contraire, l'élargissement du recours à l'ensemble des actes à visée recommandationnelle, sans considération du caractère significatif de l'influence, aurait permis de saisir toutes les manifestations du phénomène recommandationnel. Cette solution reviendrait à poser une sorte de présomption d'efficacité de l'acte. Or, la restriction du recours aux actes qui influent « de manière significative » conduit le juge à s'interroger sur le degré d'influence qu'il convient de reconnaître à l'instrument recommandationnel pour que le requérant soit déclaré recevable à en contester la légalité. Il serait peu heureux que la mesure du caractère significatif de l'influence conduise à distinguer, sans véritable critère objectif, entre des actes d'une influence importante et des actes qui n'exerceraient qu'une influence mineure aux yeux du juge. À ce stade, il est permis de douter que le juge ait à sa disposition les outils nécessaires pour en effectuer la mesure – la bonne méthode. En effet, soit cette évaluation se fondera sur le constat empirique que les destinataires ont dans leur grande majorité suivi la recommandation ou la position de l'Autorité (en cela le critère de l'effet notable n'est pas alternatif, mais complémentaire), soit le juge s'en tiendra à l'identification de l'objet et à quelques indices lui permettant de présumer du caractère significatif de l'influence. Dans cette seconde hypothèse, la publication de l'acte sur le site internet de l'Autorité constituerait un indice pertinent en ce qu'elle conditionne le fait que l'acte soit suivi par un large nombre de personnes. Il en est allé ainsi pour l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou la Commission de régulation de l'énergie (CRE) dont les mises en garde et les communications ont été publiées sur leur site internet. Ils ont dès lors « connu une large diffusion » et sont restées accessibles sur le site jusqu'au jour de l'audience²¹⁴. Dans la première hypothèse, l'indice de la publication n'est plus suffisant, il ne permet que de présumer du caractère significatif de l'influence. En définitive, la mesure d'une influence « significative » risque de ne pas être plus simple que la mesure de l'impérativité d'une instruction ou d'une recommandation, substituant ainsi une sorte de « test d'effectivité »²¹⁵ au « test d'impérativité ». Il sera dès lors loisible au juge d'en fixer le seuil. On ne peut évidemment pas se satisfaire d'une telle proposition qui laisse une place trop importante aux considérations d'opportunité. Pour surmonter ce risque, le juge peut aussi considérer que la position de « Régulateur », en ce qu'elle confère une autorité morale sans

²¹⁴ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et a., précité*, §5 ; CE, 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez (Engie)*, Rec. Lebon p. 384, § 5 ; *AJDA*, 2016, p. 1481 ; *Ibid.*, p. 2119, note F. MELLERAY ; *JCP adm.*, 2016, p. 632 ; *Ibid.*, p. 2252, note O. LE BOT ; *Droit administratif*, 2016, p. 48, note P. IDOUX.

²¹⁵ Conseil d'État, *Le droit souple, op. cit.*, p. 137.

équivalent, suffit, une fois l'objet de l'acte identifié, à reconnaître le caractère significatif de cette influence.

650. En tout état de cause, le juge devra développer une jurisprudence cohérente permettant de surmonter les incertitudes quant à la ligne de partage entre les actes impératifs – donc décisifs – et les actes susceptibles d'influer de manière significative les comportements des acteurs – non décisifs. Pour le dire autrement, il faudra distinguer entre les actes auxquels il conviendra d'appliquer une grille de contrôle conçue pour de véritables décisions créant des droits ou des obligations et ceux bénéficiant d'un contrôle adapté pour ne pas dire « plus distancié »²¹⁶. Comme le relèvent Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU, l'impératif tel qu'il résulte de la jurisprudence *Duvignères* n'est pas nécessairement catégorique, on trouve dans « la jurisprudence un exemple poussé de la hardiesse du juge administratif pour s'abstraire des apparences »²¹⁷. La prise en compte de l'influence va dès lors poser de « délicats problèmes de frontières »²¹⁸ entre la recherche d'un impératif et le constat d'une influence. Par exemple, à propos des interprétations de la Commission de régulation de l'énergie, la comparaison des décisions du 3 mai 2011 et celle du 13 juillet 2016 illustre les problèmes qui peuvent résulter de la finesse de la frontière qui sépare ces deux critères. Dans les deux affaires, étaient contestées des délibérations de la CRE qui étaient des « communications » adressées aux opérateurs du marché de l'énergie. Dans l'affaire *Voltalis*²¹⁹, antérieure aux jurisprudences *Fairvesta* et *Numericable*, la CRE interprétait les dispositions législatives issues de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. Dans sa conclusion, la Commission prévoyait le principe selon lequel il appartiendra à l'opérateur d'effacement diffus de rémunérer les fournisseurs dont les clients ont accepté de réduire temporairement leur consommation d'énergie pour l'électricité injectée par ces fournisseurs dans le réseau électrique et valorisée par l'opérateur d'effacements diffus. Faisant application de la jurisprudence *Duvignères*²²⁰, le Conseil d'État a admis la recevabilité du recours en estimant que la délibération revêtait un caractère impératif. Ainsi, cette mention de la CRE en ce qu'elle « détermine l'un des paramètres essentiels de l'équilibre économique du

²¹⁶ S. VON COESTER, conclusions, art.cit., p. 502.

²¹⁷ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », art. cit., p. 693.

²¹⁸ L. DUTHEILLET de LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours pour le droit souple », note sous, CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, *AJDA*, 2016, p.717.

²¹⁹ CE, 3 mai 2011, n° 331858, *S.A. Voltalis*, T. Lebon p. 723, 748, 755 et 948 ; *RJEP*, 2011, n° 689, p.30, concl. P. COLLIN.

²²⁰ CE, 13 déc. 2002, n° 233618, *Duvignères*, précitée.

mécanisme d'effacement diffus, doit être regardée comme faisant grief à la société requérante ». En effet, force est d'admettre que cette position de la Commission s'impose à l'ensemble des opérateurs du secteur de l'énergie. La délibération fut annulée pour erreur de droit en ce qu'elle a méconnu la portée de la loi du 10 février 2000. Dans l'affaire *GDF Suez (Engie)*²²¹, postérieure aux jurisprudences *Faivesta* et *Numericable*, la CRE impose une interprétation erronée des dispositions du Code de la consommation qui revient à en réduire considérablement la portée. Le Conseil d'État estime que la délibération contestée, publiée sur le site internet de la Commission, constitue une simple référence pour les acteurs du secteur de l'électricité dont les effets économiques sont notables. En l'occurrence, tenant compte des effets de cette communication, le juge pouvait aussi bien en constater l'impérativité à l'instar de la solution *Voltalis*. Il est évident que cette interprétation s'impose aux acteurs du marché de l'électricité. En l'espèce, la délibération de la CRE est jugée illégale en ce qu'elle méconnaît respectivement l'esprit et le texte des dispositions législatives. La différence entre ces deux cas, s'il y convient d'en voir une, est assurément de l'épaisseur d'un fil de soie. Par conséquent, si le juge adopte une conception sévère de l'influence significative, le revirement n'augure pas nécessairement un accroissement du contentieux des actes administratifs devant le juge de l'excès de pouvoir, mais plus vraisemblablement un changement des fondements du recours à l'encontre de certains actes des autorités de régulation. Dans cette hypothèse, la « révolution »²²² ne serait que d'ordre sémantique. Toutefois, pour affirmer la distinction, le juge peut opérer un resserrement du test d'impérativité au cas où la naissance d'une obligation s'avère explicite, c'est-à-dire eu égard à une « formulation générale et impérative » et en tenant compte des pouvoirs de l'instance²²³.

651. En définitive, le critère de l'influence significative s'avère d'un apport limité en termes d'élargissement pratique du contentieux. Pour autant, évitant la rigueur d'une requalification, l'intérêt de ce critère s'apprécie au regard de la reconnaissance par le juge d'une compétence générale d'adopter des actes qui n'ont pas de portée décisive, mais qui permettent néanmoins de diriger les conduites. C'est la consécration de la souplesse des AAI dans l'accomplissement de leurs missions que le juge reconnaît et soutient par ce revirement de jurisprudence. Le juge

²²¹ CE, 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez (Engie)*, précitée.

²²² P. PAILLER, « Consécration d'un contrôle juridictionnel du droit souple », note sous CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2016, comm. 144.

²²³ D'ailleurs, dans une décision du 30 juin 2016, le Conseil d'État a estimé que la position attaquée de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) devait être regardée comme une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir eu égard à sa formulation générale et impérative : CE, 30 juin 2016, n° 383822, *Société Crédit agricole S.A.*, T. Lebon p. 654 et 862 ; *RTD com.*, 2016, p. 517, obs. M. STORCK ; *RJDA* 2016, n° 720 ; *RD banc. fin.*, 2016, n° 235, obs. N. MATHEY.

permet en réalité aux autorités de régulation de prendre des initiatives en toute liberté pour accomplir leurs missions sous la réserve qu'un texte puisse, même partiellement, fonder leur compétence.

ii. *L'effet notable de l'acte non décisoire*

652. Au critère attaché à l'objet de l'acte en question, le Conseil d'État ajoute, de façon alternative, celui de l'« effet notable »²²⁴. Ce critère correspond aux conséquences concrètes de l'acte pour son destinataire. Il est alternatif à celui de l'influence significative. Cette formule renvoie à la notion de grief telle qu'elle résulte de sa conception subjective. Ce sont les effets concrets de l'acte qui vont permettre de déterminer la recevabilité du recours. Ce critère s'appliquera donc dans l'hypothèse où l'influence de l'acte n'est pas significative ou encore que l'objet de l'acte en question n'est pas clairement celui d'influer sur les comportements ; il en va ainsi des actes *a priori* non normatifs, de nature purement incantatoire ; comme la publication d'une information qui, si elle a une visée recommandationnelle celle-ci apparaît implicite. Il en va ainsi de l'affaire dans laquelle la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (MIVILUDES) a mis en ligne dans la rubrique « Bibliographie » la quatrième de couverture d'un livre intitulé « Nicolas, 25 ans, rescapé des témoins de Jéhovah » qui entend « dénoncer les dérives sectaires sous toutes [leurs] formes »²²⁵. On peut également citer le cas où la Haute autorité de santé, sans chercher à influencer sur les comportements, exprime dans une recommandation sa préférence pour la non-inscription d'une spécialité sur la liste des spécialités remboursables par la sécurité sociale²²⁶. Dans ces hypothèses, est susceptible de faire grief toute information ou prise de position susceptibles de produire des effets même sans intention d'influer sur les comportements. Le critère de l'effet a vocation à prendre en compte l'influence de l'acte au-delà de son énoncé normatif.

653. Toutefois, cette prise en compte se fait sous réserve que le juge en constate le caractère « notable ». En effet, il ne suffit pas de constater des effets. À ce égard, tout acte porteur d'une indication est susceptible d'en avoir. Il faut que ceux-ci soient d'une certaine importance pour que le juge accepte la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte en question. Cette limitation résulte d'une préconisation de la Rapporteur publique Suzanne VON

²²⁴ Comme le relèvent L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET dans leur commentaire (*AJDA*, 2016, p. 719), on retrouve ici un des critères cumulatifs de la définition du « droit souple » telle que promue dans l'étude annuelle du Conseil d'État publiée pour l'année 2013 (Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 61).

²²⁵ CE, 7 août 2008, n° 310220, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, T. Lebon p. 655.

²²⁶ CE, 12 oct. 2009, n° 322784, *Société Glaxosmithkline Biologicals et Société Laboratoire Glaxosmithkline*, T. Lebon p. 598.

COESTER, selon qui, il est apparu « raisonnable de restreindre le champ du nouveau recours ». Elle proposa d'ailleurs de restreindre le recours aux seuls « effets économiques suffisamment notables »²²⁷. Elle justifie la limitation aux seuls effets économiques, car cette jurisprudence, de façon contingente, est limitée aux autorités de régulation : elle ne concerne donc principalement que les acteurs économiques²²⁸. Dans ce domaine, tout effet est susceptible de trouver une traduction sur le plan financier. Par exemple, l'atteinte à la réputation conduit à la perte de confiance des acteurs économiques et se traduit généralement par une baisse corrélée du chiffre d'affaires, de l'activité ou des commandes²²⁹. Toutefois, sans nier l'importance de l'impact social ou psychologique de la dénonciation d'une situation ou d'un comportement par une autorité publique, elle met de côté l'hypothèse d'une régulation par la réputation au-delà du champ de la régulation économique²³⁰. Si le juge suit cette proposition dans la décision *Sté Fairvesta*, il revient dessus dans sa décision *Numericable* : il confère au caractère économique de l'effet le statut d'exemple parmi d'autres par l'interpolation de l'adverbe « notamment ». Dans l'affaire *Fairvesta*, le communiqué de l'Autorité des marchés financiers, publié sur son site Internet, consistait à mettre en garde les investisseurs concernant des placements immobiliers commercialisés de façon « très active par des personnes tenant des discours parfois déséquilibrés au regard des risques encourus »²³¹, en l'occurrence une filiale de la société requérante. Ce communiqué avait donc la forme d'une mise en garde contre les activités de la société *Fairvesta* nommément désignée. En l'espèce, pour caractériser l'effet notable, le juge fait le lien entre la large et importante diffusion du communiqué de l'Autorité des marchés

²²⁷ S. VON COESTER, « Les communiqués », conclusions sur CE, assemblée, 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, RFDA, 2016, p. 501.

²²⁸ Pour une critique de l'orientation de la jurisprudence du Conseil d'État au regard des seuls intérêts économiques, voir le billet de F. ROLIN, « Le droit administratif est-il au service de Grand Capital ? », *AJDA*, 2016, p. 921 ; ainsi qu'une réponse à ce billet : A. ANTOINE et T. PERROUD, « Le “Capital au XXI^e siècle” et le droit administratif », *AJDA*, 2016, p. 1361.

²²⁹ Cet effet correspond précisément au préjudice économique tel que mis en lumière par Martine LAROQUE dans ses conclusions sur l'affaire *S.A. Laboratoires Goupil* (M. LAROQUE, conclusions sur CE du 27 mai 1987, n° 83292, *S.A. Laboratoires Goupil*, inédites, p. 4).

²³⁰ S. VON COESTER justifie l'exclusion de la régulation par la réputation car les prises de position qui mettent « nommément en cause une ou des personnes peuvent déjà, en l'état de la jurisprudence, donner lieu à une demande de rectification ou de retrait, faisant le cas échéant naître un refus qui pourra faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir » (S. VON COESTER, « Les communiqués », art. cit., p. 501). Elle fait ainsi référence à la jurisprudence relative à la détachabilité de l'acte publiant et de l'acte publié qui, en pratique, ne s'avère pas satisfaisante pour le requérant dans la mesure où c'est la prise de position qui est critiquée et non la décision de sa publication. Cette position s'explique donc avant tout car cette évolution du recours pour excès de pouvoir est dans l'esprit de son rapporteur limité à la régulation économique (Cf. P1. T2. Chap.2. Sect.3. §2).

²³¹ CE, Ass., n° 368082, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH*, précité §2.

financiers et la « diminution brutale des souscriptions des produits de placement »²³² que la Société requérante commercialisait en France.

654. La perspective d'un élargissement du recours aux actes non décisifs au-delà des seules autorités de régulation dans le champ économique implique d'étendre la jurisprudence à d'autres effets que ceux de nature économique. Tenant compte de la formulation du considérant de *Numericable*²³³, pourra être pris en considération l'effet sur la réputation d'un responsable d'une administration dont le service a été mis à l'index dans une recommandation ou, même, celle d'une entreprise lorsque le lien entre le chiffre d'affaires et la dénonciation par l'Autorité n'est pas établi. Il en va ainsi des dénonciations faites par le Défenseur des droits de faits de discrimination. Toutefois, un effet économique est aisément évaluable car il est quantifiable. Comment mesurer l'impact social ou psychologique d'un acte non décisif individuel ? À moins d'établir une présomption liée à la large diffusion de l'acte en question, il reviendra au requérant, à l'instar de la détermination de l'intérêt à agir, d'apporter la preuve des effets de l'acte et, le cas échéant, de sa diffusion.

655. Enfin, la question se pose de savoir si la notion d'effets notables implique que le juge doive les constater au moment où l'acte est publié ou si les effets peuvent être simplement potentiels ou futurs²³⁴. Par l'emploi de la formule des actes « de nature à produire des effets notables », le juge indique qu'il n'est pas nécessaire d'attendre que tous les effets se soient réalisés pour saisir l'acte. Il est permis d'introduire un recours contre un tel acte dès sa publication, notamment par une procédure en référé²³⁵. La Rapporteuse publique Suzanne VON COESTER avait d'ailleurs signalé la difficulté qu'il y aurait à appliquer un délai de recours de deux mois à un acte qui ne peut être contesté devant le juge que si ses effets sont effectivement notables au jour du recours. Dans le cas des actes adoptés dans le cadre d'une magistrature d'influence, les effets peuvent se faire sentir qu'après un certain temps. Le caractère fortement potentiel des effets confère à l'office du juge une marge de manœuvre particulièrement large. Dans le cas contraire, cela poserait la question du délai de recours²³⁶. Dans sa décision du 13

²³² CE, Ass., n° 368082, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH*, précité §5.

²³³ CE, Ass., n° 390023, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, précitée, §4.

²³⁴ A. SÉE, « Le droit souple des autorités de régulation », note sous CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et a.* et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, *Droit administratif*, n° 5, mai 2016, comm. 34, p. 54.

²³⁵ L. DUTHELLET de LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours pour le droit souple », art. cit., p. 717.

²³⁶ S. VON COESTER, « Les communiqués », art. cit., p. 497. Voir notamment : J.-S. BODA, commentaire sous la décision du CE, 23 décembre 2014, *Association lacanienne Internationale*, n° 362053, *Droit administratif*, n° 5, mai 2015, comm. 32, p. 32.

juillet 2016, le juge a mis un terme à cette interrogation en considérant qu'en « l'absence de dispositions législatives ou réglementaires prévoyant un autre mode de publication, la mise en ligne d'un acte [à visée recommandationnelle] sur le site Internet de l'autorité de régulation qui l'édicte, dans l'espace consacré à la publication des actes de l'autorité, fait courir, à l'égard des professionnels du secteur dont elle assure la régulation, le délai de recours prévu par ces dispositions »²³⁷.

656. En définitive, si le constat d'effets réels constitue une motivation légitime pour abandonner le principe d'irrecevabilité des recours à l'encontre des actes non décisifs, ériger en critère de recevabilité le caractère « notable » de ces derniers apparaît pour le moins discuté. En effet, cette adjectif relatif à l'importance des effets permet, à l'instar de la notion de grief pour les mesures d'ordre intérieur, d'opérer un tri qui ne dépend pas de la nature de l'acte en question, mais de choix d'opportunité²³⁸.

657. Plutôt que de hasarder une mesure des effets produits par un acte non décisif, l'abandon du principe d'irrecevabilité aurait constitué une véritable révolution du recours pour excès de pouvoir. Cet abandon n'impliquerait pas nécessairement un encombrement du prétoire, car le juge pourrait toujours mobiliser le critère de l'intérêt à agir du requérant pour en limiter l'accès. Dès lors, afin d'éloigner les soupçons d'un examen en opportunité de l'influence, il conviendrait d'établir une présomption d'influence dès lors que l'intérêt à agir est caractérisé. Pour autant, l'hypothèse d'un tel abandon n'est pas à l'ordre du jour. En effet, cette ouverture du prétoire à l'encontre de tous les actes à visée recommandationnelle est jugée « déraisonnable et de faible utilité, sinon contreproducti[f] en ce que cela [risquerait] de brider le recours à ces instruments dans l'exercice »²³⁹ des missions des « autorités de régulation ». Notons toutefois que cette conséquence découle de l'étendue du contrôle et non des conditions de sa recevabilité.

B. L'intérêt à agir du requérant contre un acte non décisif

658. Sans surprise, le Conseil d'État rappelle qu'un recours n'est jugé recevable que s'il est introduit « par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation »²⁴⁰. De

²³⁷ CE, 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez (Engie)*, précitée, §6.

²³⁸ À l'aune de ces revirements, on peut affirmer avec Alexandre CIAUDO qu'en ce qui concerne la détermination du « grief », « le conceptualisme cède facilement le pas à l'empirisme » (A. CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, op. cit., p. 407).

²³⁹ V. DAUMAS et S. VON COESTER, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de "droit souple" », art. cit., p. 33.

²⁴⁰ CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et a.*, n° 368082, précitée, §4.

façon classique, tout requérant doit avoir un intérêt personnel à obtenir ce qu'il demande. En l'occurrence, cette exigence s'applique de la même façon à une demande d'annulation d'un acte à visée recommandationnelle. Elle « se situe au tout premier rang des conditions de recevabilité »²⁴¹, et ce quelle que soit la nature de l'acte attaqué. Si l'intérêt à agir revient à rechercher les raisons qui poussent le requérant à agir, il doit néanmoins, dans sa détermination, se distinguer de l'intérêt plus général d'un tel recours²⁴².

659. Pour établir l'intérêt à agir, plusieurs conditions classiques sont rappelées. L'intérêt doit être direct et certain. Il convient d'ajouter légitime et actuel²⁴³. Lorsque l'acte ne vise pas directement le requérant, ce dernier doit démontrer sa qualité à agir. Il faut que le requérant appartienne au « cercle »²⁴⁴ des personnes que le juge estime « spécialement concernées » par l'acte litigieux²⁴⁵. La qualité pour agir apparaît donc comme une condition nécessaire et intrinsèque à l'intérêt à agir réglementant l'accès au juge dans les cas des actes impersonnels. Par exemple, on peut considérer concernant les personnes physiques que la qualité de médecin suffise à attaquer une recommandation de la Haute autorité de santé sous réserve de démontrer le caractère direct et certain de l'intérêt.

²⁴¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 425.

²⁴² Dans ses conclusions sur l'affaire *Casino Guichard-Perrachon*, Claire LEGRAS, à l'instar d'autres rapporteurs avant elle (L. DEREPA, conclusions sur CE, 13 juillet 2007, *Éditions Tissot*, n° 294195, art cit., p. 2145), a mis en garde le juge contre l'extension du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes non décisifs. Selon elle, aller au-delà du test d'impérativité était « à la fois périlleux et vain » (C. LEGRAS, conclusions sur CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, art cit, p. 7). L'infléchissement du principe d'irrecevabilité au profit de recours dirigés contre des rapports, des avis ou des recommandations doit se faire au contraire en trouvant « une martingale pour éviter d'ouvrir le prétoire à tous les lecteurs mécontents » (*Ibid.*). Autrement dit, s'il convient de ne pas nier l'influence de tels actes sur la réputation ou la conduite des affaires d'une entreprise ou d'un particulier, il faut toutefois considérer l'intérêt réel que présente l'annulation pour les requérants d'un acte à visée recommandationnelle émis par une autorité indépendante. Claire LEGRAS précisait dans ce sens que « l'annulation des recommandations d'un rapport administratif ne peut intervenir au seul motif qu'elles ne sont pas favorables à certains acteurs ou qu'ils craignent leur impact sur leur réputation, non pas parce que les effets de ces recommandations, parées de l'autorité morale de leur auteur, doit être minoré (sic), parce qu'il n'influe pas (sic) sur leur renom ou leur conduite des affaires, mais parce que leur annulation ne présente pour eux aucun intérêt » (*Ibid.*). On peut effectivement se demander quel intérêt peut bien trouver un requérant à voir contrôler des actes qui, de par leur caractère recommandationnel ou déclaratif, n'ont pas beaucoup de chance de modifier par eux-mêmes leur situation juridique. Toutefois celui-ci s'est révélé évident lors des arrêts du 21 mars 2016. Dès lors que les autorités chargées de missions de régulation exercent une magistrature d'influence, « l'auteur du recours se satisfera, bien souvent, du désaveu que constitue l'annulation juridictionnelle » (V. DAUMAS, « Les prises de position », conclusions sur la décision CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable, RFDA*, 2016, p.506). En effet, l'annulation de l'acte constituera un désaveu et partant conduira à une perte d'autorité de l'AAI concernée.

²⁴³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 425.

²⁴⁴ B. CHENOT, conclusions sur CE, 10 février 1950, *Gicquel*, cité par P. WEIL et D. POUYAUD, *Le droit administratif*, 24^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 103.

²⁴⁵ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, LGDJ Lextenso, 2015, paragr. 88.

660. En dehors des cas où le législateur détermine les conditions dans lesquelles l'intérêt donnant qualité à agir doit être caractérisé²⁴⁶, c'est au juge que revient cette tâche au regard d'une double exigence : permettre aux administrés de faire valoir leurs intérêts tout en ne compromettant pas l'action de l'administration. Il est, de façon générale, admis que le requérant fasse la démonstration de la lésion d'un simple intérêt à agir et non d'un droit subjectif, et ce quel que soit le contentieux²⁴⁷. Toutefois, contrairement au recours de pleine juridiction, l'exigence de l'intérêt à agir a fait l'objet d'une appréciation moins sévère par le juge de l'excès de pouvoir²⁴⁸, sans toutefois aller jusqu'à permettre à n'importe qui de contester n'importe quoi²⁴⁹. Les intérêts du requérant n'entrent en ligne de compte que de façon secondaire, et le plus souvent opportune (encombrement des prétoires). Cette tendance²⁵⁰ s'explique précisément en raison de la nature objective du recours pour excès de pouvoir dont la finalité consiste à purger l'ordre légal des éléments entachés d'illégalité²⁵¹.

661. Toutefois ce libéralisme est variable. En effet, le juge administratif paraît avoir adopté des degrés d'acceptation de l'intérêt à agir. Entre les deux extrêmes que sont les cas où le juge, au regard de la seule qualité, admet ou rejette l'intérêt à agir, règnent ceux, majoritaires, dans lesquels sa suffisance doit être démontrée²⁵². Au-delà de la qualité du requérant, ce sont les effets concrets de la mesure qui justifient d'accorder une importance à la dimension normative de l'acte, en d'autres termes à ouvrir le prétoire du juge de l'excès de pouvoir. L'intérêt à agir, comme condition de recevabilité *sine qua non*, n'est que le doublement de la condition de

²⁴⁶ L'intérêt à agir est légal dans le cas du déféré préfectoral. Par exemple, l'autorité préfectorale tient de l'article L2131-6 du CGCT un pouvoir de déférer devant le tribunal administratif les actes des autorités communales qu'elle estime irréguliers. Ce pouvoir résulte de la mission constitutionnelle attribuée à l'autorité préfectorale qui, aux termes de l'alinéa 6 de l'article 72 de la Constitution, « a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».

²⁴⁷ J. WALINE, *Droit administratif*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2014, paragr. 620.

²⁴⁸ D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Paris, LGDJ, 2002, p. 91.

²⁴⁹ J. THÉRY, conclusions sur CE, Sect., 28 mai 1971, *Damasio*, n° 78951, Rec. Lebon p. 391.

²⁵⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 795. Le constat qui ressort est que le juge fait preuve de libéralisme dans l'appréhension de ces conditions de l'intérêt à agir en matière de recours dirigés contre les actes administratifs unilatéraux décisifs (J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 651). Il est généralement fait référence à la jurisprudence *Abisset* (CE Sect., 14 février 1958, *Abisset*, Rec. Lebon p. 98, concl. M. LONG) pour illustrer ce constat. En effet dans cet arrêt, le Conseil d'État reconnaît à un utilisateur éventuel du camping municipal un intérêt à agir contre la décision d'une commune restreignant l'accès à ce camping (M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 630 ; D. BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA*, 3 février 2003, n° 24, p. 7 ; B. ODENT et D. TRUCHET, *La justice administrative*, Paris, PUF, 2008, p. 63).

²⁵¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 787.

²⁵² E. LANGELIER, « Nouvelles variations sur l'intérêt pour agir dans le recours en annulation », *AJDA*, 2012, n° 8, p. 418.

l'« effet notable » sur la situation du requérant. La notion de « grief » n'impliquait donc nullement de s'intéresser à la situation du requérant, car c'est la fonction de l'intérêt à agir.

662. Cette étape dans l'examen de la recevabilité du recours renvoie à un débat ancien sur la nature du recours pour excès de pouvoir, revisitant les différentes approches tiraillées entre recours objectif se rapprochant de l'action populaire d'une part et une approche subjective du recours d'autre part²⁵³, certains considérant la notion d'intérêt comme « une simple condition procédurale destinée à chasser le spectre de l'action populaire »²⁵⁴. Comme le rappelle Camille BROYELLE, la notion de « grief » peut, selon les décisions, servir un double emploi à la fois objectif (en plus du caractère décisoire) et subjectif (la lésion de l'intérêt du requérant). Toutefois, il apparaît pertinent afin de ne pas entretenir l'« ambivalence de la notion » de privilégier une signification de l'intérêt à agir distinct de celle du grief²⁵⁵. En dépit de cette observation, dans le considérant de principe commun aux décisions relatives aux actes à visée recommandationnelle, l'intérêt à agir et le grief s'avèrent interchangeable²⁵⁶. En effet, l'emploi de la notion de grief dans les décisions du 21 mars 2016 repose sur une appréciation des actes au regard de leurs effets concrets sur la situation des requérants. Or, de façon générale, la condition de l'intérêt à agir subordonne un examen objectif de la légalité à un élément subjectif, c'est-à-dire au lien existant entre le requérant et l'acte attaqué²⁵⁷. Bien qu'il ne soit plus exigé dans cette matière de démontrer la lésion d'un droit subjectif, le requérant doit néanmoins convaincre le juge que l'acte administratif unilatéral le concerne personnellement et qu'il tirera avantage de son annulation. Cela revient à identifier les effets de l'acte sur sa situation personnelle.

663. L'intérêt à agir est apprécié eu égard à l'intérêt invoqué par le requérant en même temps qu'au regard de l'objet de la demande, c'est-à-dire des conclusions de la requête. Il est nécessaire que la qualité invoquée pour agir soit en rapport avec l'objet ou les effets de cet acte administratif unilatéral. Rappelons que l'intérêt s'apprécie au regard de l'objet de la décision et non de ses motifs²⁵⁸. Par exemple, les effets économiques ne sont susceptibles d'être notables

²⁵³ D. BAILLEUL, « L'intérêt d'un «intérêt à agir» en matière d'excès de pouvoir », art. cit., p. 6.

²⁵⁴ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., paragr. 89.

²⁵⁵ *Ibid.*, paragr. 90.

²⁵⁶ Dans la décision du 13 juillet 2016, la confusion est frappante. Si l'intérêt à agir est évoqué, il n'est explicité qu'au regard des effets économiques notables de la communication de la Commission de régulation de l'énergie (CE, 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez (Engie)*, précité, § 5).

²⁵⁷ C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, op. cit., paragr. 89.

²⁵⁸ A. de CHAISEMARTIN, « Intérêt pour agir », *Répertoire de contentieux administratif*, février 2008 (actualisation juin 2015), paragr. 11.

qu'au regard des intérêts économiques défendus par les sociétés du secteur susceptibles d'être impactées par la publication de la mise en garde ou de la prise de position attaquée. L'identification des effets concrets de la mesure constitue donc une étape dans la détermination de l'intérêt à agir. Cela doit permettre de vérifier l'adéquation de l'intérêt invoqué par les requérants. Par exemple, la défense d'intérêts économiques par un requérant lui permet d'invoquer l'impact économique direct de l'acte sur son activité pour attaquer l'acte devant le juge de l'excès de pouvoir²⁵⁹. Il en va de même pour la défense d'un intérêt moral. S'il n'est pas trop général ou abstrait, il peut également être invoqué dans le cas où le requérant arrive à faire la preuve que la mesure porte ou est susceptible de porter atteinte à sa réputation²⁶⁰. Par ailleurs, comme la notion d'effet notable qui doit être « de nature » à produire des effets, l'intérêt du requérant peut n'être qu'éventuel ou futur²⁶¹.

664. Dans les affaires *Sté Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016, tant la qualité pour agir que le caractère certain et direct de l'intérêt ne posaient guère de difficulté. En effet, dans l'affaire *Numericable*, la prise de position litigieuse de l'Autorité de la concurrence confirmait la possibilité pour le groupe *Canal Plus* de concurrencer la société requérante sur sa propre plateforme de diffusion de services de télévision payante. Sans doute, en serait-il allé autrement d'un concurrent du groupe *Canal Plus* autre que la société requérante dans la mesure où elle ne serait pas directement concernée par cette prise de position. Elle ne se verrait probablement pas reconnaître un intérêt suffisant pour la contester. Quant à la mise en garde de l'Autorité des marchés financiers, dans l'affaire *Sté Fairvesta*, celle-ci avertit un secteur des pratiques de la société requérante qu'elle désigne. Celle-ci a dès lors un intérêt suffisamment direct et certain à en demander l'annulation, compte tenu des effets sur ses conditions d'exploitation. Au contraire, il aurait été plus difficile de caractériser l'intérêt à agir des destinataires de la mise en garde à savoir les investisseurs potentiels. En effet, leur seule qualité de destinataires n'aurait pas suffi à établir leur intérêt. Ils devraient démontrer que leur intérêt a été affecté de façon certaine.

²⁵⁹ Par exemple, un hôtelier est recevable à attaquer l'arrêté du ministre de l'éducation nationale fixant la date des vacances scolaires. Son activité professionnelle spécifique n'est pas trop indirectement concernée par la fixation de ces dates qui risque d'avoir un effet concret sur sa situation (CE, 28 mai 1971, n° 78951, *Damasio*, Rec. Lebon p. 391, concl. J. THÉRY).

²⁶⁰ Par exemple, un fonctionnaire a intérêt à contester une décision qui porte atteinte à sa réputation (CE, 21 mai 1948, *Clausi*, Rec. Lebon, p. 225).

²⁶¹ A. BÉAL, « Intérêt à agir », *JC Administratif*, Fasc. 1082, 1^{er} juillet 2013, mise à jour le 22 juin 2016, § 24.

665. En dépit de ces précisions, s'agissant d'une notion « plus fonctionnelle que conceptuelle »²⁶², la jurisprudence relative à la détermination de l'intérêt à agir n'est pas uniforme. Il a été observé en ce sens que l'approche est plus ou moins exigeante selon la nature de l'acte attaqué²⁶³. Dès lors, l'élargissement progressif de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir peut trouver dans l'intérêt à agir l'outil idoine permettant de limiter le contentieux des actes administratifs unilatéraux non décisifs. L'examen de l'intérêt à agir est susceptible de varier selon que l'acte attaqué est impératif ou recommandationnel. C'est d'ailleurs le sens du critère de l'effet notable²⁶⁴. Démontrer que l'intérêt du demandeur est direct et certain impose en effet au demandeur de faire la preuve de l'effet de l'acte sur sa situation personnelle. Pour autant, le constat suivant lequel la condition de l'intérêt à agir, telle que rappelée, ne déroge pas dans les décisions du 21 mars 2016 à la jurisprudence classique pourra être remis en question. L'extension de cette jurisprudence relative aux actes non décisifs à des domaines qui n'impliquent pas principalement des intérêts économiques peut conduire à terme à imposer une lecture particulièrement exigeante de l'intérêt pour agir, en raison précisément du caractère non décisif de l'acte attaqué.

666. En définitive, il est permis d'imaginer, même si cela n'exprime pas un souhait, que l'ouverture du prétoire aux actes non décisifs s'accompagne, à rebours de l'élargissement de la notion d'intérêt à agir, d'une appréciation plus stricte pour les recours dirigés contre de tels actes. Cette tendance serait particulièrement probable dans le cas où le juge déciderait d'abandonner les critères incertains de l'effet notable et de l'influence significative, autrement dit d'abandonner le principe d'irrecevabilité des recours contre les actes administratifs unilatéraux non décisifs. L'appréciation stricte de l'intérêt à agir constituerait dès lors le seul outil permettant de limiter la multiplication des contentieux. C'était d'ailleurs l'une des préconisations des deux rapporteurs publics, Vincent DAUMAS et Suzanne VON COESTER²⁶⁵, dans leurs conclusions. Sur ce point, l'assemblée du contentieux ne les a pas suivis et n'a pas souhaité poser une exigence supplémentaire. En effet, nul n'était besoin en l'état d'une telle approche, car l'« effet notable » remplit déjà cette fonction.

²⁶² G. LEBRETON, « L'intérêt à agir partiel », *RFDA*, 1988, p. 923.

²⁶³ D. BAILLEUL, « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », art. cit., p. 6.

²⁶⁴ V. DAUMAS, « Les prises de position », art. cit., p. 515.

²⁶⁵ S. VON COESTER, « Les communiqués », art. cit., p. 502 ; V. DAUMAS, « Les prises de position », art. cit., p. 510.

C. Les leçons tirées des jurisprudences relatives aux actes non décisifs : vers l'abandon complet du principe d'irrecevabilité

667. Les réticences liées à l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir contre des actes dits « non kelséniens »²⁶⁶ ne sont pas d'ordre théorique. Le juge administratif est habitué à assurer un contrôle de la légalité d'acte non décisif. Il convient de relever d'ailleurs que son contrôle ne diffère guère de celui qu'il assure sur l'acte décisif²⁶⁷. Qu'il s'agisse d'avis non contraignants ou encore de l'ancienne jurisprudence des vœux, le juge a accepté et accepte d'examiner la légalité de ces actes alors qu'ils ne manifestent aucunement la volonté de l'autorité de prescrire un comportement. Lorsqu'il exerce son contrôle, il n'est d'ailleurs fait aucunement référence aux effets de ces actes, hormis dans l'identification de l'intérêt à agir du requérant.

668. Au regard d'une jurisprudence constante à l'égard des mesures préparatoires, il convient de constater que le principe d'irrecevabilité des requêtes dirigées contre des actes non décisifs n'était, jusqu'aux décisions du 21 mars 2016, valable que dans l'hypothèse d'un recours par voie d'action. Lorsque ces actes possèdent un lien avec une décision, les requérants conservent la possibilité de soulever des motifs tenant à l'illégalité de la mesure préparatoire lorsque celle-ci est obligatoire ou s'avère déterminante dans la procédure d'édiction de la décision. En d'autres termes, l'irrecevabilité du recours à l'encontre des mesures préparatoires signifie seulement que ces mesures sont insusceptibles de contestation immédiate, « mais à l'appui d'un recours exercé contre une décision ultérieure, celle qui a été préparée, il sera possible d'invoquer l'illégalité qui entacherait la mesure préparatoire et d'obtenir l'annulation de la décision attaquée »²⁶⁸. Par exemple, le juge peut, dans le cas des avis préparatoires lorsque le recueil fait l'objet d'une obligation, annuler la décision finale « pour irrégularité de la procédure suivie » si par exemple l'organisme consultatif n'était pas, lors de l'émission de l'avis, composé de la manière prévue²⁶⁹.

669. De façon plus nette encore, le Conseil d'État admet, depuis le début des années cinquante, la recevabilité des conclusions d'excès de pouvoir dirigées à l'encontre de délibérations des collectivités territoriales (avis, propositions, recommandations, vœux).

²⁶⁶ S. VON COESTER et V. DAUMAS, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de “droit souple” », art. cit., p. 33.

²⁶⁷ Concernant les actes consultatifs traditionnels, c'est-à-dire pris dans le cadre d'une procédure d'édiction d'une décision, Yves WEBER montre dans sa thèse sur *L'administration consultative* que l'acte consultatif est un acte juridique susceptible de faire l'objet d'un examen de légalité sous certaines conditions (Y. WEBER, *L'administration consultative*, op. cit., p. 196 et s.).

²⁶⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 344.

²⁶⁹ CE, 02 juillet 2007, n° 290593, *Association AC ! et autres*, Rec. Lebon p. 293.

Jusqu'à une décision du 29 décembre 1997²⁷⁰, ce contrôle était ouvert à la condition que les conclusions du requérant se limitent aux « vices propres » de la délibération, et ce alors même que celle-ci n'aurait d'autre portée que purement incantatoire. Même si cette notion était « rarement explicité[e] dans les rares arrêts et jugements qui en font état »²⁷¹, le « vice propre » consistait dans le moyen par lequel le requérant contestait les conditions de forme et de procédure selon lesquelles l'organe collégial avait délibéré. À l'exclusion de tout moyen portant sur le fond ou le contenu de l'acte susceptible d'être assimilé à des moyens de légalité interne, le « vice propre » s'apparentait donc à un moyen tiré de la légalité externe de la délibération attaquée, c'est-à-dire toutes les règles d'organisation et de fonctionnement des assemblées délibérantes. La jurisprudence des vices propres constituait ainsi une véritable exception au principe d'irrecevabilité²⁷². Dans sa décision du 29 décembre 1997²⁷³, *Sarl ENLEM*, le Conseil d'État a néanmoins décidé, suivant en cela les propositions de son commissaire du Gouvernement Laurent TOUVET, d'abandonner cette voie de contestation originale²⁷⁴. Laurent TOUVET, évoquant l'état de la jurisprudence antérieure²⁷⁵, faisait plusieurs propositions d'évolution parmi lesquelles l'élargissement des motifs de recours des administrés à tous les éléments de la délibération non décisive²⁷⁶. Le Conseil d'État opta néanmoins pour une solution plus restrictive puisque désormais seul le préfet, en vertu des termes généraux des lois de décentralisation du 2 mars 1982, demeure recevable à déférer devant le tribunal administratif toutes les délibérations des collectivités locales, y compris celles ne comportant qu'un acte préparatoire. Toutefois, depuis cet arrêt, le préfet n'est pas limité aux vices propres des délibérations. Le juge considère qu'il est possible à ce dernier de déférer « au tribunal administratif les actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics qu'il estime contraires à la légalité », sans précision aucune quant à l'étendue de cette dernière. Selon

²⁷⁰ CE, Sect., 29 décembre 1997, n° 157623, *S.A.R.L. ENLEM*, Rec. Lebon p. 500 ; *RFDA*, 1998, p.553, concl. L. TOUVET.

²⁷¹ G. KOUBI, « Le vice propre à la délibération dans le droit de la décentralisation », *AJDA*, 1992, p. 779.

²⁷² CE, Sect., 24 mai 1957, *Chougnny*, Rec. Lebon p. 339 ; *RDP*, 1958, p.290, note M. WALINE.

²⁷³ CE, Sect., 29 décembre 1997, n° 157623, *S.A.R.L. ENLEM*, Rec. Lebon, p. 500 ; *RFDA*, 1998, p. 553, concl. L. TOUVET.

²⁷⁴ Cette jurisprudence se fonde toutefois sur d'anciennes dispositions législatives qui prohibent les vœux politiques des assemblées locales, autrement dit des conseils municipaux (L. TOUVET, conclusions, *RFDA*, 1998, p. 554). Par conséquent, les vœux des conseils généraux étaient insusceptibles de faire l'objet d'un recours par voie d'action et ce, conformément à la position constante du juge administratif à savoir qu'il ne s'agit pas d'un acte décisive susceptible de faire grief.

²⁷⁵ Pour un aperçu de l'état du droit antérieur à l'arrêt *SARL ENLEM* : J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, p. 201.

²⁷⁶ L. TOUVET, « Irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les vœux des assemblées locales », art. cit., p. 558.

M. TOUVET, le juge démontre ainsi qu'il sait « instiller les solutions hardies par des nuances de rédaction »²⁷⁷. En définitive, même si les administrés ne sont plus recevables à attaquer les délibérations des conseils municipaux lorsqu'aucun acte décisoire n'en ressort, le juge n'en accepte pas moins d'examiner la légalité de délibérations simplement recommandationnelles sur saisine du préfet. Geneviève KOUBI, étudiant la jurisprudence des « vices propres » avant la jurisprudence *Sarl ENLEM*, envisageait de façon audacieuse la possibilité de l'éclosion progressive d'un contentieux de l'excès de pouvoir de l'ensemble des « actes non exécutoires »²⁷⁸, entendu ici comme les actes administratifs unilatéraux non décisaires, à partir des fondements théoriques de la jurisprudence des vœux. Toutefois, la limitation au préfet a douché les espoirs d'un tel contrôle, s'interdisant, pour un temps, l'ouverture d'« une nouvelle voie aux droits des citoyens »²⁷⁹.

670. Ces exemples tirés de la jurisprudence du Conseil d'État ainsi que le contexte susévoqué lié aux caractéristiques du procédé recommandationnel devraient conduire à reconsidérer la position du juge administratif dans son ensemble vis-à-vis de l'exercice d'une magistrature d'influence. Ces solutions jurisprudentielles sont intéressantes en ce qu'elles consistent à ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre des actes non décisaires, sans considération de leurs effets (notables, préjudiciables, etc.). Ces solutions militent en faveur de l'abandon du principe d'irrecevabilité contre les actes non décisaires. Toutefois, cette évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir devrait être entérinée par le législateur qui en prévoirait les conditions et les limites par une modification de l'article du Code de justice administrative relatif à la règle de la décision préalable²⁸⁰. Toutefois à défaut d'une telle intervention, la haute juridiction, réunie en Assemblée, ne fragiliserait pas outre mesure les fondations de sa jurisprudence si elle envisageait d'« adapter les règles canoniques d'accès à son prétoire à ce nouvel état de fait et de droit »²⁸¹ à l'ensemble des actes non décisaires, et non plus seulement aux actes des « autorités de régulation » produisant un effet important.

671. En définitive, la mobilisation d'une conception subjective du « grief », dissociée du caractère décisoire, ne permet pas une appréciation simplifiée de la recevabilité d'un recours contre des actes non décisaires, mais constituerait plutôt soit une étape superfétatoire à l'identification d'un intérêt à agir – « l'effet notable » – voire à la réintroduction d'un critère se

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 560.

²⁷⁸ G. KOUBI, « Le vice propre à la délibération dans le droit de la décentralisation », art. cit., p. 784.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Article R421-1 du Code de justice administrative.

²⁸¹ X. DOMINO et A. BRETONNEAU, « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012 p. 2373.

rapprochant de celui de l'impérativité de l'acte – « l'influence significative ». Même si certains auteurs voient dans l'intérêt à agir un autre aspect de la notion de grief au regard de la structuration du contentieux de l'excès de pouvoir²⁸², il conviendrait de privilégier au contraire une approche objective du grief visant à ne pas confondre ces deux notions. L'intérêt à agir s'analyse au regard de la relation de la personne du requérant à l'acte, là où, suivant une approche objective, l'acte faisant grief est caractérisé en lui-même, indépendamment de celui qui le conteste. Dans l'appréhension objective du grief, l'appréciation s'opère en fonction des conséquences produites par l'acte, notamment celles sur le requérant, mais ce dernier ne sert pas de point de référence unique²⁸³. À cet égard, la jurisprudence des vœux rend inexacte l'affirmation selon laquelle ces deux notions sont « parfaitement interchangeables »²⁸⁴. Si dans le cas d'un recours dirigé contre une décision, le caractère décisive et l'exigence du « grief » sont des conditions à l'évaluation de l'intérêt à agir, dans celui d'un recours dirigé contre un acte à visée recommandationnelle, l'intérêt donnant qualité à agir au requérant devrait, en toute logique, demeurer l'unique moyen à la disposition du juge pour se prononcer sur la recevabilité de la requête. Dès lors, les requérants pourraient avoir un intérêt à agir même si l'acte en question est purement incantatoire et ne génère aucun préjudice.

§2 Les conséquences sur l'office du juge de l'excès de pouvoir du contrôle des actes d'une magistrature d'influence

672. Dans les considérants de principe, le juge considère qu'il lui appartient, « saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques »²⁸⁵. Cette formule traduit l'idée selon laquelle il n'y a pas lieu d'appliquer une grille de contrôle conçue pour de véritables décisions créant des droits ou des obligations à des actes à visée recommandationnelle. La crainte réside dans le fait de porter un coup d'arrêt au développement des instruments recommandationnels dont l'utilité apparaît acceptée par les rapporteurs publics et plébiscitée par les membres des autorités. Toutefois, cette formule reste à l'état d'annonce. Le Conseil d'État n'a pas retenu la

²⁸² Par exemple, Raymond ODENT, privilégiant une approche subjective du « grief » d'une décision administrative, voit dans l'intérêt à agir un autre aspect du grief (R. ODENT, *Contentieux administratif*, 6e éd., fasc. I à IV, Les Cours de droit, Paris, 1977-1981, rééd., T.I, Dalloz, 2007, p.808. Cité par A. CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 214).

²⁸³ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisive », *art. cit.*, p. 303.

²⁸⁴ F. BENOIT-ROHMER, *La recevabilité dans le droit du contentieux administratif français*, Thèse pour l'obtention d'un doctorat d'État en droit public, Université Robert Schumann, Strasbourg III, 1984, p. 115 cité par A. CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 214.

²⁸⁵ CE, Ass., n° 368082, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH*, précité, §4 ; CE, Ass., n° 390023, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, précité, §5.

voie d'un contrôle différent de celui des actes classiques, autrement dit, il ne limite pas les moyens invocables (§1). En outre, l'adaptabilité du recours va se ressentir dans les choix du recours et des outils permettant l'exécution du jugement, ceux-ci manifestant le souci du juge de respecter le « pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation » (§2).

A. L'étendue du contrôle opéré sur les actes non décisifs

673. En ce qui concerne l'étendue du contrôle, l'originalité du recours dirigé contre les actes à visée recommandationnelle n'est pas évidente. En effet, le juge opère sur les actes qui lui sont soumis un contrôle de légalité classique, c'est-à-dire tant des vices de légalité externe qu'interne. La proposition d'un contrôle adapté se trouve dans les conclusions du Rapporteur public dans l'affaire *Numericable*²⁸⁶. Il préconisait notamment de limiter les moyens que le requérant serait admis à soulever à ceux présentant un lien direct avec l'intérêt lui donnant qualité pour agir contre l'acte attaqué. Cette proposition de régime spécifique s'inspirait de la solution que l'assemblée du contentieux avait retenue en 2014 en ouvrant aux tiers une voie de recours directe contre les contrats administratifs, sous la forme d'un recours de pleine juridiction²⁸⁷. Cette « subjectivisation des moyens » est néanmoins discutable, car la recevabilité des conclusions est généralement appréciée indépendamment de l'argumentation qui les fonde.

674. Plutôt que de limiter les moyens invocables, ce sont les règles de légalité applicables à ces actes non décisifs qui seront adaptées « en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation »²⁸⁸. Ainsi, le contrôle est susceptible de porter sur tous les vices de la légalité tant externe qu'interne (la compétence, la procédure, le détournement de pouvoirs, l'erreur de droit, l'exactitude matérielle des faits, la qualification juridique des faits et plus précisément de l'erreur manifeste d'appréciation). En d'autres termes, si tous les moyens sont invocables tous ne seront pas opérants²⁸⁹. *In fine*, le juge opère un contrôle de légalité classique sur les actes non décisifs des « autorités de régulation ».

²⁸⁶ V. DAUMAS, « Les prises de position », art. cit., p. 510.

²⁸⁷ CE, Ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne c/ Bonhomme*, Rec. Lebon, p.70, concl. B. DACOSTA ; *RFDA*, 2014, p. 425, concl. B. DACOSTA ; *Ibid.*, 2014, p. 438, P. DELVOLVÉ ; *AJDA*, 2014, p. 764 ; *Ibid.*, 2014, p. 1035, chron. A. BRETONNEAU et J. LESSI ; *D*, 2014, p. 1179, M. GAUDEMET et A. DIZIER ; *RDI*, 2014, p. 344, obs. S. BRACONNIER ; *AJ Collectivités territoriales*, 2014, p. 375, obs. S. DYENS ; *RTD com.*, 2014, p.335, obs. G. ORSONI ; *Rev.UE*, 2015, p.370, étude G. ECKERT ; *GAJA*, 20e éd., 2015, p. 910.

²⁸⁸ CE, Ass., n° 368082, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH, précité*, §4 ; CE, Ass., n° 390023, 21 mars 2016, *Société NC Numericable, précité*, §5.

²⁸⁹ L. DUTHELLET de LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours pour le droit souple », art. cit., p.721.

675. Pour appréhender l'ampleur du contrôle du juge, il convient de distinguer les instruments d'une magistrature d'influence selon qu'ils contiennent un énoncé normatif tel que, par exemple, les recommandations de bonnes pratiques ou les interprétations du droit en vigueur (1) ou un énoncé non normatif, c'est-à-dire une opinion ou de simples informations techniques, économiques ou sociales (2).

1) Le contrôle variable des actes porteurs d'un énoncé normatif

676. Dans l'hypothèse où les actes des autorités sont porteurs d'un énoncé normatif recommandationnel, c'est-à-dire un modèle de comportement proposé, le juge confrontera les interprétations ou les normes sises dans ces actes au regard des textes concernés. Comme le rappelle Martin COLLET, « rien n'empêche que la validité de leur contenu – leur légalité interne – ne soit appréciée par rapport au contenu d'une norme hiérarchiquement supérieure »²⁹⁰. Ces propositions tiennent compte du fait que ces normes constituent des référents dans la vie des personnes. Or elles sont susceptibles d'être illégales, du moins contraires aux lois et règlements en vigueur. Toutefois, en ce qui concerne l'appréciation des faits par l'autorité, Sandrine VON COESTER préconisait de se limiter à l'erreur manifeste d'appréciation afin « que le juge ne se substitue pas au régulateur ». Dans ce cas, le contrôle devait être « aussi distancié que possible sur l'appréciation des faits »²⁹¹. Ne tenant pas compte de cette proposition, dans la décision *Numericable*, le Conseil d'État opère un contrôle entier sur la prise de position de l'Autorité de la concurrence en estimant ainsi que l'Autorité n'avait pas commis d'erreur d'appréciation « en estimant que l'ensemble des éléments de réseaux utilisés par NC Numericable appartiennent à une unique plateforme propriétaire et que, par suite, les plateformes de SFR et de Numericable ont fusionné »²⁹². Cette solution s'explique, car la prise de position de l'Autorité s'inscrivait précisément dans le cadre de l'exécution d'une injonction figurant dans une autorisation de concentration. Le juge suit en cela les préconisations du Rapporteur public Vincent DAUMAS qui, dans ses conclusions, considère qu'il convient d'adopter un contrôle aussi étendu que celui que le juge porte sur les injonctions dont peut être assortie une décision autorisant une concentration. En effet, cela s'explique en ce que l'objet même de la prise de position est de préciser la portée pratique d'une injonction²⁹³. Dès lors, l'étendue du contrôle des actes non décisionnaires des AAI sera plus ou moins importante selon que l'énoncé normatif fait référence à

²⁹⁰ M. COLLET, « La recevabilité du recours en annulation contre les instructions fiscales », art. cit., p. 23.

²⁹¹ S. VON COESTER, « Les communiqués », art. cit., p. 502.

²⁹² CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, précitée §14.

²⁹³ V. DAUMAS, « Les prises de position », art. cit., p. 512.

une norme juridique existante voire en précise sa portée. Il en va ainsi des prises de position ou des communications²⁹⁴ qui détaillent ou complètent un texte juridique existant. Lorsque l'autorité porte une appréciation sur une situation précise dont les éléments sont déterminés par un texte de loi, le juge est susceptible d'opérer un contrôle normal qui implique la censure de toutes les erreurs de qualification commises par l'autorité compétente, même si elles ne présentent pas un caractère manifeste.

677. Ensuite, dans l'hypothèse où les référents normatifs ne s'apprécient pas en lien avec une norme juridique en vigueur, le contrôle sur le fond s'avère plus réduit. Le juge se contentera de vérifier la compétence matérielle de l'autorité ayant adopté l'acte. Dans ce cas, il vérifie que l'autorité ne prend pas position sur un sujet qui n'entre pas dans son champ de compétence tel qu'il est défini par la loi. De plus, lorsqu'il sera en présence d'un pouvoir amplement discrétionnaire où l'appréciation est plus technique, le juge se contentera d'opérer un contrôle restreint, c'est-à-dire limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Cela concerne par exemple les recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé. Toutefois, même dans sa forme restreinte, le contrôle par le juge administratif des actes non décisifs conserve son intérêt. Il sanctionnera les anomalies les plus graves qui, si elles demeurent relativement peu nombreuses, sont susceptibles de mettre en péril l'efficacité de l'action des magistratures d'influence en portant atteinte à la confiance que les requérants peuvent leur accorder. Le juge se contente, dès lors, d'examiner la procédure d'expertise pour en conclure si oui ou non les conditions étaient réunies pour qu'une erreur manifeste d'appréciation soit permise. Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion d'opérer un contrôle de ce type à propos des recommandations de la Haute autorité de la Santé (HAS) dans une décision du 23 décembre 2014, *Association lacanienne internationale*²⁹⁵. Le contenu très technique des recommandations rendait difficile le contrôle du contenu de l'acte. En l'espèce, la Rapporteuse publique, Claire LANDAIS, estimait à la lecture des compétences de la HAS qu'il lui était « loisible [...] de choisir la procédure d'évaluation qui lui semble la plus pertinente lors de l'élaboration d'une recommandation de bonnes pratiques ». Le juge a dès lors rejeté le recours au regard de « l'état des connaissances scientifiques sur laquelle elle s'appuie ». Sa recommandation n'était pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil d'État veille ainsi à la régularité de la procédure suivie.

²⁹⁴ Par exemple, dans la décision du 13 juillet 2016, le Conseil d'État annule la délibération portant communication de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) relative à la gestion de clients en contrat unique en ce que celle-ci n'est pas conforme aux dispositions législatives en vigueur. En effet, l'interprétation de la CRE restreint la portée de l'application des dispositions législatives (CE, 13 juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez (Engie)*, précitée).

²⁹⁵ CE, 23 décembre 2014, n° 362053, *Association lacanienne internationale*, inédite ; *Droit administratif*, n° 5, mai 2015, comm. 32, p. 31, J.-S. BODA.

Dans l'affaire *Numericable*, il répond au moyen tiré de la méconnaissance des droits de la défense²⁹⁶. Il considère que la procédure suivie (une consultation des opérateurs du marché, la possibilité de Numericable de présenter des observations écrites et orales, le délibéré en commission permanente) a été régulière. C'est d'ailleurs le sens de la jurisprudence relative aux recommandations de la Haute autorité de santé. L'Association *FORMINDEP* à l'origine du recours avait adressé un courrier demandant à la HAS d'abroger sa recommandation professionnelle en raison du non-respect des procédures de gestion des conflits d'intérêts²⁹⁷. En effet, après s'être prononcé sur la nature des recommandations de la HAS, le Conseil d'État a estimé que celle-ci avait été élaborée en méconnaissance du principe d'impartialité, en raison de la présence au sein du groupe de travail chargé de sa rédaction, d'experts médicaux qui entretenaient avec des entreprises pharmaceutiques des liens de nature à caractériser des situations prohibées de conflit d'intérêts. Le juge devra prendre en compte les règles internes que l'autorité se sera elle-même données pour l'édiction de ces actes, à l'instar des « lignes directrices » d'élaboration des normes recommandationnelles. Comme l'explique Gérard TIMSIT, le rôle du juge n'est plus seulement celui de sanctionner les entorses au principe de légalité, mais de « vérifier que la norme a été effectivement adoptée au terme d'une procédure dialogale – d'où l'importance des exigences de transparence, équité, etc. destinées à garantir l'existence et la qualité du dialogue qui doit précéder et accompagner l'édiction de la norme »²⁹⁸.

2) *Le contrôle limité des actes porteurs d'un énoncé non normatif*

678. Dans le cas des expertises, des rapports issus d'activité d'évaluation ou de simples énoncés incantatoires émis par les AAI, on peut légitimement s'interroger sur l'étendue du contrôle que le juge administratif pourrait exercer. Quel est l'intérêt à agir contre un acte qui ne prescrit pas un comportement ou ne prend pas nécessairement position, mais se contente de décrire un état ou de formuler un souhait. Il convient de rappeler qu'un énoncé descriptif n'est pas nécessairement sans influence, ainsi que le caractère ténu de la frontière entre descriptif et prescriptif. L'intention d'une instance de faire connaître une situation ou une expertise ainsi que le choix d'un moment précis de sa diffusion peut relever d'une stratégie d'influence déterminée. Toutefois, dans ses conclusions sur les arrêts du 11 octobre 2012, Claire LEGRAS

²⁹⁶ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, précitée, § 9.

²⁹⁷ CE, 27 avril 2011, n° 334396 *FORMINDEP*, précitée.

²⁹⁸ G. TIMSIT, « Normativité et régulation », art. cit., [en ligne].

justifiait l'irrecevabilité des recours dirigés contre les avis de l'Autorité de la concurrence, car, selon elle, la contestation d'un acte d'une autorité administrative, indépendante ou pas, pris dans le cadre de ses attributions consultatives revenait à demander au juge administratif de devenir le juge de l'expertise qui précède ces actes. Or, le juge de l'excès de pouvoir « n'a pas vocation à se muer en instance d'appel de l'expertise administrative et à refaire le travail consultatif des autorités de régulation »²⁹⁹. On ne peut qu'être en désaccord avec cette idée telle qu'elle est énoncée, car le contrôle de la légalité consiste à examiner tant l'expertise que sa régularité. Dès lors, contrairement à ce que soutient Claire LEGRAS dans ses conclusions, admettre d'examiner la validité des actes porteurs d'énoncés descriptifs n'implique nullement pour le juge de refaire l'expertise. Le contrôle devrait sans difficulté s'étendre au respect de la légalité externe, c'est à dire, outre l'incompétence, le vice de procédure ou de forme, notamment le principe du contradictoire. Lorsqu'elles sont établies, ces exigences de formalisme concernant l'adoption de l'acte non décisive devraient avoir pour effet de faciliter la preuve d'une illégalité éventuelle commise par l'AAI dans le cas où celle-ci ne les respecterait pas.

679. En ce qui concerne les énoncés non normatifs, qu'il s'agisse des expertises ou des formules incantatoires, le juge doit pouvoir examiner *a minima* leur validité formelle³⁰⁰, sur le modèle de la jurisprudence relative aux vœux³⁰¹. Néanmoins, le juge ne conditionne pas la recevabilité d'un recours contre un tel acte à la présentation de moyens limités aux « vices propres »³⁰². En effet, cette notion demeure une proposition « étrange »³⁰³ dans le contentieux administratif français. Sans revenir sur les raisons conjoncturelles d'une telle jurisprudence, la notion de « vices propres » ou de moyens fondés sur la seule légalité externe est une « anomalie procédurale »³⁰⁴ au regard du droit français en ce que « la recevabilité des conclusions est – en principe – appréciée indépendamment de l'argumentation qui les fonde »³⁰⁵. Par conséquent, le juge, une fois le recours déclaré recevable, demeure susceptible

²⁹⁹ C. LEGRAS, conclusions sur CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, art. cit., p. 8.

³⁰⁰ M. COLLET, « La recevabilité du recours en annulation contre les instructions fiscales », art. cit., p. 23.

³⁰¹ CE, Sect., 29 décembre 1997, *S.A.R.L. ENLEM*, n° 157623, Rec. Lebon, p. 500 ; *RFDA*, 1998, p. 553, concl. L. TOUVET.

³⁰² G. KOUBI, « Le vice propre à la délibération dans le droit de la décentralisation », art. cit., 779.

³⁰³ M. WALINE, « Les avis peuvent-ils faire grief? (1959) » dans *Notes d'arrêts de Marcel Waline. Les bases du droit administratif (sources des règles - sujets - actes)*, Paris, Dalloz, 2004, vol. 1/3, p. 652.

³⁰⁴ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Les Cours de droit, 1979, p. 990 (note 1).

³⁰⁵ L. TOUVET, « Irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les vœux des assemblées locales », art. cit., p. 558.

d'examiner la légalité de l'acte au regard de tous les moyens invoqués par le requérant³⁰⁶. Le juge se limitera, dans ce cas, au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

680. Par exemple, on peut citer le cas des rapports d'évaluation du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES). Cette autorité administrative indépendante, créée par la loi relative à l'enseignement supérieur et à la recherche de 2013³⁰⁷, et succédant à l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AÈRES), est chargée d'une mission d'évaluation des établissements d'enseignement supérieur et de recherche, des formations et des équipes de recherche, françaises comme étrangères³⁰⁸. Aux termes des articles L114-2 et L114-3 du Code de la recherche, les organismes publics de recherche font l'objet de procédures d'évaluation périodiques ainsi que d'une appréciation de la qualité de la recherche qui porte à la fois sur les personnels, les équipes, les programmes et les résultats. Pour remplir sa mission, le Haut conseil dispose d'une compétence générale d'information consacrée à l'article L114-3-5 du Code de la recherche³⁰⁹ lui permettant d'exiger toutes informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ainsi que de mener une investigation sur pièces et sur place. L'organisation de la procédure d'évaluation est prévue aux articles 10 et 11 du décret du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du HCERES³¹⁰. Les entités de recherches sont évaluées par des comités d'experts dont la composition fait l'objet d'une discussion préalable avec l'entité qui fait part d'éventuels conflits d'intérêts. Les comités établissent des projets de rapport d'évaluation, qui font l'objet d'une présentation à la section concernée, avant d'être communiqués pour observations aux structures évaluées. Ces rapports, avec les observations en annexes, sont ensuite transmis, revêtus des signatures du directeur du HCERES et du directeur de la section concernée, aux structures évaluées ainsi qu'à leurs autorités de tutelle. Il est précisé à l'article 11 dudit décret que les rapports sont élaborés collégialement par chaque comité d'experts et qu'ils comportent un argumentaire synthétique sans notation sur la qualité de l'entité évaluée. Ils portent une appréciation globale sur le travail collectif de l'ensemble des activités des formations, unités ou établissements évalués. Dans ce système, les compétences décisionnelles relatives à

³⁰⁶ C'est d'ailleurs le sens de l'évolution jurisprudentielle relative aux délibérations non normatives des conseils municipaux.

³⁰⁷ Article 90 de la loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche, *JORF*, n° 0169, 23 juillet 2013, p. 12235, texte n° 2.

³⁰⁸ Les enseignants-chercheurs quant à eux sont évalués par le Conseil national des universités.

³⁰⁹ Article L114-3-5 du Code de la recherche.

³¹⁰ Décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, *JORF*, n° 0265, 16 novembre 2014, p.19308, texte n° 10.

l'enseignement supérieur demeurent en définitive de la compétence de l'État ou des responsables des établissements. Les rapports sont donc dépourvus de tout caractère décisive. Leur lien avec une décision n'est qu'indirect. Ils constituent seulement un avis sur une activité scientifique³¹¹. Néanmoins, l'élaboration de ces rapports est encadré par le droit. De plus, ils peuvent être porteurs de recommandations qui participent à influencer sur les choix de recrutement ou encore sur la détermination des axes de recherche. Enfin, si la visée recommandationnelle de ces rapports n'est pas toujours explicite, les constats et conclusions contenus dans ces rapports sont susceptibles d'avoir une influence sur la détermination des dotations budgétaires attribuées aux entités de recherche ou, plus largement, sur leur réputation scientifique lorsque sont signalés des dysfonctionnements ou des carences de publication. Aussi, l'intérêt à agir d'un directeur d'une entité de recherche à demander l'annulation d'une partie d'un rapport d'évaluation de son laboratoire devrait être déclaré recevable. Par exemple, s'en tenant à une position classique, le tribunal administratif de Toulouse, dans un jugement du 22 janvier 2015, rejette l'ensemble des conclusions d'un requérant, chargé de recherche du CNRS, qui lui demandait d'enjoindre à l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AÈRES) de retirer du rapport, qui a été publié en 2010 et porté sur l'évaluation du laboratoire auquel le requérant appartient, la partie concernant l'équipe de recherche qu'il dirige³¹². Or, dans le cadre de la nouvelle jurisprudence, applicable *mutatis mutandis* à cette espèce, le juge ne se prononcerait pas nécessairement sur le fond. Il confronterait l'évaluation menée par l'autorité au regard des dispositions qui garantissent l'égalité de traitement des structures et formations évaluées. Il en va ainsi des dispositions du Code de la recherche qui prévoient l'objectivité, l'égalité et la transparence de l'évaluation³¹³ ainsi que des critères d'évaluation des entités de recherche établis par le Haut Comité sur le modèle des « lignes directrices »³¹⁴ et des règles déontologiques applicables à l'expert du Haut comité³¹⁵. En l'occurrence, le contrôle s'apparenterait donc à un contrôle de la validité du rapport de l'AAI et de son caractère manifestement fondé.

³¹¹ D. DUBOIS, « La vaine contestation du rapport d'évaluation de l'AERES sur un laboratoire », conclusions sur TA Toulouse, 22 janvier 2015, n° 1104020, *AJFP*, 2015, p 305.

³¹² Tribunal administratif de Toulouse, 22 janvier 2015, n° 1104020 ; *AJFP* 2015, p.305, concl. D. DUBOIS.

³¹³ L114-3-1 du Code de la recherche.

³¹⁴ HCERES, *Le référentiel du HCERES. Entités de Recherches, adopté par le Conseil de l'AERES le 3 novembre 2014, non modifié*, Paris, Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, s.d., 40 p (hceres.fr/MODALITES-D-EVALUATIONS/Campagne-d-evaluation-2015-2016/Entites-de-recherche-Campagne-d-evaluation-2015-2016-vague-B, consulté le 8 mars 2016).

³¹⁵ Article 12 du décret n° 2014-1365 du 14 novembre 2014 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, *JORF*, n° 0265, 16 novembre 2014, p. 19308, texte n° 10.

681. En définitive, au-delà de considérations sur les effets ou l'intensité de la pression morale exercée par une AAI par la voie d'un avis ou une recommandation, étendre le recours pour excès de pouvoir aux actes à visée recommandationnelle ou d'information des AAI n'est en l'espèce que la conséquence de leur formalisation. Cela revient à tenir compte de l'existence d'un droit – bien qu'embryonnaire – des actes à visée recommandationnelle qui incite le juge à passer d'un contrôle des normes strictement juridiques vers un contrôle de la procédure juridiquement établie d'adoption de normes recommandationnelles voire d'opinions institutionnalisées.

B. Le maintien du pouvoir d'appréciation des autorités de régulation

682. Dans ses deux décisions du 21 mars 2016, le Conseil d'État reconnaît aux autorités de régulation une compétence générale d'émettre des actes à visée recommandationnelle sur le fondement de leur mission de régulation (1). Au regard de la grande marge d'appréciation des autorités, il veille à limiter son intervention à la seule annulation de l'acte (2).

1) La reconnaissance d'une compétence générale d'émettre des actes à visée recommandationnelle

683. Les dispositions législatives relatives à la magistrature d'influence des AAI sont parcellaires, ce qui n'a rien d'étonnant si l'on s'en tient à l'idée qu'il s'agit d'abord d'une manifestation informelle d'exercice du pouvoir. Les conséquences de ce pouvoir ne se laissent pas aisément saisir par le droit. Dès lors, au-delà d'une reconnaissance explicite, la formalisation de l'exercice de ce pouvoir reste à l'état d'ébauche. Pour autant, cette reconnaissance par la loi ne limite pas les autorités dans leur mobilisation d'outils peu habituels pour remplir leur « mission de régulation ». Dès lors, deux lectures des textes constitutifs des autorités se sont présentées au juge administratif : il pouvait s'en tenir à la lettre du texte et constater l'incompétence de l'autorité d'utiliser ce mode d'expression ; ou, au contraire, s'attacher à restituer aux autorités la cohérence des pouvoirs implicites au regard de la mission globale de régulation qui leur est confiée. La solution retenue dans les décisions du 21 mars 2016 concernant ces « instruments de communication »³¹⁶ est claire : le juge interprète largement la compétence en matière de régulation des autorités administratives indépendantes. En l'espèce, dans les décisions du 21 mars 2016, aucune base textuelle n'avait prévu le recours par l'Autorité des marchés financiers ou l'Autorité de la concurrence à des instruments de

³¹⁶ CE, communiqué de presse relatif aux arrêts CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, Société Fairvesta International GmbH et a. et CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, Société NC Numericable, Droit souple, 21 mars 2016 (conseil-etat.fr/Actualites/Communique/Droit-souple, consulté le 6 avril 2016).

communication tels qu'une mise en garde ou une prise de position sous la forme d'un communiqué publié sur le site internet de l'Autorité. En résumé, le Conseil d'État déduit des missions et des compétences des AAI la possibilité de mobiliser des instruments recommandationnels. Pour le dire autrement, il est désormais permis de considérer que les AAI disposent d'une compétence générale d'émettre des actes non décisifs pour influencer sur les comportements. Dans le cas contraire, la solution aurait auguré un travail jurisprudentiel complexe portant sur la détermination des compétences des AAI. Cette jurisprudence tend donc à conférer un supplément de légitimité à l'action des AAI qui se fonde sur la souplesse de leur exercice.

684. Dans l'affaire *Numericable*, le positionnement officiel de l'Autorité de la concurrence sur une question relative à l'application de ses décisions ne posait pas de difficulté particulière. En effet, le juge considère que les dispositions relatives à sa mission en matière de contrôle des concentrations³¹⁷, aux termes desquelles « il appartient à l'Autorité de la concurrence de veiller à la bonne exécution des engagements pris par les parties (...) des injonctions dont elle a assorti aux mêmes fins l'autorisation de l'opération, ou des prescriptions », lui permettent de modifier ou supprimer les engagements, injonctions ou prescriptions. Il en déduit donc que l'Autorité « peut également, dans les mêmes conditions, modifier la portée pratique de ces engagements, injonctions ou prescriptions »³¹⁸ par le biais, notamment, d'une prise de position publiée sur son site internet. Comme le souligne Arnaud SÉE³¹⁹, depuis la jurisprudence *Duvignères* relative aux instructions et circulaires, le juge a reconnu l'existence d'un pouvoir d'interprétation à l'ensemble des autorités administratives dans le cadre de leurs missions respectives. Toute autorité administrative peut donc interpréter les lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre et diffuser cette interprétation tant à ses services qu'aux usagers ou acteurs du marché. C'est donc, sans surprise, que le Conseil rejette le vice d'incompétence matérielle. Par ailleurs, il convient de souligner que le juge retient³²⁰ la préconisation du Rapporteur public, lequel considère qu'à défaut de base textuelle, la compétence pour émettre de tels actes « devrait être regardée comme appartenant aux collègues de ces autorités »³²¹.

³¹⁷ Article L430-7 du Code de commerce.

³¹⁸ CE, Ass., n° 390023, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, précitée, §8.

³¹⁹ A. SÉE, « Le droit souple des autorités de régulation », art. cit., p. 56.

³²⁰ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, § 10.

³²¹ V. DAUMAS, « les prises de position », art. cit., p. 513.

685. Le pouvoir de l’Autorité des marchés financiers était moins évident en l’absence de base textuelle précise dans le Code ou dans son règlement intérieur³²². En effet, l’Autorité procède de façon systématique à la publication sur son site internet de mises en garde contre certains investissements. Dans son rapport d’activité, l’Autorité présente l’ensemble des instruments « de vigilance » qui lui permettent de prévenir et de protéger les épargnants. La plupart ne trouvent aucune base textuelle. Comme le souligne la Rapporteuse publique dans ses conclusions, la publication de mises en garde n’est pas un choix isolé de l’Autorité, mais une démarche normalisée qui lui permet de remplir sa mission de surveillance du marché et d’information des épargnants³²³. Ainsi une vingtaine de mises en garde ont été publiées pour l’année 2015. Le Conseil d’État fonde cette intervention informelle de publication d’un communiqué sur sa mission générale précisée à l’article L.621-1 du Code monétaire et financier selon lequel l’Autorité « veille à la protection de l’épargne investie dans les instruments financiers et tout autres placements donnant lieu à appel public à l’épargne, à l’information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d’instruments financiers ». En effet, il considère « qu’en vertu de ces dispositions, il appartient à l’Autorité des marchés financiers de publier des communiqués invitant les épargnants ou investisseurs à faire preuve de vigilance vis-à-vis de certains types de placements ou de pratiques financières risqués ». Il en résulte que l’AMF était compétente dès lors que les investissements en cause se rattachent à son champ matériel de compétence, qu’elle a entendu largement, et que la mise en garde s’inscrit dans la mission de régulation qui lui a été confiée³²⁴.

686. En définitive, le contrôle de la compétence d’exercer une magistrature d’influence, ou pour le dire autrement de mobiliser des « outils de vigilance », se limite pour le juge à examiner la compétence matérielle de l’Autorité, c’est-à-dire de savoir si cette dernière demeure dans son domaine d’intervention³²⁵. On peut considérer que le juge aurait été mal inspiré de s’en tenir à un examen formel des textes constitutifs des autorités, en ce qu’il aurait été en décalage avec la manifestation de ce pouvoir. On trouve d’ailleurs une préfiguration de cette reconnaissance

³²² Contrairement à l’ACPR qui aux termes de l’article L612-1, IV du CMF peut « porter à la connaissance du public toute information qu’elle estime nécessaire à l’accomplissement de ses missions, sans que lui soit opposable le secret professionnel mentionné à l’article L612-17 » (L. DUTHEILLET de LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours pour le droit souple », art. cit., p.717).

³²³ S. VON COESTER, « Les communiqués », art. cit., p. 497.

³²⁴ CE, 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International*, précitée, §§ 6 et 7.

³²⁵ Il en va ainsi pour la Commission de régulation de l’énergie dont la communication a été, selon le juge, émise dans le cadre de sa mission prévue à l’article L131-1 du Code de l’énergie qui consiste à veiller à ce que les conditions d’accès aux réseaux n’entravent pas le développement de la concurrence (CE, 13, juillet 2016, n° 388150, *GDF Suez (Engie)*, précitée, § 5).

dans le rapport de 1983-84, lorsque les rapporteurs publics évoquent ce pouvoir de communication comme le « pouvoir minimum » des AAI³²⁶.

2) *Les pouvoirs d'injonction du titre Ier du livre IX du Code de justice administrative*

687. En privilégiant le recours pour excès de pouvoir au détriment du contentieux de pleine juridiction, la haute juridiction a manifesté sa volonté de tenir compte de la spécificité de l'exercice d'une magistrature d'influence. La nature objective du recours pour excès de pouvoir³²⁷ doit permettre d'éviter de se prononcer sur les multiples manifestations de l'exercice d'une magistrature d'influence. Le juge s'en tient à l'examen objectif de l'acte, en d'autres termes à la manifestation juridiquement établie du pouvoir d'influence de l'autorité. Or, comme le rappelle Vincent DAUMAS, la « tendance naturelle »³²⁸ contre ce type d'acte consisterait plutôt à se saisir d'une situation plus que d'un acte, autrement dit d'une « réalité éminemment évolutive »³²⁹. Le risque qu'il souligne est celui de voir le prétoire devenir le lieu de discussion sur la qualification des multiples et complexes manifestation du pouvoir d'influence des autorités de régulation dont le lien avec la légalité se dissiperait rapidement. En effet, dans le cas du recours de plein contentieux, le juge examine avant tout un litige qui porte sur « l'existence, la portée, les modalités ou l'exécution d'une situation juridique individuelle »³³⁰. Dans ce cadre, il est dès lors amené à prendre en compte des considérations qui vont au-delà de la seule légalité. Le souci du maintien d'une dimension strictement objective s'explique donc en raison de la tenue à distance des éléments qui, par principe, relèvent de la plus stricte opportunité. Néanmoins, il est évident que l'examen de la recevabilité laissera place à une forte subjectivation du recours.

688. Ensuite, le choix du recours pour excès de pouvoir s'explique également par souci d'éviter que le juge ne puisse faire usage d'un pouvoir de réformation des actes à visée recommandationnelle. Il convient, selon les mots de Vincent DAUMAS, de « veiller à maintenir une distance entre [la] mission juridictionnelle et celle impartie aux autorités de régulation

³²⁶ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, *op. cit.*, p. 308 ; Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié*, *op. cit.*, p. 50.

³²⁷ On rappellera ici la célèbre formule d'Édouard LAFFERRIÈRE selon laquelle le REP est « un procès fait à un acte » (E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux (1888)*, *op. cit.*, p. 560).

³²⁸ V. DAUMAS, « Les prises de position », *art. cit.*, p. 509.

³²⁹ *Ibid.*, p. 510.

³³⁰ R. ODENT, *Contentieux administratif* (1978), T.II, Paris, Dalloz, 2007, p.19.

contrôlées »³³¹. Or, la caractéristique des recours de plein contentieux, même objectifs³³², réside précisément dans le fait que le juge peut aller au-delà de la seule annulation pour statuer sur le litige qui lui est soumis. Il dispose ainsi de la plénitude des pouvoirs d'un juge³³³. Si l'on s'en tient aux motifs qui ont conduit à la mise en place d'un tel contrôle juridictionnel, l'inscription de ce contrôle dans le cadre du plein contentieux apparaissait pertinente. En effet, comme le rappellent les rapporteurs publics, le juge se trouve saisi d'une « situation litigieuse davantage que de la légalité d'un acte »³³⁴. Toutefois, le Conseil d'État – conscient de ses limites – a été sensible à l'idée qu'il ne fallait « pas faire du juge chargé de contrôler les autorités chargées de missions de régulation un juge-administrateur – qui aurait été, en l'occurrence, un juge-régulateur »³³⁵. En définitive, le contrôle des instruments d'une magistrature d'influence par le juge administratif se limitera, en cas d'illégalité, à prononcer son annulation sans lui substituer sa propre décision.

689. L'intérêt d'annuler un acte non décisoire, c'est-à-dire un acte qui ne produit pas d'effets de droit, apparaît de prime abord dérisoire. En effet, le recours pour excès de pouvoir est d'abord un mécanisme qui permet la rectification de l'ordonnement juridique. Toutefois, bien souvent le requérant cherche, à défaut d'un rétablissement de la situation antérieure à la diffusion d'une prise de position ou d'un communiqué, la reconnaissance de l'erreur de l'autorité, c'est-à-dire un désaveu³³⁶. Dans ce cas, l'annulation de l'acte suffira à combler ses attentes. Toutefois, dans certains cas plus grave, l'annulation, n'impliquant pas la fin des effets liés à un objet, peut ne pas suffire. En effet, le Conseil rappelle, à la fin du considérant de principe³³⁷, qu'il lui appartient de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du Code de justice administrative si des conclusions en ce sens lui sont présentées. Le juge fait ainsi référence aux pouvoirs d'injonction préventifs ou *a priori* mis en place par la loi du 8 février 1995³³⁸. Ces pouvoirs consistent à prononcer une injonction concomitamment

³³¹ V. DAUMAS, « Les prises de position », art. cit., p. 509.

³³² Dans le cas du recours de plein contentieux objectif, comme dans le contentieux de l'annulation, le juge est saisi de décisions administratives ; mais s'il les annule, il substitue sa propre décision (D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 133).

³³³ Il peut non seulement annuler la décision attaquée mais également substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative, le cas échéant, condamner l'autorité à verser des dommages et intérêts.

³³⁴ V. DAUMAS et S. VON COESTER, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de “droit souple” », art. cit., p. 33-34.

³³⁵ *Ibid.*, p. 34.

³³⁶ V. DAUMAS, « Les prises de position », art. cit., p. 510.

³³⁷ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et a.*, précitée, § 4 ; CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, précitée, § 5.

³³⁸ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JORF*, n° 34 du 9 février 1995, p. 2175.

au jugement en cause³³⁹. La procédure d'injonction n'étant qu'un accessoire à l'instance principale sa recevabilité est conditionnée par celle des conclusions au fond³⁴⁰. Autrement dit, le rejet de ces dernières pour irrecevabilité entraînera le rejet corrélatif de la demande d'injonction.

690. Les requérants pourront dès lors formuler des conclusions visant à enjoindre à l'autorité de régulation de modifier ou de retirer son acte de son site internet dans un délai déterminé, ou la publication, sur le site de l'autorité concernée, de la décision juridictionnelle d'annulation. En l'espèce, les sociétés du groupe *Fairvesta* demandaient, outre l'annulation des communiqués, qu'il soit enjoint à l'Autorité des marchés financiers de les retirer de son site internet et de publier un communiqué rectificatif³⁴¹. S'agissant des effets liés à l'information, on peut considérer que l'injonction de diffuser une information contradictoire ou faisant état de l'annulation serait susceptible de minimiser les effets de la mise en garde illégale ou de la position illégale. Le juge devra cependant opérer un examen rigoureux de ce « qu'implique nécessairement » l'exécution de sa décision. En effet, certains jugements d'annulation n'impliquent aucune mesure d'exécution, car l'annulation qu'ils prononcent se suffit à elle-même. Dans le cas, par exemple, où la diffusion a été de faible portée, le juge n'enjoindra pas l'autorité de publier sur son site internet un communiqué correctif.

691. Certes, l'injonction de publication d'un correctif ou de la décision d'annulation ne permet pas de supprimer les effets que l'acte publié aurait pu occasionner, néanmoins elle conduit, sans conteste, à produire une perte d'autorité du régulateur et à rétablir la confiance des acteurs du marché dans l'opérateur. Elle consistera ainsi, pour reprendre les mots de Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET, en une « action de communication réparatrice, modulée en fonction du vice d'annulation »³⁴². À cet égard, le pouvoir d'injonction dans le cadre d'un référé sera un instrument privilégié des requérants. En effet, l'ouverture d'un recours contentieux à l'encontre des actes non décisifs des autorités de régulation consiste notamment dans la faculté qu'auront les requérants de demander la suspension de ces actes au juge des référés, sur le fondement de l'article L521-1 du Code de justice administrative, avant qu'ils ne portent atteinte à la réputation du requérant ou qu'ils ne provoquent des effets économiques notables.

³³⁹ Articles L911-1 et L911-2 du CJA.

³⁴⁰ Pour rappel : D. DUBOIS, « La vaine contestation du rapport d'évaluation de l'AERES sur un laboratoire », conclusions sur TA Toulouse, 21 janvier 2015, n° 1104020, *AJFP*, 2015, p. 305.

³⁴¹ CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et a., précitée*, §2.

³⁴² L. DUTHEILLET de LAMOTHE et G. ODINET, « Un recours pour le droit souple », art. cit., p.717.

Conclusion du titre 2

692. Le juge administratif a longtemps tenu à distance de son office les actes non décisifs à visée recommandationnelle. Jusqu'au revirement de 2016, l'excès d'influence n'était pas susceptible d'être examiné par le juge. Seul comptaient les actes manifestant l'exercice d'une contrainte. Dans cette hypothèse, le juge se contente de réintégrer les actes dans le champ du droit par leur requalification. À cet égard, il convient de noter que « les tribunaux ont toutes les peines du monde à définir les frontières dans lesquelles l'empire du droit s'exerce »³⁴³. Ce qui s'explique en raison notamment du fait que, dépourvu de tout caractère décisif, l'acte à visée recommandationnelle n'en exprime pas moins une volonté de diriger les comportements. Dès lors, pour identifier la nature véritable de la norme émise, l'examen par le juge dépend d'une série de conditions liées à l'acte et, désormais, des situations dans lesquelles celui-ci s'appréhende. Cet examen réaliste de la norme émise par l'autorité publique révèle la capacité des juridictions, plutôt qu'un rétablissement du droit, à « déplacer les frontières du droit »³⁴⁴ au regard de ce que, de façon révélatrice, certains considèrent parfois être des « quasi-décisions »³⁴⁵ ou du « quasi-droit »³⁴⁶.

693. Le développement des magistratures d'influence s'est accompagné d'un mouvement de réglementation des actes, c'est-à-dire de la formalisation en acte juridique d'un contenu non décisif et de la définition de la compétence d'adopter un acte à visée recommandationnelle. Pour autant, sur ce point, le régime juridique est très loin d'être un ouvrage monolithique. Bien au contraire, la diversité des actes d'influence se reflète dans la variété des effets qu'ils sont amenés à produire et explique la difficulté qu'il y a d'appliquer un régime *a priori* sans risquer de perdre la souplesse qui fait l'intérêt de ces instruments. C'est ce qui explique que la réglementation ne soit que partielle et que désormais le régime des actes à visée recommandationnelle repose principalement sur l'office du juge de l'excès de pouvoir, seule autorité capable de dégager et d'appliquer des principes communs à l'exercice d'une magistrature d'influence au fil des recours. Dès lors, l'existence d'une « zone fluctuante entre

³⁴³ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, France, LGDJ, 1998, p. 183.

³⁴⁴ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 175.

³⁴⁵ M. De DROUAS, P. HUBERT et C. FAURANT, « Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l'Autorité de la concurrence », art. cit, p. 230.

³⁴⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La mutation de la norme en droit de la concurrence » dans N. MARTIAL-BRAZ, Jean-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011, p. 197.

le droit et le non-droit susceptible de varier dans le temps et dans l'espace »³⁴⁷ impose au juge d'adapter les critères de recevabilité de son contrôle afin d'imposer au minimum l'objectivité et la transparence du procédé recommandationnel³⁴⁸. D'ailleurs, on peut regretter que le juge n'ait pas évoqué, pour la mise en garde de l'AMF, la nécessité de respecter les droits de la défense. Ce principe n'est rappelé que dans la décision concernant l'Autorité de la concurrence.

694. Toutefois, à l'audace du revirement succède la crainte des conséquences, notamment en termes d'accès au prétoire³⁴⁹. Ainsi, si on décide de voir dans les décisions du 21 mars 2016 un abandon du principe d'irrecevabilité à l'encontre des actes non décisifs, on peut déplorer que celui-ci ne soit que partiel. En effet, la définition d'un tel régime ne pourra se faire, en l'état actuel de la jurisprudence, qu'au regard uniquement des actes des autorités de régulation et dans la limite d'un impact déterminant, excluant *de facto* des manifestations, en apparence seulement, plus modestes. Il est évident que le caractère exceptionnel de ces deux décisions explique leur portée limitée, qui traduit les craintes du juge d'acter l'abandon de l'irrecevabilité à l'ensemble des actes non décisifs. Pour autant, ces limitations donnent à ce revirement un caractère inachevé et risquent, à terme, d'entourer la recevabilité d'un voile de mystère. En effet, les objections soulevées contre le contrôle direct de la légalité des actes administratifs d'influence ou des normes recommandationnelles ne tiennent pas à la nature de l'acte en question, mais bien plus à des considérations d'opportunité dont il convient de prendre acte³⁵⁰. Toutefois, comment expliquer à terme que certaines mises en garde ou recommandations fassent l'objet d'un recours pour excès de pouvoir alors que des circulaires ou des vœux échappent à toute contestation directe ou ne peuvent être utilement invoqués devant le juge de l'excès de pouvoir ? Qu'il soit permis en conclusion de ce chapitre de relativiser les craintes relatives à l'accès au prétoire ou au caractère excessif de l'étendue du contrôle de l'excès de pouvoir ; craintes irrémédiablement attachées à la proposition d'abandonner totalement le principe d'irrecevabilité contre les actes non décisifs. Elles sont infondées, car l'intérêt lésé ou susceptible de l'être permet déjà au juge une maîtrise totale du contentieux contre de tels actes.

³⁴⁷ A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », art. cit., p. 237.

³⁴⁸ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, op. cit., p. 186.

³⁴⁹ Ce motif est principalement fondé sur le fantasme du quérulent processif.

³⁵⁰ M. COLLET, « La recevabilité du recours en annulation contre les instructions fiscales », art. cit., p. 1074.

Conclusion de la deuxième partie

695. La sortie progressive de l'inorganisé de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes jusqu'à la reconnaissance d'une compétence recommandationnelle marque une volonté de tenir compte des conséquences de l'influence et d'appliquer les principes minimums du formalisme juridique à des actes à vocation directive même s'ils ne génèrent aucun lien juridique.

696. Ainsi qu'on a pu le montrer, contrairement à l'injonction, l'influence est par définition plus difficile à saisir, à la fois plus discrète, puisque le plus souvent informelle, plus incertaine quant à ces effets puisqu'elle dépend de la dynamique de la relation entre le destinataire et le destinataire de la norme. Or, dans les faits, les pratiques d'influence peuvent être redoutables. De plus, l'usage du procédé recommandationnel opère un renversement en termes de responsabilité ; celle-ci pèse sur les destinataires. En résumé, ces éléments militent en faveur de l'établissement d'une présomption d'influence dès lors qu'une autorité administrative indépendante émet un acte à visée recommandationnelle. Le contrôle ouvert à l'encontre de ces actes doit, à ce titre, permettre l'établissement d'une réglementation participant non pas à décrédibiliser l'autorité en cas d'annulation de l'acte non obligatoire, mais, au contraire, à préserver la confiance dans la légitimité de l'action de persuasion de l'autorité. D'ailleurs, les études ou les tentatives de conceptualisation d'une notion telle que le « droit souple », plutôt que de donner un supplément de légitimité à ce phénomène, consistent le plus souvent à mettre l'accent sur l'insécurité caractéristique des démarches informelles au cours desquelles interviennent des acteurs particulièrement influents, sans, en retour, donner aux administrés les moyens de se protéger. La souplesse revendiquée pour ces actes ou ces expressions du pouvoir, dans certains cas, s'avère l'être surtout pour l'autorité émettrice plutôt que pour celui qui en subit les effets, sans pouvoir les contester.

697. Au-delà des normes incitatives, la magistrature d'influence trouve également une existence juridique à travers la réglementation du procédé recommandationnel. Loin désormais de se solder par un « constat d'échec »³⁵¹, l'étude de la réglementation révèle le souci croissant de légitimer une pratique nouvelle du pouvoir. Ce mouvement de réglementation repose précisément sur l'exigence de conciliation entre le pouvoir d'influence de l'autorité – l'exercice potentiel d'une pression – et la liberté d'adhésion du destinataire au modèle de comportement

³⁵¹ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p. 330.

proposé. Cette formalisation juridique consiste précisément à objectiver les procédés d'influence : une habilitation d'une part ; et un encadrement – certes relatif – d'autre part. Le processus d'institutionnalisation de la magistrature d'influence implique donc un encadrement, même si celui-ci demeure sommaire et qu'il ne remplit pas nécessairement la même fonction que celle attachée aux procédures administratives classiques.

698. C'est d'ailleurs l'identification d'un droit des recommandations – un droit des actes à visée recommandationnelle – qui nous pousse à réfuter l'intérêt conceptuel d'un droit recommandationnel, généralement dénommé « droit souple » ou « droit mou ». Le « droit souple » s'avère être une expression piégeuse qui, en théorie, n'a d'autre effet que d'introduire une certaine confusion dans les référentiels normatifs. Une des raisons avancées pour expliquer l'émergence de ce concept en droit international – la poursuite d'un but « épistémologique et inavoué, de consolider ce dernier domaine en véritable science normative »³⁵² – ne semble pas pouvoir s'appliquer au droit interne. Le développement du concept de « droit souple » doit plutôt trouver son origine dans un panjuridisme qui tend à inclure dans le droit toutes normes du seul fait qu'elles sont exprimées par l'État³⁵³. Au contraire, il est permis de penser qu'à propos du phénomène recommandationnel – fondé sur la persuasion – « le terme droit puisse être proscrit dans le mesure où il est connoté »³⁵⁴. Si la magistrature d'influence présente des caractéristiques juridiques plus précises, telles que les normes incitatives, il convient dès lors de parler de droit incitatif et non de « droit souple ». Ce qui permet de marquer une différence entre la démarche recommandationnelle, impropre à toute juridicité (lien juridique), et les normes incitatives qui sont précisément des normes juridiques en ce qu'elles contiennent une obligation, aussi faible soit-elle ou éloignée dans sa réalisation, et entraînent des conséquences juridiques spécifiques.

³⁵² A. FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation », art. cit., p. 234.

³⁵³ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, op. cit., p. 175.

³⁵⁴ J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Éd. Gallimard, 2015, 522 p.

TROISIEME PARTIE : LES USAGES DE LA MAGISTRATURE D'INFLUENCE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

699. La question des manifestations normatives de la magistrature d'influence des AAI et de ses conséquences concrètes sur la situation des sujets se déplace naturellement vers celle de ses usages. L'éclaircissement de la portée juridique des mécanismes d'influence au sein d'un système juridique ne peut faire l'économie d'une étude précise de leur intégration dans le schéma institutionnel et fonctionnel. Cette analyse conduit *in fine* à s'intéresser à l'instrumentalisation de la magistrature d'influence des autorités au regard d'un objectif déterminé. Dans ce domaine, il est difficile d'avancer par généralité. L'exercice d'une magistrature d'influence ne s'apprécie pas en soi, mais au regard des missions que le législateur a assignées aux autorités. À ce stade, la question de la nature de la magistrature d'influence en tant qu'« institution ou [...] simple méthode de droit public »¹ se pose avec une acuité renouvelée.

700. En tant qu'institutions, même dépourvues d'un pouvoir de décision, les autorités acquièrent une « valeur en soi qui est indépendante de [leur] contribution à l'édiction future de normes générales ou individuelles »². Cette valeur s'explique par le fait que l'institution peut être l'objet même d'une politique publique³, ainsi qu'en témoigne la création récente de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique qui s'inscrit dans une politique de moralisation de la vie publique. Dans cette perspective, la magistrature d'influence peut s'envisager comme l'office d'une institution porteuse d'un intérêt public propre qu'elle est amenée à promouvoir auprès des pouvoirs publics et des particuliers. Fortes de leur capacité à diversifier les logiques d'action ainsi que les leviers d'influence, les autorités s'imposent auprès des pouvoirs publics ainsi que des juridictions comme des acteurs promouvant la réduction des écarts entre la définition d'un droit, sa consécration et son application effective (Titre 1).

¹ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *RIEJ*, 1993, n° 30, p. 143.

² Charles-Albert MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, France, LGDJ, 1998, p. 170.

³ *Ibid.*

701. Ensuite, la magistrature d'influence peut être appréhendée comme une méthode particulière de la régulation susceptible d'en renforcer l'efficacité. Dans ce cas, elle recouvre l'ensemble des instruments non contraignants susceptibles de suppléer ou se substituer aux mécanismes juridiques traditionnels de direction et de contrôle des conduites. Empruntée à la théorie générale des systèmes, la notion de régulation se caractérise d'abord par les finalités qu'elle poursuit et non par les moyens ou les instruments juridiques qu'elle emploie pour y parvenir. Dans une acception large, elle renvoie à « l'action des mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence »⁴. Or, l'analyse des missions et des pouvoirs dévolus aux autorités administratives indépendantes atteste de la recherche d'une forme de régulation pragmatique susceptible « d'aboutir à des résultats concrets »⁵. À défaut d'une règle de droit efficace, il convient d'assurer une régulation effective. Toutefois, ce mode de régulation caractérisé par le cumul de pouvoirs décisionnels et de moyens extra-juridiques – parfois dénommé régulation souple – est susceptible de rendre moins lisible l'action des autorités administratives indépendantes (Titre II).

⁴ M. CROZIER, *État modeste, État moderne. Stratégie pour un changement*, Paris, Fayard, 1987, p. 123.

⁵ B. TRICOT et R. HADAS-LEBEL, *Les institutions politiques françaises*, Presses de sciences-Po et Dalloz cité par Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, Paris, La Documentation française, 2001, p. 281.

Titre 1 : La magistrature d'influence, une institution de promotion de l'effectivité des droits

702. L'écart entre l'existence d'un droit ou d'une liberté et l'effectivité de son application est un thème qui a fait l'objet d'une abondante discussion doctrinale¹. Sans revenir sur les aspects théoriques liés à la définition de l'effectivité (distinction effectivité, efficacité ou encore concrétisation), on conviendra que l'effectivité des droits renvoie « à la question générale du passage du devoir être à l'être ou, en d'autres termes, de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde »². L'objectif d'effectivité des droits a justifié la mise en place de différents mécanismes qui visent à assurer les « chances de succès du passage problématique entre le devoir être et l'être »³. Ces mécanismes opèrent à deux niveaux différents : la concrétisation des droits et leur conciliation.

703. Traditionnellement, les acteurs de la concrétisation des droits sont le législateur, d'une part, et le juge, d'autre part. Or, les lacunes ou les éventuelles ambiguïtés normatives sont susceptibles de peser sur l'effectivité des droits. La question des lacunes de la règle de droit s'apprécie : non seulement au regard de l'émergence de phénomènes nouveaux liés à l'évolution des technologies ; mais également d'un « contexte international complexe »⁴ où le droit ne peut plus être envisagé dans une perspective strictement nationale. Qu'il s'agisse de la protection des droits de l'homme ou de l'établissement d'un marché régulé, l'internationalisation du droit est un phénomène « à la fois envahissant et pluriel »⁵. La multiplication des niveaux de production de la norme se traduit : tantôt par l'importation en droit interne de normes externes, par intégration, spontanée ou contrainte – phénomène d'*internalisation* – ; tantôt par l'exportation de propositions normatives internes hors des

¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » dans D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2012, p. 11-26 ; Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, vol. 3, n° 79, p. 715-732 ; F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit » dans CURAPP (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126-149 ; P. LASCOUMES et É. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 101-124.

² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme: approche théorique » dans *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 14.

³ *Ibid.*

⁴ J.-P. VALETTE, « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 1 janvier 2005, n° 1, p. 183.

⁵ M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006, p. 20.

frontières nationales – phénomène d'*externalisation*⁶. Le positionnement des autorités administratives indépendantes, au regard notamment de leur composition, de leurs fonctions de veille et d'expertise font d'elles des acteurs accompagnant les acteurs traditionnels de la concrétisation des droits. Pour ce faire, les autorités développent des stratégies d'influence qui visent le législateur, le pouvoir réglementaire ou le juge (Chapitre 1).

704. En outre, l'effectivité d'un droit dans les « structures sociales complexes » ne peut s'envisager de manière isolée. En effet, la pluralité des intérêts et des droits susceptibles d'entrer en concurrence conduit à s'interroger sur les moyens de parvenir à leur conciliation. Celle-ci s'envisage principalement à travers l'activité du juge dans sa fonction juridictionnelle. L'idée est largement admise que, la forme de justice la plus répandue est le jugement contentieux⁷. Toutefois, celui-ci est empêché par une justice encombrée. Tous les différends ne trouvent pas une solution devant le juge. L'« apaisement des relations sociales »⁸ passe donc par un renouvellement des mécanismes susceptibles de concilier les droits et les intérêts en présence auquel concourent les AAI dans l'exercice de leur magistrature d'influence (Chapitre 2).

⁶ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : pluralisme ordonné*, Paris, Éd. du Seuil, 2006, vol. 2/4, 303 p.-

⁷ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, paragr. 124.

⁸ Étude d'impact pour le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle, 31 juillet 2015, p. 9.

Chapitre 1. Des institutions encourageant la concrétisation des droits

705. Les autorités administratives indépendantes, dans le cadre de l'exercice de leur magistrature d'influence, ne participent pas directement à la concrétisation des droits, mais influencent les autorités en charge de celle-ci. Elles évaluent l'adéquation de la législation nationale et de la jurisprudence au regard de leur objet ainsi que le plus souvent leur conformité avec les obligations internationales et européennes de l'État. À ce titre, elles conseillent les autorités publiques en charge de l'exécution ou de la transposition des règles internationales. Elles disposent d'un pouvoir de proposition qui consiste à initier une modification du droit ou de son interprétation en intervenant auprès du juge ou du législateur *lato sensu*.

706. Cette irruption des AAI dans l'exercice des fonctions législative et judiciaire ne va pas sans poser des difficultés. L'influence dans ces domaines des autorités dépend, dans une large mesure, de l'autonomie d'action qui leur est reconnue. Celle-ci leur permet notamment de se défaire des contraintes attachées à la procédure consultative classique. Loin de n'émettre qu'un avis aux pouvoirs publics, elles vont inscrire leur action dans une démarche de légitimation et de suivi de leurs propositions. À cet égard, leur influence sur l'élaboration des lois et des règlements est nécessairement diffuse (Section 1). Dans l'hypothèse des avis aux juridictions, la configuration de la relation entre celui qui est conseillé et celui qui conseille est déterminée par la singularité de la position et du rôle du conseillé – le juge – qui doit par principe dire le droit en dehors de toute influence, et du contexte, le procès, au cours duquel l'équilibre entre les parties doit être respecté (Section 2).

Section 1. L'influence diffuse sur l'élaboration et la modification des lois et règlements

707. La plupart des AAI sont consultées sur les projets de loi, de règlement ou de décision administrative qui entrent dans leur champ de compétence. Nombreuses sont celles d'ailleurs qui le sont de manière obligatoire¹. Leur sollicitation s'explique en raison des besoins de l'administration et, plus largement, des pouvoirs publics d'être éclairés par des instances

¹ Cf. *supra* « Les obligations procédurales », P2. T1. Chap.2. Sect.1.

informées et qui se caractérisent par leur impartialité et leur indépendance². À l'occasion d'une consultation, les AAI peuvent être amenées à émettre des propositions de modification de l'état du droit en vigueur dans le prolongement d'un avis ou d'une prise de position. Dans ce cas, le pouvoir d'émettre des propositions appartient « aux techniques éprouvées de la consultation administrative et n'appellent pas de commentaire particulier »³.

708. Néanmoins, il convient d'opérer une distinction entre une fonction proprement consultative et la fonction de proposition, c'est-à-dire le pouvoir d'émettre spontanément des propositions de modification des lois, des règlements et des décisions administratives et d'en assurer le suivi. Cette distinction n'a pas de portée juridique particulière concernant l'acte en question. Une proposition de modification d'une loi ou d'un règlement, comme un avis, n'implique pas, le plus souvent⁴, de restriction du pouvoir de décision de l'autorité adréssataire de la proposition⁵. En dépit de cela, il convient de « renoncer à l'amalgame »⁶ entre ce qui relève d'une fonction consultative au sens strict et une fonction de proposition en ce qu'il existe une tendance – progressivement consacré par le législateur – des AAI à s'affranchir du cadre traditionnel des prérogatives consultatives, et ce afin d'assumer un rôle prépondérant dans la concrétisation des droits.

709. Les attributions consultatives classiques ne permettent pas de prendre l'initiative d'une interpellation des décideurs publics ou, au regard de leur caractère confidentiel, de participer activement au débat public. Un organe consultatif se borne généralement à répondre par un avis à une sollicitation ponctuelle sur un projet de texte ou sur une question dont les termes mêmes enserrent le cadre de la réponse. La fonction de proposition des AAI consiste, au contraire, de leur propre initiative, à appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif, qui paraissent nécessaires au regard de l'objet de leur mission. De plus, une des caractéristique déterminante de cette fonction réside dans le fait pour les AAI d'en assurer le suivi. Cette activité est rendue possible par la liberté de parole de ces institutions. Une liberté qui trouve principalement son fondement dans leur statut d'autorité

² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, vol. 1/2, p. 446.

³ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », *JC Administratif*, Fasc. 75, 20 juillet 2010, paragr. 95.

⁴ Cf. P2. T1. Ch.2. Sect.1. §1. B.

⁵ F. MODERNE, « Proposition et décision (recherche sur le régime juridique des propositions dans la jurisprudence administrative contemporaine) » dans *Mélanges offerts en l'honneur de Marcel Waline, Le juge et le droit*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 603.

⁶ O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'État*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I. Faculté de droit et des sciences économiques, France, 2000, p. 24.

indépendante, dans leur capacité d'auto-saisine et dans la faculté de rendre publiques leurs analyses et propositions.

710. Notons que cette fonction n'est pas l'apanage des AAI. Elle correspond plus généralement à une tendance chez les grandes institutions indépendantes de l'État, que celles-ci soient juridictionnelles et de contrôle. En effet, la plupart des grandes institutions de l'État ont développé, dans des proportions variables et des formes diverses, cette activité de proposition. Certains parlent de « juridictions de proposition »⁷. Il en va ainsi du travail de la section des rapports et des études du Conseil d'État⁸, de la pratique constante de la Cour de cassation⁹, des compétences de la Cour des comptes¹⁰ ou encore de l'activité du Conseil constitutionnel en tant que juge électoral¹¹. Dans une moindre mesure, on peut également citer le rôle que tiennent les inspections générales dans la réforme de l'État¹². Cette fonction de proposition des juridictions va d'ailleurs se développer en lien avec celle des AAI, comme en témoignent les relations instituées entre la Cour des comptes, le Conseil d'État et le Défenseur des droits. Ce dernier peut, conformément à l'article 19 de la loi du 29 mars 2011¹³, demander au vice-président du Conseil d'État ou au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toute étude dans le champ de ses quatre missions¹⁴.

711. Le pouvoir de proposition des AAI ne s'analyse pas comme un droit d'initiative et ne génère pas d'obligation particulière. En d'autres termes, il n'implique en aucun cas que les pouvoirs publics aient l'obligation de les prendre en considération. Ce qui, dans le cas contraire, poserait des difficultés au regard du principe de légitimité démocratique. Dès lors, l'enjeu réside, pour les AAI, dans le fait d'être reconnues par les décideurs politiques comme une véritable force de proposition¹⁵. Cette reconnaissance revient à évoquer la légitimité des autorités administratives indépendantes dans leur activité de proposition, c'est-à-dire la

⁷ O. HENRY, *La fonction de proposition du Conseil d'État*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I. Faculté de droit et des sciences économiques, France, 2000, p. 6 ; voir notamment le numéro 2/2015, dans lequel la *RFDA* a publié un colloque consacré à la Section du rapport et des études du Conseil d'État.

⁸ Article L112-3 du CJA. Cet article codifie l'article 24 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945.

⁹ C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme dans le cadre de son activité institutionnelle*, Paris, IRJS éditions, 2011, vol. 29, p. 203 et s.

¹⁰ F. GRABIAS, « La Cour des comptes, entre assistance et conseil », *droitconstitutionnel.org*, p. 7.

¹¹ R. ARSAC, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1 octobre 2006, vol. 68, p. 799.

¹² Voy. F. RENAUDIN, *Les inspections générales dans le système administratif français*, Thèse de doctorat de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2003, 767 p.

¹³ Article 19 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (1), *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

¹⁴ Article 19 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

¹⁵ B. LASSERRE, « L'office de l'Autorité de la concurrence », *Justice & cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 2010, Dossier « L'office du juge », p. 114.

reconnaissance par les autres pouvoirs de la spécificité et de l'intérêt de leur rôle. Pour être pertinente, l'analyse doit donc s'intéresser aux sources de légitimation de ce rôle qui permettent aux AAI de revendiquer et d'exercer le pouvoir de suggestion de réformes dans leur domaine de compétence et parfois même au-delà. Ces sources sont nécessairement diverses. Pour autant, elles recouvrent schématiquement les fondements (les attentes du rôle, les modes de fabrication) – tenir son rôle – ainsi que les conditions de la reconnaissance – jouer son rôle.

712. La reconnaissance dans les textes constitutifs des AAI d'une telle activité a participé, au fil des réformes, à dessiner une fonction singulière parmi les missions consultatives des AAI marquées par une expression libérée des contingences administratives de la procédure consultative. Il est fréquemment fait mention dans les textes portant statut des AAI qu'elles peuvent faire « toute proposition de modification des textes », « toute recommandation utile » ou qu'elles peuvent « formuler tout avis ou proposition » dans leur domaine de compétence. L'innovation de ces dispositions réside précisément dans le fait de conférer la capacité aux AAI de prendre des initiatives en matière de proposition de réforme.

713. La légitimation des propositions de réforme passe, d'une part, par une reconnaissance dans la loi de cette activité et, d'autre part, par la construction d'un discours sur l'origine des propositions (§1). Ensuite, prises dans une stratégie d'influence, les autorités assurent un suivi de la réception des propositions (communication, médiatisation et relais institutionnels) (§2). Cette activité de proposition révèle ainsi un usage exemplaire par les AAI de leur magistrature d'influence les rapprochant parfois davantage, du point de vue de la méthode, des groupements d'intérêt que des organismes administratifs de conseil.

714. Cette fonction de proposition sera principalement étudiée à travers les exemples du Défenseur des droits et de l'Autorité de la concurrence en raison de l'importance que ces deux autorités accordent à cette fonction dans leur activité.

§1 La légitimation des propositions de modification des lois et règlements

715. La reconnaissance ou l'officialisation de ce pouvoir de proposition, par une inscription dans les textes constitutifs des AAI, fait partie d'un processus de légitimation du pouvoir de proposition de réforme (A). La seconde source de légitimation réside dans l'origine concrète et technique des propositions de réforme, c'est-à-dire dans la mise en avant de leur expertise, éloignant ainsi les soupçons de politisation (B).

A. Un pouvoir progressivement consacré et renforcé par la loi

716. La consécration législative va permettre avant tout de renforcer la légitimité de cette activité en l'officialisant et en facilitant son exercice par l'octroi d'une capacité d'auto-saisine. Toutefois, si la majorité des AAI s'est vue reconnaître explicitement un tel pouvoir, ce rôle ne s'est progressivement imposé aux pouvoirs publics que grâce à la pratique de certaines autorités et à une forte valorisation de cette fonction au niveau international. En effet, nombre de Conventions prévoient, pour leur application effective, la mise en place d'une magistrature d'influence indépendante chargée de promouvoir l'intégration d'une norme internationale en droit interne¹⁶.

717. À l'origine, cette activité s'est développée en l'absence de toute consécration législative. Un certain nombre d'actions des titulaires et des membres des premières autorités va révéler et concrétiser un rôle plus actif de ces institutions vis-à-vis du droit. Sans remettre en cause le postulat positiviste, il n'est plus question de considérer le droit comme un déjà-là qu'il faudrait appliquer, interpréter et faire advenir en pratique ; mais comme une matière qu'il convient de faire évoluer en tenant compte de l'appréciation que l'autorité en fait et de la multiplication des contraintes qui pèsent sur le législateur interne (mise en cohérence des ordres, concrétisation des droits, etc.). Dès lors, à travers les propositions de réforme législative et réglementaire, les AAI dépassent le droit en vigueur pour promouvoir l'intérêt public qu'elles poursuivent en apportant une contribution au travail politique d'élaboration du droit. Les membres de ces autorités, en tant que membres d'instances indépendantes défendant un intérêt public spécifique, ne se considèrent plus uniquement comme membres d'organes d'application du droit, mais comme ceux d'instances critiques qui peuvent participer directement à

¹⁶ À cet égard, la mise en place en 2000 du Défenseur des enfants, dont les missions ont été reprises ultérieurement par le Défenseur des droits, est un exemple emblématique. Sa création s'inscrivait dans une dynamique d'application effective et de promotion de la Convention internationale sur les droits de l'enfant dite Convention de New-York (Ass. gén. ONU, A/RES/44/25, 20 novembre 1989). Elle a été ratifiée par la France le 2 juillet 1990 (Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990, *JORF*, n° 0154, 5 juillet 1990, p. 7856). Le Défenseur des enfants avait été pensé comme une instance dont la mission était d'encourager l'application effective de la Convention (Alinéa 2 du premier article de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, *JORF*, n° 56, 7 mars 2000, p. 3536, texte n° 1). Dans le texte relatif au Défenseur des enfants, il était notamment prévu à l'alinéa 7 de l'article 3 de la loi précitée qu'il pouvait « également suggérer toute modification de textes législatifs ou réglementaires visant à garantir un meilleur respect des droits de l'enfant, notamment en transposant en droit interne les stipulations des engagements internationaux visés à l'article 1^{er} qui sont dépourvus d'effet direct ». Cette disposition avait été introduite en deuxième lecture par l'Assemblée nationale suite à un débat concernant la portée des dispositions de la Convention de New York et au constat de multiples appréciations divergentes des Cours suprêmes des deux ordres (les deux plus hautes juridictions françaises ont depuis une position commune sur l'applicabilité de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais différente sur les autres articles de la Convention). La protection internationale des droits de l'enfant soulevait alors de nombreuses difficultés quant à l'effet en droit interne de dispositions internationales. Cette disposition n'a pas été reprise dans le texte du Défenseur des droits car la situation n'est plus la même.

l'amélioration du cadre normatif. Le positionnement sur des sujets d'intérêt général, des politiques publiques notamment, par l'émission de propositions fera dire à Robert FABRE, Médiateur de 1980 à 1986, que le Médiateur de la République n'est pas qu'une « super-assistante sociale »¹⁷, mais est aussi un acteur de la réforme de l'État.

718. Pour autant, dans le texte initial instituant le Médiateur¹⁸, aucune disposition ne prévoyait une telle compétence ou ne l'autorisait à donner son avis sur l'état du droit en vigueur. La rédaction initiale de l'article 9 de la loi prévoyait que « lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, le Médiateur de la République fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, le cas échéant, toutes propositions tendant à améliorer le fonctionnement de l'organisme concerné ». Bien que cet article attribua au Médiateur un pouvoir de proposition, celui-ci demeurait modeste puisqu'il ne lui permettait que de suggérer des modifications des mesures d'ordre intérieur relatives à l'aménagement du fonctionnement de l'administration ou du service public mis en cause, lorsque celui-ci s'avérait défaillant. Cette rédaction ne prévoyait donc pas la possibilité pour le Médiateur de proposer des modifications des règles d'ordre législatif ou réglementaire applicables à la situation. Cependant, dès le premier rapport annuel d'activité, le Médiateur a insisté sur son l'importance de son rôle dans l'évolution des cadres normatifs, considérant que « l'amélioration du fonctionnement des services, et, derrière elle, celle des règlements qui les régissent, est [...] en général inséparable du redressement des situations particulières »¹⁹. C'est donc au prix d'une interprétation extensive de son mandat qu'un volet « proposition de réformes » apparaît dans les activités de l'institution. Le rapport annuel de 1975 fait ainsi état de quatre-vingt-dix propositions de réforme émises depuis l'entrée en fonction de son premier titulaire, Aimé PAQUET. Ces propositions ont été d'ailleurs jugées, pour un tiers d'entre elles, entièrement ou partiellement « satisfaites »²⁰. Le législateur entérinera ce pouvoir par la loi du 24 décembre 1976 complétant l'article 9 de la loi relative à l'institution du Médiateur. Depuis lors, le Médiateur pouvait « suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des textes législatifs ou réglementaires »²¹.

¹⁷ R. FABRE, « Introduction », dans *Rapport du Médiateur au Président de la République*, Paris, La documentation française, 1980, p. 11.

¹⁸ Article 9 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, *JORF*, 4 janvier 1973, p. 164.

¹⁹ Médiateur de la République, *Rapport annuel du Médiateur*, Paris, La Documentation française, 1973, p. 58.

²⁰ Médiateur, *Rapport annuel du médiateur 1975*, Paris, la Documentation française, 1976.

²¹ Article 3 de la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976 complétant la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur, *JORF*, 28 décembre 1976, p. 7493.

719. Pour autant, la loi de 1976 n'a pas remis en cause la nécessité de l'existence d'un lien entre les propositions de réformes et les réclamations instruites par le Médiateur. Ce lien sera abandonné avec la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations dite « DCRA »²². Le législateur confère ainsi la faculté au Médiateur de proposer des réformes sans se fonder directement sur une réclamation dont il a été régulièrement saisi. Cette disposition implique *de facto* la suppression du filtre parlementaire pour cette activité que le législateur avait mis en place dans le souci d'éviter l'engorgement de l'institution. En effet, tout dossier de réclamation individuelle devait être transmis par l'intermédiaire d'un parlementaire (député ou sénateur). Par conséquent, cette modification de la loi permet à la fois la saisine directe du Médiateur de la République par toute personne résidant en France et lui octroie la capacité de s'autosaisir en matière de proposition de réforme. Cette modification de la loi consacre de façon nette l'autonomie de son activité de proposition de réforme. Le Médiateur ne dispose plus uniquement d'un pouvoir de proposition, mais bien d'une compétence de participation aux discussions publiques relatives à l'état du droit et à sa réforme.

720. Ce mouvement d'autonomisation de la fonction de proposition des AAI s'observe à l'échelle de la catégorie. Cette fonction implique plusieurs facultés dont l'auto-saisine est la plus importante. À cet égard, l'Autorité de la concurrence en offre une illustration frappante. Si, depuis 1986, le gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales ou d'autres AAI disposent de la faculté, voire ont l'obligation, de solliciter l'avis de l'autorité qui est en charge de veiller au respect des règles de concurrence sur certains projets de textes ou sur des questions générales concernant la concurrence²³, cette fonction a pris toute sa dimension avec la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie²⁴. Depuis cette loi, l'Autorité de la concurrence peut prendre, de sa propre initiative, la parole sur les sujets de son choix et discuter des avis qu'elle rend et des propositions qu'elle émet avec les pouvoirs publics²⁵. C'est cette autonomie de pensée et d'action qui fait de cette Autorité, selon les termes de Bruno LASSERRE président de l'instance de 2004 à 2016, « une véritable force d'initiative et

²² Article 26 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF*, n° 0088, 13 avril 2000, p. 5646, texte n° 1.

²³ L'article L462-2 du Code de commerce prévoit que l'Autorité est obligatoirement consultée sur les projets de texte restreignant la concurrence. La saisine de l'Autorité à titre facultatif n'est pas réservée à l'administration. Conformément à l'article L462-1 Code de commerce, l'ADLC peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

²⁴ Les articles 95 à 97 et 164 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n° 0181, 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

²⁵ Article L462-4 du Code de commerce.

de proposition indépendante »²⁶. Ce pouvoir d'auto-saisine n'implique pas que l'Autorité se mobilise systématiquement sur tous les sujets susceptibles de l'intéresser. Au contraire, on observe que les auto-saisines de l'Autorité sont plutôt rares²⁷. Si on les compare avec le nombre des avis rendus sur demande de son expertise, il est frappant de constater que l'Autorité privilégie les réponses aux sollicitations. Ce choix s'explique sans doute par un souci de réception de ses propositions. En effet, l'Autorité a plus de chance d'être entendue si elle a été sollicitée au préalable ou qu'elle répond à un besoin ciblé d'expertise. Néanmoins, ces nouvelles attributions de proposition lui permettent de s'affranchir des contraintes, parfois strictes, de délais que lui imposent les institutions, collectivités ou associations qui sollicitent son avis, en particulier le Gouvernement. Par exemple, l'avis du 9 septembre 2009 relatif au secteur du transport public terrestre de voyageurs²⁸, rendu sur auto-saisine, complétait un précédent avis du Conseil de la concurrence qui avait été rendu sur saisine du ministre chargé de l'Économie²⁹ sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports. Dans les motifs de sa décision d'auto-saisine³⁰, l'Autorité exprimait le regret que les conditions d'adoption du précédent avis aient contraint le Conseil de la concurrence à rendre sa décision en à peine un mois « en plein cœur de l'été »³¹. Dans ce cas, l'auto-saisine permet à l'autorité de maîtriser l'opportunité de diffusion ou d'expression de son expertise, ou de son opinion.

721. L'officialisation de ce pouvoir dans les textes constitutifs des AAI ne doit pas s'interpréter comme l'exclusion *a contrario* d'un pouvoir de proposition dans le cas où les textes demeureraient muets, mais plutôt comme son renforcement par l'institutionnalisation d'une pratique dont les manifestations sont le plus souvent informelles. En effet, une proposition « autorisée » a nécessairement plus de chance de recueillir l'attention et d'être étudiée que l'expression spontanée d'une opinion du président d'une autorité administrative indépendante. Cette habilitation, même si elle n'est pas juridiquement nécessaire, participe donc à renforcer l'autorité des propositions du Défenseur ou de l'Autorité de la concurrence en consacrant la spécificité et les caractéristiques de leur rôle dans le débat public et en tenant

²⁶ B. LASSERRE, « L'office de l'Autorité de la concurrence », art. cit., p. 116.

²⁷ *Ibid.*, p. 105.

²⁸ Autorité de la concurrence, avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs, 42 p.

²⁹ Conseil de la concurrence, avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008, sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports, 9 p.

³⁰ Autorité de la concurrence, décision n° 09-SOA-01 du 18 mai 2009 relative à une saisine d'office pour avis dans le secteur du transport public terrestre de voyageurs, § 3.

³¹ M. De DROUAS, E. DURAND et P. HUBERT, « L'Autorité de la concurrence, un an après : points de vue d'usagers », *Concurrences*, mai 2010, n° 2, p. 41.

compte de leur liberté de parole attachée à leur statut d'autorité indépendante. L'octroi de la faculté d'auto-saisine manifeste de façon plus symbolique la reconnaissance des pouvoirs publics de l'utilité de leurs propositions et de leur contribution à la détermination des choix politiques et économiques. C'est pour cette raison notamment que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), dans un avis du 13 juin 2013, rappelle son indépendance face aux pouvoirs publics, sa liberté d'action et de parole sur le terrain des propositions de réforme, et ce même sur des sujets qui n'entrent pas explicitement dans son champ de compétence³².

B. L'importance de l'origine des propositions de réforme

722. Un indice permettant d'évaluer le degré de légitimité reconnu aux AAI par les décideurs et les pouvoirs publics est visible lorsque ces derniers agissent pour confirmer les propositions émises par les AAI. Si ces dernières formulent des propositions fondées uniquement sur des motifs d'opportunité politique, elles risquent au contraire d'entrer en concurrence directe avec les décideurs et les pouvoirs publics. Pour éviter cet écueil, leurs propositions doivent porter sur un travail préalable guidé par un savoir technique et spécifique ainsi que, parfois, sur le prestige de leurs membres. À l'inverse, une action politique fondée sur l'opportunité risque de diluer les conditions propices au consensus nécessaire pour susciter l'adhésion à leurs propositions³³.

723. En d'autres termes, les AAI peuvent difficilement utiliser les codes d'expression des décideurs politiques ou leur façon de penser. Elles adoptent au contraire celui de l'expert critique dont les ressources rhétoriques se situent entre le conseil et la persuasion. Comme le rappelle la circulaire en date du 7 avril 2006 à propos de l'ancienne HALDE, cette autorité « n'a pas vocation à définir la politique de l'État en la matière mais elle participe à sa mise en œuvre dans la limite de ses attributions ». De la même manière, Bruno LASSERRE, qui a été président de l'Autorité de la concurrence, rappelle que c'est « en sa qualité d'«expert» de la

³² CGLPL, avis du 13 juin 2013 relatif à la possession de documents personnels par les personnes détenues et à l'accès de celles-ci aux documents communicables, *JORF*, n° 0159, 11 juillet 2013, texte n° 86.

³³ Cette fonction fait l'objet d'un malentendu ou d'une critique en provenance des parlementaires. La « dépossession du Gouvernement et du Parlement sur certaines options fondamentales ou certains choix de nature politique » peut susciter des critiques au sein de l'hémicycle dénonçant le fait que les AAI deviennent la caution de la loi et de son bien fondé (Rapport d'information n° 2925 (2010-2011) de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, *op. cit.*, p. 53). Cette critique se fonde sur le constat que « de nombreux parlementaires citent d'ailleurs les prises de position des AAI pour orienter l'examen des textes législatifs ». Les rapporteurs concluent qu'« il ne faudrait pas que cela aboutisse à échanger les rôles respectifs du législateur et de l'autorité administrative » (*Ibid.*, p. 54.). Si on doit constater une certaine constance de la critique, cette mise en garde politique paraît toutefois avoir une portée limitée en ce qu'elle fait abstraction des pouvoirs et compétences respectives des institutions.

concurrence »³⁴ que l’Autorité est consultée et propose des réformes. L’Autorité « ne fait en aucun cas de la “politique” »³⁵ et ce, conformément au « souhait du Gouvernement de soustraire l’expert concurrentiel à tout risque d’interférence politique »³⁶. Les AAI apparaissent – et se présentent – comme des pouvoirs neutres, en matière sociale, économique ou de libertés publiques³⁷.

724. Pour autant, proposer des modifications de la loi ou des règlements implique nécessairement, pour ces instances, de participer en faisant connaître leur position à la définition des politiques publiques aux prises avec des intérêts distincts. Cette neutralité est avant tout une identité institutionnelle qui a vocation à les distinguer des autres pouvoirs conformément à leur traditionnelle séparation³⁸. L’idée commune selon laquelle « en tant qu’organismes neutres, les autorités administratives indépendantes ne peuvent avoir un rôle politique »³⁹ est de toute évidence exagérée. En effet, lorsqu’elles prennent part aux discussions relatives à la détermination du droit et, plus largement, aux choix orientant les politiques publiques, les AAI sont des autorités « politiques ». La neutralité attachée aux AAI signifie seulement qu’elles manifestent une « indifférence aux intérêts en jeu »⁴⁰. Poursuivant un intérêt public spécifique, l’activité de proposition de modification des lois et des règlements est l’activité la plus susceptible de remettre en question cette neutralité revendiquée. Dès lors, elle les contraint à développer une pratique visant à éloigner tout soupçon de politisation de l’institution. Si leurs propositions provoquent des divisions trop marquées, les AAI risquent de voir leur crédibilité diminuer d’autant puisqu’elles n’apparaîtraient plus comme un acteur de consensus.

725. Pour éviter cet écueil, les AAI veillent à ce que leurs propositions épousent la forme de la neutralité et de l’objectivité vis-à-vis des clivages politiques. Elles développent ainsi une stratégie consensualiste, c’est-à-dire visant à susciter l’adhésion du plus grand nombre autour

³⁴B. LASSERRE, « L’office de l’Autorité de la concurrence », art. cit., p. 114.

³⁵ B. LASSERRE, « La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d’autorité », *Concurrences*, n° 3, 2010, p. 38-39.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Par exemple, comme le souligne Yves GAUDEMONT, « le Médiateur pourrait tout à fait incarner cette qualité, possédant le crédit et la légitimité nécessaires, tant dans la réflexion légistique que dans les circuits administratifs. Une mission pédagogique en quelque sorte, fondée sur un rappel élémentaire : le droit est fait pour clarifier et sécuriser, et non pas pour alimenter la chicane » (Y. GAUDEMONT dans *Médiateur actualités, Le journal du Médiateur de la République*, « Les conséquences de l’indépendance de l’Algérie et les droits à pension », novembre-décembre 2004, n° 4, p. 4).

³⁸ S. BAUME, « De l’usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs, revue française d’études constitutionnelles et politiques*, novembre 2012, n° 143-La séparation des pouvoirs, p. 25.

³⁹ N. LONGOBARDI, « Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d’un nouveau droit administratif (suite et fin) », *LPA*, 31 août 1999, n° 173, p. 10.

⁴⁰ *Ibid.*

de leurs propositions. Cette recherche de légitimation de leurs propositions leur fait emprunter deux postures : celle de l'expert critique d'une part (1) et celle du détecteur de réformes d'autre part (2).

1. L'expertise critique

726. L'expert est par définition celui qui a une connaissance d'un domaine en particulier et qui l'utilise pour répondre à des sollicitations, des demandes pratiques, pour aider à la décision, pour poser des diagnostics de dysfonctionnement ou encore préconiser des solutions conformes aux objectifs qui lui sont présentés. C'est en mettant en avant les qualités de la démarche experte, la technicité du traitement du sujet et, enfin, l'objectivité propre à leur statut d'indépendance que les AAI interviennent dans l'espace public. L'expertise des AAI trouve ainsi un fondement solide dans leurs facultés de recueil d'une information diverse et complète sur un sujet entrant dans leur champ de compétence ainsi que dans le pluralisme de leur composition, incluant notamment des personnalités qualifiées. Selon leur domaine d'activité, leur expertise est multiple : juridique le plus souvent, elle est aussi économique et, le cas échéant, sociologique. L'action des AAI est généralement présentée comme étant à un point de carrefour entre la rationalité juridique et les autres rationalités (économiques, éthiques, techniques, etc.).

727. La neutralité liée à l'expertise, c'est-à-dire l'indifférence des autorités aux intérêts en jeu, ne signifie pas que celle-ci soit dépourvue de portée critique. Anne REVILLARD, à propos du Comité du travail féminin, instance consultative créée en 1965 au sein du ministère du Travail, définit l'« expertise critique »⁴¹ comme « l'usage de données et d'un discours expert pour critiquer les lois et politiques existantes et promouvoir des réformes »⁴². Elle l'oppose ainsi à l'expertise étatique censée légitimer la décision politique, que l'on peut rapprocher des avis des organes consultatifs traditionnels.

728. Pour apporter une critique des lois et des règlements, les AAI adoptent principalement la posture de l'expert en droit. La mobilisation de références juridiques est la principale source de légitimation de leurs propositions. Ce qui revient, par exemple, à mobiliser l'application d'une disposition d'un traité⁴³ ou une jurisprudence. Par exemple, si le Défenseur des droits a

⁴¹ A. REVILLARD, « L'expertise critique, force d'une institution faible ? », *RFSP*, 24 avril 2009, Vol. 59, n° 2, p. 281.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Si les AAI, en tant qu'autorité de régulation ou de conseil, ne participent pas directement à l'intégration des normes internationales et européennes, elles exercent une influence sur ce processus en conseillant les autorités en

fortement critiqué le projet de loi relatif au droit des étrangers en France porté par le ministre de l'Intérieur de l'époque, Manuel VALLS, il a néanmoins pris garde d'appuyer sa délibération sur de solides arguments juridiques principalement fondés sur les conventions internationales signées par la France⁴⁴.

729. Dans le langage commun, la magistrature d'influence ressort du lexique de la sagesse. Son exercice permet en principe de critiquer une situation au nom de certaines valeurs ou au regard de l'intérêt public dont les autorités ont la charge, qu'il s'agisse par exemple de la concurrence en tant que valeur ou de la dignité dans son absolutité. Les fondements de l'action des AAI ne sont-ils pas plus larges que le seul droit positif, qu'il soit augmenté ou amendé par des principes d'ouverture⁴⁵ ? Les AAI s'appuient précisément sur des valeurs telles que l'équité, la dignité, la transparence, la concurrence ou encore le pluralisme⁴⁶. Comme le rappellent Sylvie HUBAC et Evelyn PISIER, « dans la sphère du droit, le sage aura encore longtemps un déficit de légitimité envers l'élu comme envers le juge. Dans l'univers de l'éthique, il n'a aucun handicap ; il mesure sa légitimité à sa force de conviction, à son aptitude à dégager des opinions communes. Il est l'accoucheur de la morale collective et de la coutume »⁴⁷. Ce type d'invocation est rendu possible précisément par la rhétorique de la persuasion et la croyance en l'autorité morale de l'institution.

730. Toutefois, dans leur pratique quotidienne, cette référence demeure assez rare, voire est minimisée par les membres des AAI⁴⁸. En effet, dans un système de domination rationnelle-légale, ce type d'invocation ne peut avoir qu'un caractère exceptionnel⁴⁹. Luc FERRAND, alors directeur juridique de la HALDE, écartait à propos de l'action concrète de l'institution les velléités propres à l'invocation des valeurs considérant qu'il s'agissait plutôt, selon lui, de

charge de la promulgation, de l'exécution ou de la transposition des règles internationales ainsi que les autorités d'application du droit, à savoir l'administration et le juge.

⁴⁴ Défenseur des droits, avis n° 15-17, Paris, 23 juin 2015 et avis n° 16-02, Paris, 15 janvier 2016.

⁴⁵ Bien qu'à propos des AAI, une grande partie des auteurs ont insisté sur l'émergence d'une forme renouvelée de régulation par le droit, satisfaisant ainsi « le besoin de sécurité des juristes sans méconnaître d'ailleurs l'esprit de la législation » (J.-L. AUTIN, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, n° 5, p. 1221), il convient de signaler « aussi la fréquence des hypothèses dans lesquelles c'est en marge du droit que se réalise la régulation » (*Ibid.*)

⁴⁶ N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation » dans CURAPP (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 87-105.

⁴⁷ S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 131.

⁴⁸ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public? », *RIEJ*, 1993, n° 30, p. 153.

⁴⁹ A. REVILLARD et alii., *La fabrique d'une légalité administrative : sociologie du médiateur de la République*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2011, p. 48.

rappeler l'existence de « règles de droit méconnues »⁵⁰. Au même titre, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) ou la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁵¹ fondent le plus souvent – dans une finalité argumentative évidente – leurs avis ou recommandations en droit plutôt que sur le terrain des valeurs. Comme le souligne Myriam BACHIR-BENLAHSEN à propos du CCNE, « les sages trouvent dans le droit en vigueur les réponses aux questions éthiques, sociales et/ou culturelles qui leur sont soumises »⁵². Ils veillent, le plus souvent, afin de conférer le plus de force à leurs avis ou recommandations, à « se dégager de l'arbitraire de l'éthique, donc de la logique normative de la morale [...] Qu'ils invoquent une morale dite supérieure et déjà les accusations de “morale d'État” se font entendre »⁵³. L'ambiguïté que recèle la référence aux valeurs en dehors de toute référence ou contenu objectivement appréciable incite à un usage prudent, et ce même dans le cadre d'une magistrature d'influence. Ainsi lorsque l'on interroge Jean-Marie DELARUE, Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) de 2007 à 2014, sur l'articulation du principe de dignité et de la légalité dans l'exercice des missions de contrôle de l'institution, celui-ci répond qu'il s'agit moins de dignité que de respect des « droits fondamentaux »⁵⁴. Autrement dit, il

⁵⁰ AFERP, *Rencontre du 20 mai 2008 - la HALDE*, Association française d'étude des relations professionnelles, Université Paris 2 Assas, 2008, p. 1.

⁵¹ E. DECAUX, « Utile Cassandre, du rôle de la commission nationale consultative des droits de l'homme » dans *Mélanges Jacques Mourgeon, Droit et Liberté*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 589.

⁵² M. BACHIR-BENLAHSEN, « Loi de Sages et sagesse des légistes, l'énonciation du droit en matière de bioéthique (1983-1992) et d'immigration (1987-1993) » dans CURAPP (dir.), *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 242.

⁵³ *Ibid.*, p. 239.

⁵⁴ Sans être explicitement prévue par un texte, cette mission de mise en cohérence des ordres et de leur communication passe par l'usage de ce que Loïc AZOULAI appelle des « véhicules intersystémiques », c'est-à-dire un instrument de communication entre les systèmes juridiques, une notion ou un principe qui dépasse, transforme et au final rapproche les ordres juridiques en interaction (L. AZOULAI, « Conclusions générales » dans E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, éd. A. Pédone, 2010, p. 327-328). Par exemple, la notion de « droits fondamentaux », les « principes du droit économique mondialisé », « les droits universels de la libéralisation des marchés » ou encore les « principes généraux d'un droit administratif globalisé » sont autant de notions et de principes favorisant l'intégration des ordres juridiques internationaux et les échanges sur la base de principes et d'instruments communs. Ainsi l'article 1^{er} de la loi relative au Contrôleur des lieux de privation de liberté (CGLPL) prévoit de façon générale que l'institution est chargée « de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux ». Dans un entretien en fin de mandat (J.-M. DELARUE et C. DE GALEMBERT, « « Je n'ai qu'à défendre les droits fondamentaux, si je puis dire ! » », art. cit., p. 414), Jean Marie DELARUE, premier titulaire de la fonction de Contrôleur, considère que le travail de l'institution consiste en un « petit rouage » (*Ibid.*) de « ce travail de coordination, de rapprochement, de phasage des normes de droit international et des normes de droit interne » (*Ibid.*). Il poursuit notamment en considérant que les normes internationales en matière de « droits fondamentaux » n'ont connu, selon lui, que de « lentes pénétrations : par conséquent, des liens sont tissés pour [que le CGLPL] assure le passage de l'un à l'autre, de ces droits à la légalité » (*Ibid.*).

s'agit d'un appel aux normes internationales recouvertes par cette notion⁵⁵ plutôt qu'à la valeur de dignité⁵⁶.

731. La mise en avant des valeurs sans référence précise à une norme objective de droit positif dans l'exercice d'une magistrature d'influence par les autorités a d'abord une vocation de légitimation de l'action de ces institutions par rapport aux acteurs traditionnels de la régulation juridique. Dans sa thèse sur le Médiateur de la République, Sylvie GILLET a démontré le rôle essentiel de la notion d'équité dans la construction de l'identité de l'institution⁵⁷. Au même titre, l'Autorité de la concurrence se présente elle-même comme l'« avocat de la concurrence » auprès des acteurs publics et des décideurs économiques »⁵⁸. Cette référence aux valeurs participe ainsi à légitimer l'action des AAI, permettant de distinguer leur expertise de celle des juridictions ou des inspections administratives⁵⁹. Par exemple, à l'encontre de certaines opinions contestant l'intérêt du Médiateur vis-à-vis du Conseil d'État⁶⁰, les membres de l'institution avaient fait du principe d'équité la « marque de fabrique »⁶¹ de l'institution.

732. Au-delà d'une expertise originale et technique, les autorités peuvent mettre en avant leur proximité avec un secteur pour asseoir leur légitimité dans le domaine des réformes.

⁵⁵ Cf. P2. T1. Ch.1. Sect.2. B.

⁵⁶ Parfois, cette position peut aller jusqu'à réduire le rôle de l'autorité à ne proposer que l'application du droit international ou européen. L'ancien directeur juridique de la HALDE, Luc FERRAND, considérait à ce propos que le travail de l'institution visait précisément « à éclairer le droit interne par rapport aux engagements internationaux de la France que ce soient les normes issues de l'Union européenne ou les conventions signées dans le cadre de l'ONU ou d'autres engagements internationaux ailleurs » (Luc FERRAND, directeur des affaires juridiques de la HALDE, *Rencontre du 20 mai 2008 – La HALDE*, p.1).

⁵⁷ Comme le montre Sylvie GILLET dans sa thèse, il existait à l'époque de la mise en place de l'institution un débat portant sur le choix entre deux principes d'action permettant d'identifier durablement l'institution, de la distinguer des mécanismes de contrôle préexistants : la « maladministration » d'un côté et l'équité de l'autre (S. GILLET, *Le Médiateur de la République, op. cit.*, p. 305). C'est deux ans après la naissance de l'institution, dans la loi du 24 décembre 1976, modifiant l'article 9 de la loi de 1973 que le débat fût tranché au profit de la notion d'équité. Ces dispositions ont fait l'objet d'une reprise à l'article 25 de la loi n° 2011-333 organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

⁵⁸ Cette information est disponible sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence à la rubrique consacrée à la présentation de son activité consultative (autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=294, consulté le 18 mars 2016).

⁵⁹ Voir : S. GILLET, *Le Médiateur de la République : inventions et formalisations*, Thèse de doctorat Science politique, Université Paris I, France, 1994.

⁶⁰ V. R. DRAGO, « Préface » dans *L'ombudsman scandinave: études comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris, LGDJ, 1970, p. III.

⁶¹ A. REVILLARD et al., *La fabrique d'une légalité administrative, op. cit.*, p. 32.

2. La détection de réformes

733. La seconde posture est celle de « détecteur de réformes »⁶². L'intérêt d'entamer un processus de réforme est d'autant mieux perçu qu'il est mis en rapport avec une série de dysfonctionnements clairement établis⁶³. La proximité des AAI avec le secteur régulé et l'observation permanente qu'elles peuvent opérer de l'application du droit renforce la crédibilité de leurs propositions. Les nombreuses saisines ou réclamations reçues, les comités consultatifs, leur activité de surveillance ainsi que l'évaluation juridique, économique et sociale constante d'un milieu donné font des AAI des observatoires privilégiés des inadaptations du droit⁶⁴. Elles participent aux mécanismes d'observation des pratiques permettant d'éclairer le législateur (pétition, commission, etc.). Elles assurent un « *feed-back* »⁶⁵ qui consiste, de façon schématique, à ce que la pratique informe celui qui crée le droit⁶⁶. Dès les premiers rapports du Médiateur de la République, cette fonction est mise en avant : le Médiateur, et à travers lui les AAI, sont « au point de départ de ce “circuit de retour” – d'une espèce inconnue jusqu'à 1973 dans notre organisation institutionnelle – retour du fait sur le droit, de l'effet de la règle sur la règle elle-même »⁶⁷.

734. Dans cette hypothèse, l'élaboration de la proposition par les AAI repose nécessairement sur une démarche inductive. Elles attirent l'attention des décideurs publics sur des réformes invisibles du fait de leur technicité ou, plus simplement, du manque d'intérêt politique de la proposition de réforme⁶⁸. Le Médiateur de la République, et par la suite le Défenseur des droits, fournit une illustration emblématique de ce processus de légitimation de la fonction de proposition fondée sur la proximité de l'institution. Depuis le premier Médiateur, les réformes ont toutes été présentées comme suivant une trajectoire allant du litige personnel à la nécessaire réforme du droit. Ainsi peut-on lire que « les propositions de réformes émises par le Médiateur de la République s'ancrent dans la réalité quotidienne des Français et s'appuient sur le travail

⁶² À l'origine, l'expression est de Pierre SCHIÉLÉ (Rapport n° 281 (1974-1975), 6 mai 1975). Elle est reprise par Claude GERBET (Compte-rendu des débats, A.N., 2 décembre 1976, p. 8903). Elle est citée par J.-L. AUTIN dans « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JC Libertés*, Fasc. 300, 1 mai 2009, 2009, paragr. 58.

⁶³ J.-L. AUTIN, « Intervention des autorités administratives indépendantes », Fasc. 300, art. cit., p. 20.

⁶⁴ Voy. S. ENDERLIN, « Les recommandations de la CNDS concernant le garde à vue », *AJ Pénale*, 2010, n° 11, p. 473.

⁶⁵ P. AMSELEK, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçu à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, n° 6, p. 1473.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Médiateur, *Rapport du Médiateur 1976*, Paris, La Documentation française, 1977, p. 36.

⁶⁸ R. ARSAC, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », art. cit., p. 799.

d'expertise et d'écoute des juristes et des délégués de l'Institution »⁶⁹. Dès lors, les propositions du Médiateur ont nécessairement un contenu concret et technique qui les rend plus consensuelles et, partant, favorise leur réception. En témoignent les propositions de réforme du Défenseur des droits, reprises dans la loi sur la modernisation et la simplification du droit et des procédures du 16 février 2015⁷⁰, portant sur la facilitation de la rédaction des testaments par les personnes sourdes et muettes ou ne parlant pas français⁷¹ ainsi que l'uniformisation des délais de paiement des amendes routières⁷². Par ailleurs, le Défenseur est d'autant plus écouté que son institution est progressivement devenue une instance de terrain avec le développement d'un réseau de délégués territoriaux, comprenant la présence de délégués dans les prisons et de correspondants dans les Maisons départementales des personnes handicapées. La présence de délégués dans les prisons a d'ailleurs été présentée comme pouvant apporter « du concret pour nourrir les propositions du Médiateur »⁷³.

735. En tant que démarche inductive, l'élaboration d'une proposition implique une méthodologie de sélection ou d'élaboration des propositions qui, au regard de critères précis et objectifs, participe à renforcer leur réception auprès des décideurs publics. Comme le rappelait de façon lucide Dominique BAUDIS, premier Défenseur des droits, « personne n'est obligé de nous entendre ». Cette capacité de proposition de réforme devait donc, selon lui, être utilisée « avec discernement »⁷⁴ afin de ne pas « transformer l'institution en supermarché des droits, car elle perdrait toute crédibilité »⁷⁵. Pour ce faire, l'institution a dégagé plusieurs critères permettant de faire le tri en fonction de « l'intérêt sociétal de la proposition de réforme, qui peut être évalué de façon quantitative – beaucoup de gens sont concernés – ou qualitative eu égard à la sensibilité ou l'importance symbolique du sujet » et « la faisabilité et l'opportunité de la

⁶⁹ *Médiateur Actualités. Le journal du Médiateur de la République*, « Spécial rapport annuel 2006 - Dialoguer, résoudre, réformer », février 2007, n° 26, p.5.

⁷⁰ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF*, n° 0040, 17 février 2015, p. 2961, texte n° 1.

⁷¹ Rapport n° 1808 (2003-2004) de C. CAPDEVIELLE, au nom de la Commission des lois, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, Assemblée nationale, 19 février 2004, p. 59.

⁷² Rapport n° 215 (2014-2015) de T. MOHAMED SOILHI, au nom de la commission des lois, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, Sénat, 14 janvier 2015, p. 46.

⁷³ *Médiateur Actualités. Le journal du Médiateur de la République*, « Projet de loi pénitentiaire : les priorités pour améliorer l'accès au droit des détenus », juillet 2008, n° 39, p. 2. Voir plus particulièrement sur ce sujet le dossier du numéro 20 de cette revue de l'institution : *Médiateur actualités. Le journal du Médiateur de la République*, « De la médiation à la réforme », juin-juillet 2007, n° 29, p. 1-3.

⁷⁴ D. BAUDIS, « Le défenseur des droits n'est pas "un supermarché du droit" », entretien, 10 décembre 2011, *Acteurs publics* [en ligne] (acteurspublics.com/2011/11/01/dominique-baudis-notre-institution-n-est-pas-un-supermarche-des-droits), consulté le 13 janvier 2012).

⁷⁵ *Ibid.*

proposition de réforme » (coût financier, opportunité politique favorable, etc.) »⁷⁶. Ainsi, l'instance opère un tri entre tous les sujets afin de faire remonter les propositions les plus à même d'aboutir à une modification de la loi ou du règlement. La mise en avant de critères participe à renforcer la crédibilité de l'institution dans ce domaine. En effet, nombreux sont les sujets susceptibles d'induire une réforme ; et les demandes de réforme peuvent lui être adressées par une grande variété d'interlocuteurs : des parlementaires, des particuliers, des délégués, des secteurs d'instruction, des acteurs de la société civile – avocats et associations – et même des administrations. Ces critères de sélection manifestent la mise en place d'une véritable stratégie de réception des propositions de réforme par les pouvoirs publics concernées.

§2 Le suivi des propositions de modification des lois et règlements

736. Une fois la proposition de réforme élaborée, l'autorité la transmet aux autorités normatives concernées et en organise le suivi. La mise en place d'un tel suivi est précisément ce qui distingue cette activité de proposition d'une activité consultative au sens traditionnel, c'est-à-dire la délivrance d'un avis dans le cadre d'une procédure d'adoption d'une décision. La formule de « diplomatie d'influence »⁷⁷ employée à propos du Conseil d'État dans sa fonction de proposition convient parfaitement aux AAI au regard de leurs « stratégies de conviction »⁷⁸.

737. La question de l'influence des avis et propositions de modification des lois et des règlements n'est pas de celles qui trouvent une réponse simple. La simple transmission de la proposition à l'ensemble des ministres concernés ou aux parlementaires *via* un courrier ne suffit pas à enclencher le processus de réforme ni à faire adopter la proposition de réforme. En effet, les AAI ne disposent d'aucun pouvoir et d'aucun moyen de contrainte spécifiques pour faire aboutir leurs propositions. Les décideurs publics ne sont donc nullement obligés de suivre leurs recommandations. Dans le cas contraire, il conviendrait de conclure à l'exercice d'un véritable droit d'initiative au même titre que celui des parlementaires *via* leur pouvoir d'amendement.

⁷⁶ M. TIMSIT (directrice du département des études et réformes du Médiateur de la République et plus tard du Défenseur des droits), « Le rôle du Médiateur en matière de réforme de l'administration », cinquième session de formation des collaborateurs des médiateurs membres de l'AOMF à rabat 25, 26 et 27 mai 2010, document fourni par l'auteur.

⁷⁷ O. SCHRAMECK, « Le nouveau triptyque de la section du rapport et des études. "Diversification, communication et coopération" », *AJDA*, 2012 p.1219.

⁷⁸ Pour une étude sur le section « proposition de réforme » du Médiateur : A. REVILLARD et alii., *La fabrique d'une légalité administrative*, *op. cit.*, p. 147 et s.

Ce qui, en définitive, reviendrait à poser la question de la légitimité démocratique des autorités administratives indépendantes.

738. Par conséquent, pour emporter la conviction des gouvernants susceptibles d'enclencher le processus de réforme, les AAI mobilisent l'ensemble des ressources qui caractérisent leur magistrature d'influence, à savoir : une communication adaptée et renouvelée jusqu'à ce que la proposition aboutisse (A) ainsi que l'établissement de liens et coopérations avec l'ensemble des acteurs institutionnels susceptibles d'appuyer la réception des propositions de réforme (B). Dès lors, elles exercent une influence proactive, utilisant toutes les ressources institutionnelles et communicationnelles à leur disposition.

A. La communication des propositions

739. La phase de communication comporte deux étapes distinctes : la mise en forme de la proposition, d'une part, et l'utilisation de supports de communication adaptés à l'audience visée, n'excluant pas le recours à la pression de l'opinion publique par la diffusion de leur expertise et de leurs propositions, d'autre part. Les AAI agissent donc comme le ferait n'importe quel groupe de pression auprès des ministères ou des parlementaires⁷⁹, à ceci près que leur intervention, comme nous l'avons montré, bénéficie d'une légitimité renforcée par le caractère officiel de leur proposition. La transmission n'est pas gouvernée par la systématisme ou la régularité d'une procédure encadrée par le droit, mais par la mobilisation de ressources diverses, susceptibles d'obtenir des résultats concrets. Cette diversification des moyens de communication est rendue possible en raison des autonomies attachées au statut d'indépendance des AAI⁸⁰.

740. La première étape consiste à faire connaître la proposition aux ministres compétents ainsi que, le cas échéant, aux correspondants de l'autorité dans chacun des ministères. Lorsqu'elle est de niveau législatif, la proposition de réforme est également communiquée aux présidents des commissions parlementaires concernées ainsi que, généralement, aux rapporteurs des projets ou propositions de loi susceptibles de l'intégrer *via* des propositions d'amendement⁸¹. On ne s'attardera pas sur la mise en forme de l'avis ou de la proposition de réforme. Il convient seulement de relever qu'elle constitue un enjeu important si l'on tient

⁷⁹ *Ibid.*, p. 159.

⁸⁰ Cf. P1. T2. Ch.2. Sect.1. §2.

⁸¹ La diversité des propositions de réforme trouve une expression caractéristique dans les rapports du Médiateur de la République sous le mandat de Robert FABRE. Il y était dressé une typologie particulièrement précise des propositions allant de la proposition « ponctuelle », des « synergies », des « lettres de réforme » ou encore des propositions spécifiques « contenues dans le rapport annuel » (Médiateur de la République, *Rapport du Médiateur au Président de la République et au Parlement*. 1982, Paris, Direction des journaux officiels, 1983, p.76-77).

compte du fait que les décideurs politiques ont un temps contraint d'étude des propositions. Autrement dit, la clarté de la présentation, la concision des arguments, l'effort de pédagogie ainsi que l'adjonction de synthèses ou de résumés des recommandations sont autant d'éléments qui favorisent le succès d'une proposition de réforme⁸². Par exemple, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, dans son rapport annuel pour l'année 2013⁸³, présente ses propositions de modification sous la forme d'un tableau comparatif : dans la colonne de droite, les dispositions en vigueur ; et dans la colonne de gauche, les dispositions telles que le Conseil suggère de les modifier, en mettant en gras les modifications précises à apporter.

741. La seconde étape consiste à rendre la proposition publique afin de susciter un débat et, le cas échéant, de s'assurer le soutien de l'opinion publique. Pour accroître les chances de succès de leurs propositions, les AAI développent fréquemment, dans la limite de leurs moyens humains et financiers, une stratégie de communication destinée à emporter la conviction des décideurs. Cette étape comporte deux temps : d'abord, faire connaître le contenu de sa proposition à l'ensemble des personnes ou acteurs susceptibles d'être concernés ; et ensuite, si le destinataire de la proposition décide de ne pas l'adopter ou hésite à l'adopter, faire connaître sa réponse. Ce second temps consiste à accroître la pression qui pèse sur ce dernier.

742. En ce qui concerne la diffusion de leur avis ou de leur proposition, les AAI se contentent, le plus souvent, de publier un communiqué de presse sur leur site Internet résumant en termes simples le contenu et les motifs de la proposition. Cette publication peut parfois s'accompagner de l'organisation d'une conférence de presse, les présidents n'hésitant pas à accorder des entretiens aux différents médias. L'exposé peut aussi être à l'adresse des professionnels d'un secteur et être, dès lors, repris dans la documentation produite par l'autorité. On trouve, ainsi, des exposés des propositions dans les lettres d'information ou d'actualité éditées par les AAI elles-mêmes (par exemple, la Lettre du Défenseur des droits ou *Entrée libre* la lettre de l'Autorité de la concurrence). La communication des propositions peut également prendre l'aspect d'un colloque, de conférences, de séminaires ou d'événements que l'autorité organise ou co-organise sur le thème de la réforme.

743. Il convient de citer également la publication et la transmission des rapports annuels qui constituent des supports privilégiés de communication des propositions de réforme. Adressé au

⁸² Par exemple, il peut apparaître utile, comme le fait parfois l'Autorité de la concurrence, de joindre en annexe d'un avis long de 56 pages un tableau de synthèse des recommandations et de souligner en gras les recommandations que l'Autorité considère comme importantes (Avis n° 13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, p. 57).

⁸³ CSA, *Rapport annuel 2013*, Paris, Conseil supérieur de l'audiovisuel, 2014, p. 52 et s.

Gouvernement et au Parlement, le rapport annuel est rendu public. Il est librement élaboré par les membres de l'Autorité, ce qui leur donne l'occasion d'établir une véritable synthèse sur l'évolution du secteur régulé en lien avec des suggestions de réformes et de modifications qu'il paraîtrait raisonnable d'adopter dans son domaine d'action⁸⁴. Ces rapports constituent des sources d'inspiration pour les parlementaires qui n'hésitent pas à les citer dans leur propre rapport pour appuyer ou justifier une proposition d'amendement⁸⁵. Il arrive même, lors des débats, que des membres d'une commission parlementaire interpellent le rapporteur de la loi pour lui demander s'il a étudié préalablement les propositions de l'autorité indépendante compétente sur la question⁸⁶. Attitude qui atteste de la confiance accordée à l'expertise de l'autorité en question.

744. Une attention particulière doit être portée à un moyen de communication de la proposition qui consiste dans l'audition des membres des AAI par les parlementaires, le plus souvent par l'intermédiaire du président de l'autorité. Les auditions consistent à entendre le point de vue d'un intervenant dont l'opinion est jugée pertinente et de l'interroger afin de recueillir les informations destinées à éclairer la matière que les parlementaires étudient. Elles sont essentielles en ce qu'elles sont rendues publiques conformément au principe de la publicité des débats consacré à l'article 33 de la Constitution, d'une part, et du principe de transparence, d'autre part⁸⁷. Il en va ainsi tant de la présentation du rapport annuel que de la participation à un groupe de travail parlementaire à la suite d'une audition ou d'une commission d'enquête⁸⁸. Cette publicité consiste d'abord à retranscrire intégralement l'audition et à la joindre en annexe d'un rapport⁸⁹. Elle peut aussi s'accompagner d'une retransmission télévisuelle ou sur le site

⁸⁴ J.-L. AUTIN, « Le conseil supérieur de l'audiovisuel en France », *Revista catalana de dret públic*, 2007, n° 34, p. 83-115.

⁸⁵ Rapport n° 20 (2009-2010) de B. SAUGEY, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, Tome I, Sénat, 6 octobre 2010, p.68 ; Médiateur de la République, *Rapport annuel pour 2009*, p. 31-32.

⁸⁶ Rapport n° 2095 (2009-2010) de E. BLANC, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi de M. Jean-Luc WARSMANN (n° 1890) de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, 24 novembre 2009, Tome I, Assemblée nationale, p. 32.

⁸⁷ P. AVRIL, J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, 5^e éd., Paris, Lextenso, 2014, paragr. 132 et 462 et s.

⁸⁸ Article 6 § 4 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, version consolidée au 1^{er} août 2016

⁸⁹ Pour ce qui est des commissions spéciales ou permanentes, en application de l'article 80 al. 10 du Règlement de l'Assemblée, les auditions sont nécessairement mentionnées en annexe. Le plus souvent, elles sont intégralement retranscrites. En ce qui concerne les commissions d'enquête, l'élargissement de leurs moyens d'investigation et la publicité de leurs auditions depuis 1991 en font des instruments d'information et de contrôle efficaces, dont les conclusions sont susceptibles d'infléchir l'action gouvernementale. Ainsi est-il prévu à l'article 144-1 du Règlement de l'Assemblée nationale que « sauf lorsqu'une commission d'enquête a décidé, conformément au premier alinéa du IV de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement

internet de l'Assemblée⁹⁰. La faculté d'auditionner peut faire l'objet d'une consécration par la loi, même si celle-ci apparaît sans portée spécifique. En effet, les parlementaires sont libres d'auditionner toute personne ou institution qu'ils souhaitent⁹¹. Certaines auditions donnent lieu à une formalisation spécifique par l'autorité administrative indépendante concernée afin de donner plus de poids à son intervention. Le Défenseur des droits, par exemple, prépare des avis pour chaque audition qui sont publiés sur son site Internet et dont l'adoption fait l'objet d'une mention dans le rapport annuel sous la forme d'un « tableau des avis au parlement »⁹². De façon générale, les AAI comptabilisent et communiquent sur leurs demandes d'audition⁹³.

745. Le second aspect de la médiatisation est le contrôle que les AAI mettent en place par la publication du suivi de leurs propositions. La communication ne consiste plus, dans cette hypothèse, à exposer les motifs à l'origine des propositions de modification de la loi ou des dispositions réglementaires, mais à communiquer sur le suivi des propositions, c'est-à-dire sur l'adoption ou non de la proposition par les autorités normatives visées ainsi que, le cas échéant, leurs justifications. À ce titre, l'article 9 de la loi du 12 avril 2000 a conféré au Médiateur la faculté de rendre publiques ses propositions de réforme lorsqu'il n'obtenait pas de réponse satisfaisante dans le délai qu'il avait fixé. Ce pouvoir de stigmatisation n'a pas nécessairement de suite pertinente. Le Défenseur des droits, qui a repris les compétences du Médiateur, adopte une distinction fondée uniquement sur les propositions « satisfaites », « partiellement satisfaites » et « non satisfaites ». La proposition est considérée comme « non satisfaite » lorsque « l'institution décide en opportunité de ne plus recommander une réforme aux pouvoirs publics. Cette décision peut notamment faire suite à une réponse négative, mais argumentée du ministère compétent ou à un vote négatif du Parlement »⁹⁴. Cette pratique a disparu avec le rapport de 2012 privilégiant un exposé moins systématique des propositions de réforme. Ainsi, il y est fait état, sans autre détail, de « 26 propositions de réforme adressées aux pouvoirs publics

des assemblées parlementaires, l'application du secret, ses auditions peuvent donner lieu à retransmission télévisée » (Article introduit suite à la résolution n° 292 du 27 mai 2009).

⁹⁰ Depuis mars 2000, la Chaîne Parlementaire, créée par la loi n° 99-1174 du 30 décembre 1999 (*JORF*, n° 0303, 31 décembre 1999, p. 19990, texte n° 3), diffuse sur la TNT, le câble, le satellite et Internet, à parité entre les deux assemblées, l'essentiel des travaux parlementaires. Les images de la chaîne LCP sont également retransmises en direct et en continu sur le site Internet LCP-Assemblée nationale (www.lcpan.fr).

⁹¹ P. AVRIL, J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL, *Droit parlementaire*, *op. cit.*, p. 364.

⁹² Défenseur des droits, *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p. 161.

⁹³ À titre d'exemple, la CRE fait l'état dans son rapport d'activité pour l'année 2012 de huit auditions dont plusieurs concernent l'opinion de l'Autorité vis-à-vis de propositions de loi (p. 13). Par ailleurs, on peut noter une nette progression des auditions du Défenseur entre 2014 et 2015, passant de 16 à 29 auditions (Défenseur des droits, *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p.16 ; Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2015*, Paris, Défenseur des droits, 2016, p. 9).

⁹⁴ Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2011*, Paris, Défenseur des droits, juin 2012, p. 146.

et 11 propositions de réforme satisfaites »⁹⁵. Néanmoins, il est possible de lire un « tableau des réformes initiées » et un « tableau des réformes abouties »⁹⁶. L'Autorité de la concurrence, quant à elle, a pris l'habitude, depuis la publication de son premier rapport d'activité, de commencer par un état des « modifications législatives ou réglementaires ». Ce dernier est l'occasion pour l'Autorité de rappeler ses recommandations ainsi que de rendre public le suivi qu'elle opère de leur adoption. Par exemple, on peut lire dans son rapport de 2014⁹⁷ que « le projet de loi suit l'essentiel des recommandations formulées par l'Autorité dans ses avis 14-A-05 relatif au transport interrégional par autocar et 14-A-13 sur le secteur des autoroutes »⁹⁸.

746. La communication des propositions de réforme recouvre les qualités et modalités du pouvoir de diffuser l'information dans ses deux volets : de la simple information à la stigmatisation. Toutefois, le seul fait de faire connaître ses propositions ne suffit pas, il faut convaincre les autorités normatives réticentes de l'intérêt d'une proposition.

B. La diversification des relais institutionnels des propositions

747. Le succès de la médiatisation ou de la communication est souvent incertain. En effet, l'écho médiatique d'une proposition ne dépend pas uniquement de l'action de l'autorité pour la rendre publique, mais de circonstances sociales et politiques sur lesquelles les membres de l'autorité n'ont que peu de prise. De plus, l'audience obtenue par une proposition dans la presse spécialisée ou généraliste suffit rarement à exercer une pression à l'encontre des ministres ou présidents des commissions concernés. Dès lors, afin d'assurer une reprise de leurs propositions, les AAI incitent à l'organisation de relais institutionnels autant qu'elles utilisent des relais existants. Ces coopérations plus ou moins formalisées avec les membres d'instances de décision participent d'une stratégie de suivi visant à améliorer la reprise des propositions de réforme.

1) Les correspondants au sein des ministères

748. Diverses mesures ont été prises afin d'organiser le suivi institutionnel de ces propositions. La lisibilité des intervenants dans le processus de transmission et la formalisation des procédures de traitement sont autant d'éléments favorisant la tenue de délais raisonnables

⁹⁵ Défenseur des droits, *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p. 12.

⁹⁶ Défenseur des droits, *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p. 157.

⁹⁷ Autorité de la concurrence, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation française, 2015, p. 9.

⁹⁸ Autorité de la concurrence, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation française, 2015, p. 11.

de réponse et un suivi efficace⁹⁹. En témoignent les circulaires du Premier ministre adressées aux ministères relatives au suivi des avis de la CNCDH¹⁰⁰, par exemple, ou aux suites à donner aux propositions de réforme du Médiateur de la République¹⁰¹. En application de l'article 1^{er} du décret du 2 décembre 1998 relatif aux simplifications administratives¹⁰², chaque ministère doit désigner en son sein un correspondant du Défenseur des droits¹⁰³. Toutefois, il s'avère en pratique que les modalités de leur désignation, faute de texte les encadrant, varient selon les ministères¹⁰⁴. Par exemple, il peut s'agir d'un médiateur désigné par le ministère¹⁰⁵ ou de la sous-direction des affaires juridiques¹⁰⁶. La pratique privilégiée par les services de la réforme du Défenseur consiste à ce que les correspondants soient des directeurs d'administration centrale. Ils ont généralement un poids certain au sein de leur ministère. Leur rôle consiste, dès lors, à faciliter l'instruction des propositions du Défenseur par les services du ministère. Le Médiateur de la République pouvait provoquer la convocation d'une réunion interministérielle de suivi des propositions de réforme lorsque ces dernières étaient à destination des services de différents ministères¹⁰⁷. Les comités étaient alors placés sous la présidence d'un membre du cabinet du Premier ministre et préparés par les services du Médiateur en coopération avec le

⁹⁹ Rapport CGEDD n° 008350-01 de D. PINEY et M.-C. SOULIÉ, Traitement des saisines du Défenseur des droits par le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie et par le ministère du logement, de l'égalité des territoires et de la ruralité, Décembre 2014, La Documentation française, p.20.

¹⁰⁰ Circulaire du Premier ministre n° 5267/SG du 28 novembre 2007 relative au dispositif interministériel de suivi des avis émis par la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

¹⁰¹ Dans la circulaire n° 1796/SG du 28 juin 1983, le Premier ministre a demandé pour la première fois à ce que les services du Médiateur de la République soient régulièrement informés, non seulement de la suite donnée à ses interventions, mais également de l'évolution de l'instruction de ses propositions. De plus, depuis la circulaire n° 3176/SG du 7 octobre 1986, le Médiateur disposait de la possibilité de convoquer une réunion interministérielle pour examiner les propositions de réforme relevant de plusieurs départements ministériels ou dont l'instruction soulève des difficultés particulières.

¹⁰² Article 1 tel que modifié par la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 (art. 17) du Décret n° 98-1083 du 2 décembre 1998 relatif aux simplifications administratives, *JORF*, n° 280, 3 décembre 1998, p. 18214.

¹⁰³ Rapport CGEDD n° 008350-01 de D. PINEY et M.-C. SOULIÉ, *op. cit.*, p.17.

¹⁰⁴ Il était déjà fait mention des correspondants dans une circulaire du Premier ministre en date du 10 avril 1995 relative à l'exploitation et à la conservation des documents administratifs (*JORF*, n° 97, 25 avril 1995, p. 6399). Il était question d'étendre la procédure d'instruction interministérielle systématique des propositions du Médiateur dans le cadre de la procédure définie par la circulaire du 7 octobre 1986 à l'ensemble des propositions, recommandations, études et rapports émanant du Conseil d'État et du Médiateur de la République. Cette procédure devait être placée sous l'égide du ministre chargé de la réforme administrative.

¹⁰⁵ Par exemple, le médiateur de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur est le correspondant du Défenseur des droits (enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid20304/le-mediateur.html, consulté le 18 février 2015).

¹⁰⁶ Arrêté du ministère de la Défense du 8 avril 2011 portant organisation de la direction des affaires juridiques (*JORF*, n° 0092, 19 avril 2011, texte n° 8) ou encore le décret n° 2011-498 du 5 mai 2011 portant création d'une délégation aux affaires juridiques auprès des ministres chargés des affaires sociales (*JORF*, n° 0105, 6 mai 2011, texte n° 33).

¹⁰⁷ La dernière réunion interministérielle s'est tenue en janvier 2010 (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, Paris, Défenseur des droits, 2012, p42).

secrétariat général du Gouvernement¹⁰⁸. La tenue régulière de ces comités constituait un outil important, favorisant le dialogue avec les ministères et pouvant déboucher sur des perspectives de satisfaction des propositions inscrites à l'ordre du jour. Néanmoins, dans les rapports, cette pratique faisait l'objet de critiques par le Médiateur dénonçant l'enlisement des réunions et des groupes de travail interministériels¹⁰⁹.

2) *Les parlementaires dans leur travail législatif et de contrôle*

749. Face aux difficultés que les autorités sont susceptibles de rencontrer pour faire accepter leurs propositions de réforme par les ministères, les parlementaires constituent des interlocuteurs indispensables dans le suivi de la prise en compte de ces propositions. Persuader une partie des parlementaires du bien-fondé d'une réforme est déterminant pour le succès d'une proposition si l'on tient compte des pouvoirs dont disposent les députés et les sénateurs lors du travail législatif et du contrôle du Gouvernement. En effet, lorsque la proposition concerne le domaine législatif, les parlementaires peuvent déposer une proposition de loi en ce sens¹¹⁰. Si la proposition concerne un projet ou une proposition de loi en cours de discussion, ils peuvent soumettre au vote un amendement introduisant des modifications du texte examiné dans le sens de l'avis ou de la proposition formulée par l'autorité¹¹¹. Lorsqu'ils défendent leur amendement, ils disposent alors de la faculté de prendre la parole pour évoquer la position de l'autorité. Quand le projet n'est pas dans le domaine de la loi, ils peuvent néanmoins, au titre de leur activité de contrôle de l'action du Gouvernement, directement questionner le ministre concerné par la proposition. Ils peuvent également relayer les propositions dans le rapport d'une commission d'enquête. Les bonnes relations entre une AAI et les parlementaires – leur reconnaissance mutuelle – s'expriment notamment lorsque des parlementaires demandent, lors d'une audition dans le cadre d'une commission d'enquête, si l'autorité – en plus de son diagnostic – souhaite formuler des propositions de réforme¹¹².

¹⁰⁸ Circulaire du Premier ministre du 10 avril 1995 relative à l'exploitation et à la conservation des rapports administratifs, *JORF*, n° 97, 25 avril 1995, p. 6399.

¹⁰⁹ Ainsi peut-on lire, dans le rapport d'activité 1992, que « malgré la bonne volonté du ministre chargé des Réformes, l'instruction des propositions est longue, laborieuse et que ses résultats sont souvent décevants » (Médiateur de la République, *Rapport annuel du Médiateur de la République 1992*, Paris, La Documentation française, 1993, p. 106).

¹¹⁰ Article 39 et 40 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹¹¹ Article 44 et 45 de la Constitution du 4 octobre 1958.

¹¹² Audition, ouverte à la presse, de Thierry DAHAN, vice-président de l'Autorité de la concurrence, Compte-rendu n° 19 de la Commission d'enquête relative aux tarifs de l'électricité, 26 novembre 2014, Séance de 18 heures 15, Assemblée nationale, p. 2.

750. La trajectoire de la proposition de réforme du Médiateur de la République à propos des dispositions légales relatives à la restauration et à la restitution du corps à la suite d'une autopsie judiciaire fournit un exemple concret de l'efficacité des relations entre une AAI et les parlementaires. En l'espèce, une quinzaine de réclamations auprès du Médiateur sur la restitution des corps après autopsie judiciaire faisaient état de dérives relatives à la restauration et à la restitution du corps. Or, si la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique¹¹³ avait mis en place un encadrement des autopsies médicales, les autopsies judiciaires étaient passées sous silence. Dès lors l'obligation faite aux médecins de s'assurer de la meilleure restauration possible du corps, formulée à l'article L1232-5 du Code de la santé publique, ne trouvait pas à s'appliquer aux autopsies judiciaires. Le Médiateur de la République fit plusieurs propositions, dans une lettre adressée aux ministres de la Justice, de la Santé et de l'Intérieur afin de combler les lacunes juridiques constatées¹¹⁴. Sans réaction du ministère, le Médiateur entama la phase de médiatisation de sa proposition de réforme à l'adresse notamment des parlementaires. Il publia ainsi en août 2009 une lettre d'information sur ce sujet qui fut diffusée largement et transmise aux parlementaires. Ensuite, à l'occasion de son audition par la mission d'information parlementaire sur la révision des lois de bioéthique de janvier 2010, il rappela les insuffisances du régime juridique des autopsies judiciaires¹¹⁵. Il publia dans son rapport annuel de 2009 un exposé détaillé de sa proposition de réforme¹¹⁶. Chacune des publications du Médiateur, sa lettre d'information¹¹⁷ comme son rapport annuel de 2009¹¹⁸, a donné lieu à une question parlementaire posée au ministre de la Justice. En juin 2010, une proposition de loi visant à renforcer l'encadrement juridique des autopsies judiciaires, directement inspirée des propositions du Médiateur, est déposée à l'Assemblée nationale, mais ne reçoit aucune suite¹¹⁹. L'issue de cette proposition trouvera son dénouement dans un amendement sénatorial voté avec

¹¹³ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, n° 182 du 7 août 2004, p. 14040, texte n° 1.

¹¹⁴ Voir « Des autopsies judiciaires encadrées juridiquement » dans *Médiateur actualités. Le journal du Médiateur de la République*, « Imposition des revenus différés et des trop perçus : des contribuables pénalisés », n° 49, juillet 2009, p. 5.

¹¹⁵ Rapport d'information n° 2235 (2009-2010) de J. LEONETTI, au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janvier 2010, Assemblée nationale, Tome I, p. 425 ; Rapport d'information n° 2235 (2009-2010) de J. LEONETTI, au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janvier 2010, Assemblée nationale, Tome II, p. 1140.

¹¹⁶ Médiateur de la République, *Rapport annuel 2009*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 54-56.

¹¹⁷ Question n° 61382 au ministre de la Justice (garde des sceaux), 13^{ème} législature, de M. LIEBGOTT (Socialiste, radical, citoyen et divers gauche - Moselle), *JORF*, 20 octobre 2009, p. 9849.

¹¹⁸ Question n° 80349 au ministre de la Justice (garde des sceaux), 13^{ème} législature, de L. GUEDON (Union pour un Mouvement Populaire - Vendée), *JORF*, 08 juin 2010, p. 6264.

¹¹⁹ Proposition de loi n° 2615 (2009-2010) visant à renforcer l'encadrement juridique des autopsies judiciaires et l'information des familles sur leurs droits, Assemblée nationale, 9 juin 2010, p. 4.

l'accord du Gouvernement¹²⁰ inscrivant à l'article 147 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit¹²¹ l'insertion dans le Code de procédure pénale d'un nouveau chapitre relatif aux autopsies judiciaires.

751. Néanmoins, le succès de cette proposition de réforme doit être nuancé, car l'autorité est rarement seule à exercer une influence sur les pouvoirs publics et les décideurs. Concernant la proposition de réforme des autopsies judiciaires, une des raisons du succès réside notamment dans le fait que d'autres autorités telles que la Cour de cassation¹²², ont préconisé de légiférer dans ce domaine, faisant ainsi apparaître la réforme comme incontournable.

3) *L'accès au Conseil constitutionnel*

752. Un autre aspect de la relation des AAI avec les parlementaires réside dans l'accès indirect au Conseil constitutionnel que ces derniers leur ouvrent. En effet, les autorités ne disposent pas du pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel¹²³. Par ailleurs, ne pouvant être parties à l'instance judiciaire ou administrative, elles n'ont pas non plus la capacité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité¹²⁴. Autrement dit, l'accès à cette instance ne peut se faire que par l'intermédiaire d'une autorité habilitée à la saisir. La question s'était d'ailleurs posée de savoir si certaines AAI, dont le rôle est considéré comme étant particulièrement important, devaient pouvoir saisir le Conseil constitutionnel. Or, en l'occurrence, au regard de

¹²⁰ Amendement n° 46 adopté avec modification, présenté par J.-J. SUEUR, proposition de loi Simplification et amélioration de la qualité du droit, 1^{ère} lecture, Sénat, n° COM-46, 1 octobre 2010.

¹²¹ Article 147 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF*, n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537, texte n° 1.

¹²² Cour de cassation, *Rapport annuel 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 32.

¹²³ La question s'est posée de savoir si le Défenseur des droits devait pouvoir saisir le Conseil constitutionnel. Cette proposition était notamment soutenue dans le rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République (*Une Ve République plus démocratique*, Paris, La Documentation française Fayard, 2007, p. 93). Les promoteurs de ce mécanisme de saisine citaient, en appui de leur proposition, l'institution espagnol - le *Defensor del pueblo* - qui dispose de la faculté de saisir le juge constitutionnel espagnol (article 162, 1 de la Constitution espagnole). Toutefois, la critique de cette faculté porte généralement sur les risques de politisation de l'Institution (D. LÖHRER, *op.cit.*, p. 399). Telle que proposée en droit français, la compétence de saisine du Conseil constitutionnel par le Défenseur des droits s'effectuerait *a priori*, à savoir à l'encontre d'une loi non encore promulguée. Or, en effet, les seules autorités susceptibles de saisir le Conseil constitutionnel, en France, sont des autorités politiques ; à savoir : le Président, les présidents des Assemblées ainsi que 60 députés et 60 sénateurs. Cela ouvre un débat sur la nature, le rôle et les limites de l'action du Défenseur des droits.

¹²⁴ Le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision que « les termes de l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit [...] » (Cons. const., décision n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; *GAJA*, Dalloz, 2011, p. 466 ; *RFDA*, 2010, p. 1, B. GENEVOIS ; *Médiapart*, 21 décembre 2009, P. CASSIA ; *JCP G* 2009, n° 52, p. 54, B. MATHIEU).

la nature du contrôle, le pouvoir de saisine présentait *a priori* le risque de leur conférer un rôle politique équivalent aux autres autorités dotées du pouvoir de saisine et, dès lors, de dénaturer leur magistrature d'influence. Dans ce schéma, il convient donc d'accorder une attention particulière au fait qu'après le vote d'une loi, un député ou un sénateur peut, avec au moins cinquante-neuf autres députés, saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur la conformité du texte voté à la Constitution¹²⁵. En effet, les parlementaires saisissants peuvent reprendre à leur compte dans leur mémoire l'argumentation de l'autorité, voire citer explicitement l'avis visant à modifier les dispositions de la loi. Ainsi, cette pratique permet aux juges du Conseil constitutionnel de se familiariser avec les arguments et propositions de l'autorité.

753. À ce titre, l'avis « couverture complémentaire »¹²⁶ de l'Autorité de la concurrence traitant des clauses de désignation des organismes chargés d'assurer la couverture complémentaire obligatoire en fournit une illustration concrète. Dans cet avis, l'Autorité avait préconisé une nouvelle rédaction tant de l'actuel premier alinéa de l'article L912-1 du Code de la sécurité sociale que des modifications de cet article par une loi en discussion. Si elle avait été partiellement suivie par le législateur pour les conditions de la mise en concurrence, elle ne l'avait pas été sur sa principale proposition qui visait à ce que l'article L912-1 dispose que les accords professionnels ou interprofessionnels « ne peuvent emporter ni la recommandation, ni la désignation d'un organisme unique »¹²⁷. L'Autorité trouva néanmoins sa proposition satisfaite dans la décision du Conseil constitutionnel, intervenue deux mois plus tard, le 13 juin 2013¹²⁸, dans laquelle ce dernier a considéré que les dispositions de la loi relative à la sécurisation de l'emploi créant de telles clauses portaient à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques. Si le Conseil constitutionnel ne fait aucune référence à l'avis de l'Autorité de la concurrence, celui-ci apparaît néanmoins dans la saisine des députés¹²⁹ et dans

¹²⁵ Article 61 al. 2 de la Constitution de 4 octobre 1958.

¹²⁶ Autorité de la concurrence, avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance, 26 p.

¹²⁷ Autorité de la concurrence, avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance, §111.

¹²⁸ Cons. cons., décision n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi ; *RJEP*, avril 2014, n° 718, p. 32, G. ECKERT ; *JCP G*, 16 septembre 2013, n° 38, p. 1702, M. MEKKI.

¹²⁹ Saisine de 60 députés, décision n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi (conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-672-dc/saisine-par-60-deputes.138602.html, consulté le 18 mars 2015).

celle des sénateurs¹³⁰. Par ailleurs, le commentaire officiel de la décision le mentionne explicitement¹³¹. Cet exemple montre bien l'influence qu'a eu l'Autorité dans le cadre d'une procédure de contrôle de constitutionnalité.

754. De plus, la saisine indirecte du Conseil constitutionnel *via* des parlementaires peut donner lieu à des stratégies concertées de la part des AAI, rien ne leur interdisant de présenter des observations dans le cadre d'une audience devant le Conseil. Concernant le Défenseur des droits, il est précisé dans son rapport annuel de 2013 que si « pour l'heure, l'Institution se borne à présenter des observations devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État à l'appui de la transmission des QPC au Conseil constitutionnel [...]. La question de la capacité du Défenseur des droits à présenter des observations en intervention devant le Conseil constitutionnel reste ouverte »¹³². En effet, s'il n'existe pas de procédure spécifique permettant de déposer des observations devant le Conseil constitutionnel, il existe une pratique permettant, lors du contrôle de constitutionnalité d'une loi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de déposer des mémoires faisant valoir une question particulière liée à la constitutionnalité de la loi¹³³. Ce moyen d'accéder au Conseil constitutionnel est désigné sous le vocable de « portes étroites »¹³⁴. Cette pratique permet à des personnes physiques ou morales – juristes, professeurs de droit, parlementaires, institutions ou groupes de pression – d'adresser au Conseil constitutionnel des mémoires qui, n'étant pas intégrés dans le débat contentieux, ne sont pas communiqués aux auteurs de la saisine. Par cette forme de « saisine sauvage »¹³⁵, les autorités peuvent attirer l'attention du Conseil sur une disposition qui n'est pas visée dans la saisine susceptible d'entraîner un examen d'office d'une disposition non contestée ou sur des moyens différents de celle des saisissants. Dès lors, il n'est pas improbable qu'une autorité

¹³⁰ Saisine de 60 sénateurs, décision n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi (conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-672-dc/saisine-par-60-senateurs.138601.html, consulté le 18 mars 2015).

¹³¹ Cons. const., commentaire de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, p. 4 (conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013672DCccc_672dc.pdf, consulté le 18 mars 2015).

¹³² Défenseur des droits, *Rapport annuel 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 29. L'Autorité de la concurrence fait valoir ses observations devant le Conseil constitutionnel sur les QPC transmises par la Cour de cassation ou le Conseil d'État à l'occasion des affaires dans lesquelles l'Autorité est partie (Décision n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012 ; décision n° 2015-489 QPC, 14 octobre 2015 ; Décision n° 2016-552 QPC). Elle n'a cependant jamais fait d'observations en cas de contrôle de constitutionnalité exercé avant la promulgation. Toutefois, il convient de noter que l'Autorité aura été en principe consultée par le Gouvernement sur les textes en lien avec son domaine de compétence. Le Conseil constitutionnel peut alors se rapporter, s'il le juge utile, à ces avis.

¹³³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8^e éd., 2008, p. 32-36.

¹³⁴ G. VEDEL, « Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel » dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 549.

¹³⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^e éd., coll. « Thémis », Paris, PUF, 2006, p. 379.

administrative indépendante puisse inciter un groupe de parlementaires à saisir le Conseil constitutionnel ou inciter un requérant à déposer une question prioritaire de constitutionnalité et présenter ses observations lors de l'audience. L'influence des autorités administratives indépendantes ne s'arrête donc pas en amont de la saisine du Conseil constitutionnel et peut, selon de nombreuses modalités, être diffusée auprès des membres du Conseil.

4) *La participation à des réseaux internationaux*

755. En tant qu'entités autonomes, les AAI peuvent établir directement – sans autorisation ou sollicitation des autorités nationales – des relations avec les organisations internationales ou leurs homologues étrangers afin de poursuivre, à l'échelon international, une réflexion entamée au niveau interne. Tenant compte tant de la compétition juridique¹³⁶ qui se joue désormais au niveau international que du constat de la « montée en puissance d'une régulation transnationale »¹³⁷, les autorités sont dès lors susceptibles d'exercer leur influence à ce niveau et, par là même, renforcer le poids de leur expertise au niveau national, notamment par une reprise de celle-ci à l'échelon international.

756. Les autorités sont amenées de plus en plus à devenir des forces de proposition à l'échelon international. Les relations qu'elles entretiennent avec leurs homologues d'autres pays ou avec les organisations internationales prennent donc des formes variées allant de l'établissement de relations informelles à la participation à un réseau semi-formalisé, jusqu'à leur intégration dans un organe commun à l'échelon international ou européen. Bien qu'elles soient le plus souvent informelles, ces participations ou collaborations peuvent trouver une assise dans les textes constitutifs des autorités voire au niveau de leur structure¹³⁸. La composition de la scène internationale fait que ces collaborations reposent le plus souvent sur des structures souples et informelles ; ce qui explique d'ailleurs leur important développement

¹³⁶ G. DEVIN, *Sociologie des relations internationales*, Paris, La Découverte, 2002, p. 102-104.

¹³⁷ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 344.

¹³⁸ Parmi les préconisations du rapport de 2006 sur les AAI, Patrice GÉLARD suggérait notamment d'insérer une disposition dans les textes constitutifs des AAI afin qu'elles soient « autorisées et incitées à développer des relations avec leurs homologues européens, afin d'assurer dans leur domaine un niveau de protection des libertés équivalent ou une régulation répondant à des critères uniformes » (Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 80, Recommandation n° 8). Toutefois, ces dispositions n'ont pour ainsi dire aucune portée normative précise si ce n'est celle d'inciter les Autorités concernées à s'insérer dans des mécanismes de coopération internationale, formels ou informels existants ou à créer.

et, pour certains, leur efficacité¹³⁹. Cette influence s'exerce, par exemple, dans le cadre de rencontres informelles avec leurs homologues étrangers ou les agents des organisations internationales¹⁴⁰.

757. Le plus souvent, les instances indépendantes constituent, de manière ponctuelle, des groupes de travail. Un groupe de travail réunit des autorités le temps d'une action portant sur un thème particulier¹⁴¹. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) est l'institution qui a le plus investi dans le renforcement de son influence au niveau international. Parmi les « axes stratégiques » présentés dans son rapport pour l'année 2013, l'Autorité expose sur plusieurs pages sa contribution à « l'évolution du cadre réglementaire international, européen et français ». Elle y fait notamment mention de sa participation à plus de 258 groupes de travail¹⁴². Cette magistrature d'influence sur la scène internationale a d'ailleurs fait l'objet d'une mention spécifique dans le rapport de la Cour des comptes sur la mise en place de l'Autorité évoquant « les enjeux de l'influence »¹⁴³ qu'elle exerce au niveau international. Par sa participation à ces groupes de travail, notamment ceux de l'Autorité bancaire européenne, l'Autorité participe de manière active à la finalisation des nouveaux standards prudentiels, ainsi qu'à l'élaboration de textes visant à assurer une mise en œuvre harmonisée de la nouvelle réglementation prudentielle européenne.

758. Au-delà de ces manifestations ou rencontres ponctuelles, les AAI ont développé des relations institutionnelles au niveau international que l'on pourrait qualifier de semi-formalisées. La pérennisation et l'organisation des contacts entre les différentes autorités, dans le but de maximiser la visibilité de leur position et leur influence sur les référentiels normatifs internationaux et nationaux, passent le plus souvent par la constitution d'un réseau sous la forme

¹³⁹ Marie-Anne FRISON-ROCHE considère « que toutes ces constructions européennes fonctionnent précisément parce qu'elles sont plus ou moins informelles » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 2.1.12).

¹⁴⁰ Par exemple, s'agissant de la question des enfants migrants, le Défenseur des droits rapporte avoir « sensibilisé » le Commissaire aux droits de l'Homme et le Chef de l'unité de coordination des politiques des droits des enfants lors d'une rencontre informelle sur la nécessité d'élaborer des standards européens relatifs aux différents tests disponibles pour la détermination de l'âge et sur la problématique émergente de la gestion démocratique des foules (Défenseur des droits, *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, janvier 2015, p. 167).

¹⁴¹ Par exemple, en 2013, le Défenseur des droits a mis en place un « groupe de travail sur les droits de l'enfant » qui regroupe treize institutions francophones spécialisées ou qui souhaitent investir la question en mettant en place un pôle dédié. Ce groupe se propose de travailler à la réalisation de lignes directrices pour l'intégration de la protection et la promotion des droits de l'enfant dans les compétences des médiateurs.

¹⁴² ACPR, *Rapport annuel 2013*, Paris, Banque de France, 2014, p. 126.

¹⁴³ Cour des comptes, communication à la commission des finances l'Assemblée nationale, *Les modalités de mise en place de l'autorité de contrôle prudentiel*, octobre 2011, Cour des comptes, p.133.

d'une association nationale de droit privé¹⁴⁴. Cette création résulte le plus souvent de l'initiative de quelques autorités à laquelle d'autres vont par la suite adhérer¹⁴⁵. Lorsque Frédéric PERIER, chef du service des relations internationales de la Commission des opérations de bourse (COB), évoque l'existence de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), il la distingue d'une structure internationale formelle en ces termes : « c'est un club, le club des COB... »¹⁴⁶. Un club auquel il convient d'appartenir pour pouvoir influencer sur l'élaboration des standards internationaux en matière bancaire. La vocation des réseaux peuvent se ramener à trois grands axes : l'échange sur les pratiques et standards ; la mise en place d'outils de coopération ; et enfin, l'harmonisation des référentiels normatifs¹⁴⁷.

759. Parmi les plus anciens réseaux, on trouve le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire qui est devenu le cadre principal d'élaboration des normes prudentielles bancaires¹⁴⁸. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) y participe par la figure de son président¹⁴⁹. Créé en septembre 1974 par les gouverneurs des banques centrales du Groupe des Dix (G10) afin de gérer les conséquences des prises de risques excessifs des établissements financiers internationaux, ce comité est composé des représentants des autorités de contrôle bancaire nationales¹⁵⁰. Il permet aux banques centrales et aux instances de régulation nationales d'élaborer en commun, dans le domaine prudentiel, en dehors des autorités gouvernementales, des normes applicables dans tous les pays. Bien qu'elles ne détiennent pas de compétences décisionnelles à travers ce comité, les autorités bancaires nationales formulent des grandes

¹⁴⁴ Par exemple, l'Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie (AOMF) est une association à but non lucratif qui est constituée en vertu de la loi du 1er juillet 1901 et du décret du 16 août 1901 de la République française. Elle représente une entité juridique propre dont le fonctionnement est régi par les statuts et les résolutions adoptées par les Assemblées générales de ses membres.

¹⁴⁵ L'Association des Ombudsmans et des médiateurs de la Francophonie (AOMF) qui regroupe aujourd'hui 54 ombudsmans et médiateurs francophones résulte d'une idée lancée en octobre 1996 par le Protecteur du citoyen du Québec et le Médiateur de la République française (aomf-ombudsmans-francophonie.org/l-aomf/historique/presentation_fr_000095.html, consulté le 30 avril 2016).

¹⁴⁶ F. PÉRIER, « L'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) et le rôle des régulateurs boursiers dans l'internationalisation des marchés », *Revue d'économie financière*, 1995, vol. 33, n° 2, p. 125.

¹⁴⁷ Par exemple, le réseau *European Network of Ombudspersons for Children (ENOC)* a été créé en 1997 par dix ombudsmans. Le Défenseur des droits, en tant qu'autorité indépendante, participe à ce Réseau européen qui rassemble désormais 43 institutions publiques indépendantes. Ce réseau favorise les échanges institutionnels entre les organisations publiques européennes et internationales sur l'état des droits et du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et constitue une « force de proposition » pour leur amélioration (Défenseur des droits, *Rapport 2014 consacré aux droits de l'enfant*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 15).

¹⁴⁸ J.-P. VALETTE, « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 1 janvier 2005, n° 1, p. 183.

¹⁴⁹ Cette information est disponible sur le site de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution à la rubrique consacrée aux lignes directrices et aux bonnes pratiques du Comité de Bâle (acpr.banque-france.fr/international/les-lignes-directrices-et-bonnes-pratiques-du-comite-de-bale.html, consulté le 18 février 2016).

¹⁵⁰ Voir sur ce sujet : R. HENNANI, « De Bâle I à Bâle III: les principales avancées des accords prudentiels pour un système financier plus résilient », *Études et synthèses*, n° 1, 2015, 97 p.

normes de surveillance, des lignes directrices et recommandent un ensemble de bonnes pratiques « dans l'espoir qu'elles soient adaptées et mises en œuvre dans les différents systèmes nationaux »¹⁵¹. Ainsi, le Comité encourage la convergence vers des approches et des normes communes, sans tenter une harmonisation détaillée des techniques de contrôle prudentiel des pays membres. L'Autorité des marchés financiers (AMF) est quant à elle membre de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) qui a pour mission d'élaborer des standards internationaux permettant d'assurer le bon fonctionnement, la transparence et l'intégrité des marchés financiers et la protection de l'investisseur. Il s'agit d'une association qui trouve son origine dans un regroupement constitué en 1965 pour fournir aux régulateurs de valeurs mobilières du continent américain un forum où se rencontrer pour échanger leurs vues. Étant donné le nombre croissant d'observateurs en provenance d'Europe, d'Asie, d'Afrique et du Moyen-Orient, l'accès à la qualité de membre votant fut ouvert à partir de 1984 à des autorités non américaines. Aujourd'hui, l'OICV compte plus de 200 membres, dont les autorités nationales de surveillance des marchés qui constituent les membres ordinaires¹⁵². L'AMF, en tant que membre, participe ainsi à l'ensemble des travaux de l'association. Par exemple, elle a participé aux travaux lancés en 2013 sur les problématiques de régulation transfrontalière dont l'exemple le plus parlant est le traitement des activités sur dérivés OTC (*over-the-counter* ou marché de gré à gré)¹⁵³. Les associations peuvent également collaborer entre elles : le Groupe de travail conjoint Comité de Bâle – OICV a publié, en septembre 2013, un rapport intitulé « Exigences de marge pour les dérivés non compensés centralement ». Si ces réseaux permettent aux autorités d'échanger sur leurs pratiques¹⁵⁴, la participation acquiert une valeur remarquable lorsque, tenant compte de l'internationalisation des matières relatives aux libertés tant économiques qu'individuelles, les autorités se réunissent pour mettre en commun leur expertise et constituer une « force de proposition »¹⁵⁵ auprès des instances décisionnelles aussi bien à l'échelon européen ou international qu'au niveau national.

¹⁵¹ Cette information est disponible sur le site de l'Autorité (acpr.banque-france.fr/international/les-lignes-directrices-et-bonnes-pratiques-du-comite-de-bale.html, consulté le 18 février 2016).

¹⁵² Par exemple, des institutions internationales comme l'ESMA et la Commission européenne sont membres associés. D'autres organismes, comme les bourses ou les chambres de compensation peuvent participer aux travaux en tant que membres affiliés.

¹⁵³ AMF, *Rapport annuel 2013*, Paris, Autorité des marchés financiers, 2014, p. 17.

¹⁵⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 378.

¹⁵⁵ Cour des comptes, communication à la commission des finances l'Assemblée nationale, *Les modalités de mise en place de l'autorité de contrôle prudentiel*, octobre 2011, Cour des comptes, p. 133 ; SORIANO S., « La régulation doit être bonne pour tous », entretien mené par A. COUNIS, R. GUEUGNEAU et F. SCHMITT, *Les Échos*, 28 janvier 2015 (lesechos.fr/27/01/2015/lesechos.fr/0204113142529_sebastien-soriano----la-regulation-doit-etre-bonne-pour-tous-.htm, consulté le 14 février 2016).

Cela correspond *in fine* à la mise en place d'une magistrature d'influence à l'échelle internationale par la mise en commun des travaux et des forces des autorités et instances indépendantes nationales.

760. Contrairement aux relations informelles ou aux associations internationales, le droit des organisations internationales ou de l'Union européenne prévoit parfois la constitution d'un réseau sous la forme d'un organe de coopération réunissant les différentes autorités nationales indépendantes. La mise en place de tels réseaux poursuit plusieurs finalités allant du simple échange d'informations (transmission de dossiers) au partage de compétences spécifiques, consultatives ou décisionnelles. Pour les autorités nationales, cette formalisation présente des avantages à la fois pratiques et stratégiques. Sur un plan pratique, la structure de coopération est financée sur le budget de l'organisation internationale et se voit dotée d'une structure d'accompagnement et d'un secrétariat attaché à l'activité de l'organisation. Sur un plan stratégique, l'intérêt de leur participation à un réseau réside principalement dans leur capacité à influencer ou à participer directement à la détermination des politiques et des référentiels normatifs à l'échelon international ou européen. Pour l'organisation internationale ou les instances européennes, cette structure formalisée de coopération, voire de régulation, permet de disposer d'un interlocuteur unique l'informant des positions consensuelles sur l'état du droit, mais lui permettant surtout de superviser l'évolution des interprétations du droit international et européen dans les ordres juridiques internes¹⁵⁶.

761. En raison de sa nature intégrée, cette structuration concerne principalement l'échelon européen. Confrontée aux initiatives spontanées des autorités nationales, la Commission européenne a décidé d'agir dans le sens de l'organisation et la coopération des autorités nationales. Ce mouvement d'institutionnalisation de groupes ou de réseaux formels a été marqué par la création, en 1995, d'un organe consultatif européen indépendant en matière de protection des données et de libre circulation¹⁵⁷ : le Groupe de l'article 29 (G29). Contrairement

¹⁵⁶ La prise en compte de l'intégration des autorités dans des réseaux transnationaux de régulation justifie que le législateur opère des réorganisations institutionnelles afin d'adapter les structures nationales au regard des standards internationaux. Par exemple, en 2003, la fusion de la Commission des opérations de bourse (COB) et du Conseil des marchés financiers (CMF) au sein de l'Autorité des marchés financiers (AMF) trouvait sa justification dans l'émergence d'un réseau de régulateurs financiers. L'idée à son origine était « que les autres membres du réseau pussent n'avoir qu'un seul interlocuteur en France » (Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 79 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 2.1.11.1). En ce qui concerne l'impact sur l'Autorité de la concurrence de son appartenance au Réseau européen de concurrence, voir sur ce point : B. LASSERRE, « Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire », *Concurrences*, n° 3, 2005, p. 42-44.

¹⁵⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil 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, *JOCE*, L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

aux comités de comitologie qui rassemblent des experts désignés par les gouvernements, ce groupe est composé des autorités nationales indépendantes. La composition de cet organe comprend un représentant de l'autorité ou des autorités de contrôle désigné par chaque État membre, un représentant de l'autorité ou des autorités créées par les institutions et organismes communautaires ainsi qu'un représentant de la Commission européenne. Son fonctionnement permet une participation égale des autorités nationales par une présidence tournante et une procédure d'adoption des positions à la majorité simple, mais avec la possibilité d'inclure les opinions discordantes des membres ayant voté contre¹⁵⁸. Cet organisme consultatif constitue précisément un organe de co-régulation en ce qu'il ne privilégie aucune institution sur une autre. Sa structure demeure souple et relativement informelle, car elle ne dispose d'aucune compétence normative ou décisionnelle. En effet, la mission principale de cette instance européenne est de contribuer à l'élaboration des normes européennes par l'adoption de recommandations publiques. Elle détient aussi une fonction de conseil auprès de la Commission européenne sur tout projet ayant une incidence sur la protection des données et des libertés des personnes¹⁵⁹. Le G29 prend donc position et diffuse sa doctrine concernant des notions fondamentales de la réglementation relative à la protection des données, comme sur la portée même de la notion de données à caractère personnel¹⁶⁰. Sur le modèle du G29, une série de groupes et de réseaux a vu le jour auprès des institutions européennes, le plus souvent sous la forme d'organes consultatifs.

762. En conclusion, au regard des résistances ou des obstacles rencontrés par les autorités dans leur activité de proposition, leur pouvoir est parfois présenté comme étant d'une « efficacité insuffisante »¹⁶¹ ou comme ayant un « bilan mitigé »¹⁶². Toutefois, compte tenu de la difficulté qu'il y a à évaluer l'efficacité concrète des propositions des AAI et le fait qu'il ne s'agit pas d'un droit d'initiative, il convient au contraire de considérer avec intérêt non pas l'existence même d'un bilan, mais le rôle que ces dernières jouent désormais dans l'enrichissement des discussions parlementaires et, plus largement, dans le débat public. À cet égard, la Commission nationale de déontologie de la sécurité dans son rapport bilan de 2010 se

¹⁵⁸ Article 12, 1 du Règlement intérieur, Bruxelles, 15 février 2010.

¹⁵⁹ Article 1^{er} du Règlement intérieur du Groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, Bruxelles, le 15 février 2010.

¹⁶⁰ Groupe de l'article 29, avis n° 4/2007, 20 juin 2007, WP 136.

¹⁶¹ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, 1993, p. 688.

¹⁶² P.-Y. BAUDOT et A. REVILLARD, « Le médiateur de la république : périmètre et autonomisation d'une institution », *RFAP*, 1 décembre 2011, n° 139, n° 3, p. 163.

déclarait « consciente que [les réformes], en lien avec ses recommandations, sont le résultat d’initiatives dont elle ne revendique pas l’exclusivité ». Toutefois, elle considérait avec intérêt « avoir contribué à provoquer ou alimenter la réflexion des administrations rédactrices de ces dispositions »¹⁶³. L’importance du rôle que l’autorité est amenée à jouer dans le débat public prime sur une analyse qui chercherait à en mesurer l’efficacité, c’est-à-dire se focaliser exclusivement sur les résultats (nombre de modifications législatives) sans tenir compte des contingences politiques. Puisque les autorités ne se substituent pas aux décideurs politiques, leur influence est nécessairement diffuse. Comme le formule Nicole QUESTIAUX, membre de la CNCDH, les AAI, dans leur activité de proposition, se présentent au mieux comme des « organes de maturation »¹⁶⁴ des réformes politiques et juridiques à venir.

Section 2. L’influence encadrée sur la détermination des politiques jurisprudentielles

763. Si le principe des attributions consultatives – sollicitées ou spontanées – des AAI au bénéfice de ou dirigée vers le Gouvernement, le Parlement ou les particuliers est largement admis, l’activité de conseil à l’endroit des juridictions appelle quelques précisions quant aux conditions de son exercice, et ce au regard du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs et des droits de la défense. En droit français, le principe de séparation des pouvoirs n’est pas absolu. Il n’existe pas d’interdiction explicite pour l’administration de prodiguer des conseils au juge. Toutefois, la séparation des pouvoirs exige que les autorités juridictionnelles « disent le droit » – mission de *juris dictio* – en dehors de toute pression. Or, toute procédure de consultation recèle fatalement une « ambiguïté »¹⁶⁵ quant à la relation établie entre l’autorité détentrice du pouvoir de décision et celle émettrice de l’avis. Si l’éclairage participe à accroître la qualité de la justice, et partant, participe à renforcer la légitimité de son office, l’intensité de ce besoin atteste également des connaissances insuffisantes du juge vis-à-vis des déterminants juridiques et factuels du litige qui lui est soumis. Cette faiblesse à l’origine de la sollicitation participe à entériner *a priori* le pouvoir d’influence de l’émetteur de l’avis. Dans cette hypothèse, l’intensité du pouvoir exercé sur le juge par l’AAI dépend de la configuration de la situation : les avis sont sollicités par les juridictions (§1) ou, au contraire, sont de l’initiative

¹⁶³ CNDS, *Rapport annuel 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, Paris, Commission nationale de déontologie de la sécurité, 2010, p. 17.

¹⁶⁴ Entretien réalisé en début de thèse.

¹⁶⁵ Y. WEBER, *L’administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 51.

spontanée des autorités (§2). Dans les deux cas, l'ouverture du prétoire aux AAI, sur invitation des juridictions ou de leur propre initiative, étend de façon significative leur sphère d'influence.

§1 La consultation des autorités administratives indépendantes à l'initiative des juridictions

764. La consultation sur des questions de droit présente un risque notable de dessaisissement *de facto* du juge lorsque ce dernier se trouve dans une situation d'ignorance ne lui permettant pas d'évaluer le contenu des avis des AAI (A). Toutefois, l'émergence de la figure singulière de l'*amicus curiae* – adaptée à l'intervention sur des questions de droit – correspond à l'introduction d'un régime d'intervention minimisant l'influence de l'intervenant en accordant au juge l'entière maîtrise des modalités de la consultation (B).

A. La délivrance d'avis de nature juridique aux juridictions : les risques de dessaisissement du juge

765. Lorsque le juge sollicite l'expertise d'une personne ou d'un organisme, même dans le silence des textes, il le fait généralement pour connaître l'environnement socio-économique du litige qu'il doit trancher afin de mieux en mesurer les causes et d'appréhender la portée de la décision qu'il doit prendre. Suivant cette idée, la consultation des AAI est d'une « incontestable utilité »¹⁶⁶. Comme le souligne Marie-Anne FRISON-ROCHE, les juridictions sont « composées de magistrats formés au droit et relativement peu à d'autres disciplines [...]. [Elles sont] moins proches des situations générales, saisies uniquement de cas particuliers » et « ne sont généralement pas spécialisées »¹⁶⁷.

766. Dans cette hypothèse, le développement d'une consultation ne renvoie pas à un principe général attaché à la catégorie des AAI, mais répond à des besoins propres à chaque secteur. C'est d'ailleurs principalement au profit des autorités en matière économique que se mettent en place des procédures de consultation, soit organisées par des textes, soit de manière purement informelle à l'initiative des juges¹⁶⁸. Leur consultation se justifie par la technicité des règles et la matérialité des faits. Elle s'impose donc dans ce domaine en raison du manque d'une « magistrature économique »¹⁶⁹, c'est-à-dire du manque de juges formés à la technicité et à la

¹⁶⁶ R. GODET, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA*, 2002, p. 962.

¹⁶⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 12.1.2.

¹⁶⁸ R. GODET, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », art. cit., p. 962.

¹⁶⁹ R. GODET, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », art. cit., p. 960.

rationalité économique. Par exemple, le droit des pratiques anticoncurrentielles¹⁷⁰ repose sur l'utilisation de concepts avant tout économiques dont « la transcription juridique est malaisée »¹⁷¹ et dont la technicité est régulièrement mentionnée par l'Autorité de la concurrence elle-même¹⁷². C'est d'ailleurs en souhaitant s'ouvrir à l'analyse économique et en affichant sa volonté d'utiliser les notions forgées par les autorités spécialisées de la concurrence que le Conseil d'État s'est saisi pour la première fois dans l'arrêt avant dire droit *Société EDA*¹⁷³ de la faculté dont il dispose à l'article 26 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986¹⁷⁴, devenu l'article L462-3 du Code de commerce, de consulter l'autorité en charge de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont il est saisi¹⁷⁵.

767. Plus généralement, les procédures consultatives établies au profit des juridictions le sont pour deux raisons principales : de façon assez rare, contrebalancer le pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des notions juridiques indéterminées ou des standards¹⁷⁶ ; et, le plus souvent, pour assurer la cohérence dans l'application de la règle de droit au regard d'un contexte

¹⁷⁰ Voir : M. GLAIS, « Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne) », *Revue économique*, vol. 38, n° 1, 1987, p. 75-116.

¹⁷¹ R. POÉSY, « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA*, 2009, n° 7, p. 352.

¹⁷² L'Autorité précise que le « droit des pratiques anticoncurrentielles est un droit spécifique, de caractère technique, qui requiert une capacité d'expertise des tribunaux. L'expertise en analyse économique du fonctionnement des marchés est en effet atypique par rapport aux grands blocs de légalité (droit commercial et droit civil) qui font le quotidien des juridictions » (ADLC, avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, point 43, cité par E. CLAUDEL, « La procédure d'amicus curiae : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences*, 2012, n° 4, p. 966).

¹⁷³ CE, Sect., 26 mars 1999, n° 202260, *Société EDA*, Rec. Lebon, p. 96, concl. J.-H. STAH ; *AJDA*, 1999, p.427, note M. BAZEX ; *D*, 2000, p. 204, note J.-P. MARKUS ; *RDP*, 1999, p. 1545, S. MANSON ; *RFDA*, 1999, p. 977, note D. POUYAUD.

¹⁷⁴ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 décembre 1986, p. 14773.

¹⁷⁵ Sans aller jusqu'à solliciter les avis ou observations des AAI, l'accès à l'analyse des AAI se fait le plus souvent par les citations des avis dans les conclusions des Rapporteurs publics, voire dans les motifs mêmes des décisions (G. CLAMOUR, S. DESTOURS et M. FOGLIA, « Droit de la concurrence - Droit public de la concurrence », *JC Collectivités territoriales*, Fasc. 724-20, 31 Août 2014, § 148).

¹⁷⁶ La Commission des clauses abusives (CCA) intervient en amont et en aval du contentieux des clauses abusives. Depuis un décret du 10 mars 1993 (Article 4 du décret n° 93-314 du 10 mars 1993 relatif à la CCA ; désormais codifié à l'article R534-4 du Code de la consommation), les juges peuvent directement demander à la Commission son avis sur le caractère abusif d'une clause (L. LEVENEUR, « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, LGDJ, 1997, t. 1, p. 155 et s.). Voir sur ce point : H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 137 ; décision commentée : Cour de cassation, 1^{re} civ., 14 mai 1991 n° 89-20.999. Selon les auteurs du *GAJC*, l'insécurité juridique, dénoncée à l'origine, qu'engendrerait la reconnaissance aux juges du fond d'un pouvoir propre de sanctionner les clauses qu'ils jugent abusives est désormais relativisée au regard, notamment, de l'influence qu'exerce la CCA sur les juridictions depuis sa création et surtout depuis l'établissement d'une procédure consultative au profit des juges.

européen¹⁷⁷ ou de la spécialisation des autorités¹⁷⁸. Qu'il s'agisse de l'Autorité des marchés financiers¹⁷⁹ ou de l'Autorité de la concurrence¹⁸⁰, des procédures de consultation sont établies de façon explicite sur des aspects relatifs à l'application des règles de droit. Leur avis est parfois obligatoire¹⁸¹. Ces consultations relèvent, en définitive, du recours à une expertise sur des questions de droit¹⁸². En tout état de cause, qu'elle soit obligatoire ou facultative, la consultation ne lie jamais le juge dans l'accomplissement de sa fonction juridictionnelle.

768. Néanmoins, les critiques relatives au développement de ces mécanismes de consultation consistent à dénoncer les situations où les AAI ne se comportent plus en simple « sachant » (transmettre des informations dans la phase d'instruction, des analyses, des dossiers ou des

¹⁷⁷ Compte tenu de la position des juges, refusant leur invocabilité, les dispositions du droit international concernées n'ont *a priori* aucune efficacité juridique. Cet examen s'opère au cas par cas. Les AAI vont proposer dans certains cas des interprétations du droit interne en tenant compte de normes internationales que le juge n'a pas encore déclarées d'effet direct. Elles influent ainsi sur l'insertion des normes internationales en droit interne et affirment leur indépendance de raisonnement vis-à-vis du juge. Ainsi, dans l'hypothèse où le juge refuse l'invocabilité des normes pour défaut d'effet direct, ces dernières n'ont aucune efficacité car aucune portée juridique spécifique. Par exemple, sans aller jusqu'à inciter le juge administratif à abandonner la confusion effet direct/invocabilité, la HALDE a proposé au juge de retenir l'effet direct, et donc l'invocabilité de certaines dispositions internationales, dans l'affaire *GISTI-FAPIL* (CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.)*, Rec. Lebon p. 142 ; *RFDA*, 2012, p. 547, concl. G. DUMORTIER ; *RFDA* 2012, p. 560, note M. GAUTIER ; *AJDA*, p.729, tribune Y. AGUILA ; *AJDA* p. 936, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *JCP*, n° 27, juill. 2012, p.806, note P. CASSIA et S. ROBIN-OLIVIER ; *Droit administratif*, n° 8, août 2012, comm. 76 Th. FLEURY ; *Constitutions*, 2012, p. 297, comm. A. LEVADE).

¹⁷⁸ Par exemple, la sollicitation de l'autorité en charge de la concurrence par le Conseil d'État se fondait sur les craintes, après l'arrêt *Million et Marais* (CE, Sect., 3 nov. 1997, n° 169907, *Société Million et Marais*, Rec. Lebon, p.406, concl. J.-H. STAHL ; *AJDA*, 1997, p.1012 ; *AJDA*, 945, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; *AJDA*, 1998, p. 247, note O. GUÉZOU ; D, 1997, p. 259 ; *RFDA*, 1997, p. 1228, concl. J.-H. STAHL ; *RTD eur.* 1999, p. 271, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT ; *AJDA*, 2014 p. 110, B. LASSERRE), « de voir le juge administratif s'aventurer dans une interprétation personnelle des concepts usuels dégagés par le droit interne et par le droit communautaire de la concurrence » (J.-H. STAHL, conclusions sur CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, *AJDA*, 20 mai 1999, n° 5, p. 433). Selon les termes du commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, le Conseil d'État était « embarrassé de devoir trancher [lui]-même » (J.-H. Stahl, concl. sur CE, sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, citées supra n° 105).

¹⁷⁹ L'invitation d'une AAI va faire l'objet d'une consécration au-delà de l'établissement d'une procédure consultative spécifique pour la COB par la modification de l'article 12-1 par la loi n°88-70 du 22 janvier 1988 sur les bourses de valeurs par un amendement parlementaire. Cette consultation n'est pas envisagée comme un obstacle à la mission du juge de dire le droit mais comme un « enrichissement » (Compte-rendu des débats, Assemblée nationale, 2^{ème} séance, 30 novembre 1987, p.6572). Ainsi, aux termes de l'article L621-20, « pour l'application des dispositions entrant dans le champ de compétence de l'AMF, les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent appeler le président de l'AMF ou son représentant à déposer des conclusions et à les développer oralement à l'audience sans préjudice de l'article L466-1 du Code monétaire et financier ».

¹⁸⁰ Article L462-3 du Code de commerce.

¹⁸¹ Il en va ainsi pour l'AMF, conformément à l'article L466-1 du CMF qui doit formuler un avis lors de procédures correctionnelles reprochant au prévenu un délit boursier.

¹⁸² Dans ses conclusions sur la décision *Société EDA*, Jacques-Henri STAHL précise que « l'originalité de la procédure ne peut qu'être relevée [...] Il est encore inhabituel pour une juridiction de procéder à des consultations avant de trancher un litige. En réalité, cette procédure s'apparenterait, pour le juge administratif, à une forme d'expertise, de mesure d'instruction préalable à la décision, de ce fait pleinement éclairée, du juge » (J.-H. STAHL, conclusions sur CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, *AJDA*, 20 mai 1999, n° 5, p. 434).

preuves), mais produisent une expertise sur le droit qui consiste à se prononcer sur les moyens de qualification à disposition du juge. Dans ce cas, la demande d'expertise conduit à la délégation *de facto* des pouvoirs de *juris dictio* du juge à l'expert¹⁸³.

769. En principe, l'expertise est traditionnellement limitée aux seules questions de faits¹⁸⁴. Lorsqu'elle porte sur une question de droit, la consultation présente le risque de déposséder le juge de son office en le conduisant à adopter, sans analyse, la qualification des faits et le raisonnement proposés. Ainsi, dans le cadre de la fonction juridictionnelle, il est convenu que c'est le juge qui demeure « l'expert du droit »¹⁸⁵ et, en ce sens, il est celui qui « opère la confrontation du fait et de la norme et en déduit la sentence ». Dans une décision du 17 mars 1989, le juge administratif a exclu de manière catégorique la compétence de l'expert sur ce point, rappelant que l'opération de « qualification juridique des faits [restait] réservée au seul tribunal »¹⁸⁶. Au regard de leurs missions, la consultation des AAI par les juges présente un nombre non négligeable d'atteintes à son pouvoir de *juris dictio*. D'ailleurs, lorsque le risque de confusion des offices est possible, le législateur n'hésite pas à interdire toute intervention dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Tel était le cas de l'article 11 de la loi du 3 janvier 1973¹⁸⁷ qui disposait que le médiateur ne « [pouvait pas] intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction »¹⁸⁸. Cette disposition devait s'interpréter comme une interdiction générale ne l'autorisant pas à « faire connaître son opinion ni sur le déroulement de la procédure ni sur le fond de l'affaire »¹⁸⁹. Cette interdiction a été maintenue jusqu'à la disparition de l'institution en 2011 alors même que de nombreuses atténuations avaient été apportées au principe par le Médiateur lui-même qui, selon les mots de Guy BRAIBANT, avait

¹⁸³ Par exemple, la formulation de l'article L463-2 du Code de commerce permet à l'Autorité de la concurrence de se prononcer dans son avis sur la qualification des faits. Et ce, contrairement à l'avis délivré par la Commission européenne sur le fondement de l'article 15 § 3 du règlement 1/2003 (E. CLAUDEL, « La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », art. cit.).

¹⁸⁴ D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* » dans M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise, colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, Dalloz, 1995, p. 109.

¹⁸⁵ A. LORIEUX, « L'expertise et le jugement » dans M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise, colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, Dalloz, 1995, p. 123.

¹⁸⁶ CE, 17 mars 1989, *Ville de Paris et Société SODEVAM*, n^{os} 42428, 42469, 57712 et 58431, publié au Rec. Lebon, p. 96 ; *AJDA* 1989, p. 471, concl. B. STIRN.

¹⁸⁷ Loi n^o 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République, *JORF*, 4 janvier 1973, p. 164.

¹⁸⁸ Le législateur avait reproduit cette interdiction dans les textes constitutifs du Défenseur des enfants (Article 10 de la loi n^o 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, *JORF* n^o56 du 7 mars 2000, p.3536, texte n^o 1) et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (Article 8 de la loi n^o 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JORF*, n^o 131, 7 juin 2000, p. 8562, texte n^o 2).

¹⁸⁹ G. BRAIBANT, « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », *AJDA*, juin 1977, p. 285.

« de la peine à s'arrêter au seuil du prétoire »¹⁹⁰. Ces interdictions avaient pour vocation principale de préserver l'office du juge de toute intervention susceptible de porter sur les déterminants de sa mission de *juris dictio*¹⁹¹.

770. Pour appréhender la possibilité d'une consultation portant sur des questions de droit au regard du principe d'interdiction de l'expertise sur ces sujets, il convient de distinguer ce qui relève du contexte de l'application de la règle de droit et ce qui relève de l'étape de qualification des faits proprement dite. Par exemple, dans la matière concurrentielle, la faculté de consultation permet au juge d'avoir accès à une analyse économique du fonctionnement et du droit des marchés afin d'appréhender plus finement encore le contexte concurrentiel. L'Autorité donne ainsi « les clefs d'appréciation »¹⁹² de l'existence d'un abus potentiel ou d'une entente illicite sans pour autant que l'avis ne lie le juge quant à la qualification juridique des faits. Les AAI deviennent en quelque sorte des « sources officielles d'information juridiques pour le juge »¹⁹³ sans pour autant devenir des conseillers juridiques, c'est-à-dire des organes qui disent précisément dans quel sens il faut trancher le litige ou la qualification qu'il convient de retenir. Par exemple, la Commission européenne, dans sa communication du 27 avril 2004 énonce qu'elle « limitera ses observations à une analyse économique et juridique des faits en cause dans l'affaire dont la juridiction nationale est saisie »¹⁹⁴, autrement dit à des questions d'application ou d'interprétation des règles de concurrence de l'Union, mais pas sur des éléments impliquant une proposition de qualification des faits. Pour autant, la frontière est mince entre une simple expertise sur le droit et la délégation des pouvoirs de dire le droit. Comme l'observe Emmanuelle CLAUDEL, les avis de l'Autorité de la concurrence « par leur structure, la qualité de leur analyse, les points qui y sont débattus, [...] ressemblent à s'y méprendre à des décisions statuant sur des pratiques anticoncurrentielles »¹⁹⁵. Il est permis de penser que par son contenu, l'avis de l'Autorité restreint « de manière excessive les pouvoirs du juge administratif au titre du contrôle des motifs de droit »¹⁹⁶. Même si le juge demeure en

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Pour autant, cette interdiction s'analyse aussi, d'une certaine manière, comme la négation de la spécificité de la mission du médiateur au regard de celle du juge, ne voyant dans le premier qu'un doublon sans pouvoir du juge administratif et judiciaire.

¹⁹² G. CLAMOUR, S. DESTOURS et M. FOGLIA, « Droit de la concurrence. Droit public de la concurrence », *JC Collectivités territoriales*, Fasc. 724-20, 31 août 2014, paragr. 149.

¹⁹³ D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », art. cit., p. 109.

¹⁹⁴ Communication n° 2004-C101/04 du 27 avril 2004 sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE, *JO*, n° C101, 27 avril 2004, p. 54-64, §32.

¹⁹⁵ E. CLAUDEL, « La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », art. cit., p. 44.

¹⁹⁶ M. BAZEX, note sous l'arrêt du CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, *AJDA*, 20 mai 1999, n° 5, p. 436.

principe libre de ne pas suivre l'avis de l'Autorité, il lui est parfois difficile de substituer sa propre appréciation. En tant qu'« experts de prestige »¹⁹⁷, les AAI émettent des observations qui sont de nature à emporter facilement la conviction du juge. Néanmoins, les décisions où le juge s'en démarque finissent par dissiper les soupçons de délégation de son pouvoir de « dire le droit »¹⁹⁸.

771. De façon schématique, les opinions sont partagées entre : ceux qui considèrent qu'une expertise sur le droit revient *in fine* à déléguer sa mission juridictionnelle¹⁹⁹ ; et ceux qui considèrent que ces craintes sont relativement excessives²⁰⁰ et qu'elles participent à renforcer le mythe d'un juge omniscient sur le plan juridique alors même que sa formation en manifeste les lacunes²⁰¹. L'issue ne peut être trouvée ni dans l'interdiction pure et simple d'une consultation, ni dans la généralisation hâtive, voire la multiplication, des procédures de consultation. L'analyse doit avant tout tenir compte de la configuration de la relation qui existe entre l'organisme consulté et le juge, lorsqu'une telle procédure existe. Pour garantir l'indépendance du juge, la relation doit se caractériser par un rapport le plus égalitaire possible. Ainsi, le juge doit être en mesure d'apprécier la portée et la qualité de l'avis fourni par l'organisme sollicité pour, le cas échéant, s'en éloigner. En effet, si l'on admet « la nécessité pour les juges de fonctionner en réseaux »²⁰² dans le cadre de la régulation économique notamment, la condition d'un tel fonctionnement par le biais des mécanismes consultatifs réside dans la garantie de l'indépendance de jugement du juge. Or, celle-ci doit être plus effective qu'objective. Cela passe notamment par sa spécialisation : le juge ne doit jamais être en position d'ignorance sur ces questions de droit. Une série d'indices permet d'évaluer la qualité de la relation : le nombre d'avis sollicité et la nature du suivi par le juge (systématique, fréquent ou épisodique). Ainsi, l'unanimité systématique alimente le soupçon de la perte de liberté d'appréciation du juge. Dans ce cas, bien que le juge ne soit pas lié par l'avis, la logique même de la consultation, qui suppose que le juge se soit estimé démuné ou insuffisamment informé,

¹⁹⁷ D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », art. cit., p. 111.

¹⁹⁸ Pour un exemple : CE, 16 juin 2004, n^{os} 235176, 238290 et 238291, *Mutuelle générale des services publics*, T. Lebon p. 611 ; *AJDA* 2004, n^o 28, p. 1509, note N. CHARBIT. Voir également l'avis du Conseil de la concurrence : Conseil de la concurrence, avis n^o 03-A-21 du 31 décembre 2003 relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, 23 p.

¹⁹⁹ F. TERRÉ, commentaire sous Cour Cass., Ass. Plén. 31 mai 1991, *JCP G*, 1991, II-JURISPRUDENCE (1991), 21752, p. 384.

²⁰⁰ D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », art. cit., p. 108.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 119.

²⁰² C. BRÉCHON-MOULÈNES, « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, p. 684.

explique que les avis soient le plus souvent suivis²⁰³. Les conditions d'une consultation au profit des juridictions se situent dans la qualité du dialogue instauré à savoir l'échange et non pas l'unanimité des positions²⁰⁴.

772. Le nombre des avis de nature juridique sollicités par les juridictions sert d'indicateur pour évaluer la faiblesse du juge et, dans le même temps, le besoin de renforcer sa spécialisation²⁰⁵. En effet, un accroissement des demandes d'avis sur des questions de nature juridique doit interroger sur les rôles respectifs attribués au juge et à l'AAI sollicitée. À cet égard, à la suite de l'entrée en vigueur du décret d'application²⁰⁶ de la loi du 15 mai 2001²⁰⁷ qui a posé le principe de la spécialisation des juridictions de droit commun pour connaître des litiges relatifs à l'application du droit de la concurrence²⁰⁸, on note une baisse des demandes d'avis à l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L462-3. Ainsi, on dénombre durant les huit dernières années d'activité du Conseil de la concurrence quatorze avis rendus aux juridictions contre seulement cinq durant les huit premières années d'activité de l'Autorité de la concurrence²⁰⁹.

773. Dès lors, la pratique d'une expertise au profit des juridictions oscille entre une collaboration effective, « un renforcement mutuel »²¹⁰ des institutions et une influence subie résultant de la difficulté du juge d'appréhender un domaine technique ou éthique ; et ce, tant sur le plan juridique qu'extra-juridique. Plutôt qu'une interdiction, cette consultation doit

²⁰³ E. CLAUDEL, « La procédure d'amicus curiae : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », art. cit., p. 43.

²⁰⁴ P. DELVOLVÉ, « Conseil d'État et Conseil de la concurrence » dans *Le dialogues des juges, Mélanges en l'honneur du Président B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 348.

²⁰⁵ C. LEMAIRE et D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », art. cit., p. 54.

²⁰⁶ Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, *JORF*, n° 304, 31 décembre 2005, p. 20831, texte n° 120.

²⁰⁷ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2.

²⁰⁸ Article L420-7 du Code de commerce.

²⁰⁹ Chiffres tirés des rapports annuels du Conseil de la concurrence et de l'Autorité de la concurrence de 1997 à 2015 (1997 : 2 ; 1998 : 1 ; 1999 : 3 ; 2000 : 4 ; 2001 : 2 ; 2002 : 0 ; 2003 : 1 (Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité 2003*, Paris, La documentation française, 2004, p.23) ; 2004 : 1 (Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité 2004*, Paris, La documentation française, 2005, p.22), 2005 : 2 (Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité 2005*, Paris, La documentation française, 2006, p.23) ; 2006 : 2 (Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité 2005*, Paris, La documentation française, 2006, p.18) ; 2007 : 2 (Conseil de la concurrence, *Rapport d'activité 2004*, Paris, La documentation française, 2005, p.20) ; 2008 : 0 ; 2009 : 0 ; 2010 : 0 ; 2011 : 2 ; 2012 : 1 ; 2013 : 2 ; 2014 : 0 ; 2015 : 0 (Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2015*, Paris, Autorité de la concurrence, 2016, p. 12).

²¹⁰ R. GODET, « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », art. cit., p. 967.

trouver un encadrement adapté permettant au juge d'entendre la position d'instances quand cela se révèle nécessaire sans toutefois s'y plier systématiquement. À cet égard, le développement du mécanisme de l'*amicus curiae* permet au juge de garder la maîtrise des interventions.

B. L'encadrement de l'influence des autorités administratives indépendantes par le juge : la figure de l'« ami de la Cour »

774. Les figures du procès telles que le « technicien » ou la « partie » ne correspondent pas à l'intervention consultative des AAI²¹¹. Les discussions vont dès lors se porter sur une figure émergente dans le procès français : celle de l'« ami ». S'inspirant de la pratique nord-américaine²¹², l'institution de l'*amicus curiae* connaît un développement jugé « spectaculaire »²¹³ depuis un peu plus d'une dizaine d'années en droit français, d'abord de façon informelle²¹⁴ puis progressivement consacrée par les textes. Par définition, « l'ami de la cour » est « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge »²¹⁵. Cette institution permet à des tiers à l'affaire de faire des observations dans une procédure sans en devenir parties²¹⁶. À ce titre, ils peuvent fournir au juge tout élément d'appréciation en fait et en droit sur la solution du litige²¹⁷.

²¹¹ Voir sur la question de la qualité de partie au procès de l'Autorité de la concurrence : E. CLAUDEL, « La qualité de partie à l'instance officiellement reconnue à l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris », *RTD Com.* 2012 p. 736 ; C. LEMAIRE, « Qualité de partie à l'instance - Arrêt Vebic : Le pouvoir réglementaire reconnaît à l'Autorité de la concurrence la qualité de « partie à l'instance » dans le contentieux devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions dont elle est l'auteur », *Concurrences*, n° 4-2012, n° 49426, p. 148-150.

²¹² Sur les origines de la notion : S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural?*, *op. cit.*, p. 22 et s. ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », *RTD Civ.*, mars 2005, n° 1, p. 89 ; G. CANIVET, « L'amicus curiae en France et aux Etats-Unis », *Revue juridique commerciale*, février 2005, n° 93, p. 99-112.

²¹³ S. MENETREY, « Le pluralisme et les moyens procéduraux » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 301 ; voir précisément : S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural?*, *op. cit.*

²¹⁴ Aucun texte ne consacre la possibilité pour un tiers de présenter des observations devant le Conseil constitutionnel français. Toutefois il existe un procédé informel qui permet à un tiers à la procédure de déposer un mémoire dans lequel il développe une question en lien avec la constitutionnalité de la loi soumise au contrôle du Conseil (O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines » dans *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Journée d'études du 16 mars 1994, Economica, 1995, p. 81-89 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8^e éd., 2008, p. 32-36). Ce procédé est généralement désigné sous l'expression « portes étroites » dont la paternité est reconnue à Georges VEDEL, ou encore de « saisines sauvages » selon l'expression de Guillaume DRAGO (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2^e éd., 2006, p. 371-379). Sur ce point voir : C. BUGNON, « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011 p.1608-1613).

²¹⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2013, xxxi+1099 p.

²¹⁶ S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural ?*, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit Université de Laval et Université Panthéon Assas, Québec et Paris, 2009, p. 4.

²¹⁷ Y. LAURIN, « L'amicus curiae », *JCP G*, 1992, 1. 3603, p. 345 et s.

775. En droit privé, cette pratique ne repose sur aucun texte exprès de portée générale. L'invitation de l'« ami » est une pratique qui échappe donc à tout statut juridique. Elle a été introduite par la Cour de cassation, sous l'impulsion de son président Pierre DRAI, dans une affaire relative à la pratique des maternités de substitution²¹⁸. L'arrêt en question a été rendu après avoir entendu les observations du président du Comité consultatif national d'éthique (CCNE). Selon Pierre DRAI, il convenait de « permettre, en la réglementant au besoin, l'intervention de consultants privilégiés, personnalités d'une compétence incontestable et d'une grande autorité morale qui, après avoir assisté à la totalité des débats, donneraient à la juridiction leur sentiment sur les suites à donner à une décision de toute nature »²¹⁹. Observateur privilégié, dans cette hypothèse, l'ami de la Cour n'a d'autre intérêt que de mettre en perspective les débats, de les enrichir sans précisément les compléter sur le plan de l'instruction.

776. En droit administratif, cette institution a été codifiée par le décret du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives²²⁰ à l'article R625-3 du Code de justice administrative introduisant la possibilité pour les juridictions administratives d'inviter « toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine »²²¹. Désormais, faisant appel à ses pouvoirs généraux, le juge administratif peut solliciter les observations d'une AAI au cours de l'instruction sur toute question d'ordre général, fût-elle juridique. Toutefois, dans une décision du 6 mai 2015²²², le Conseil d'État a eu l'occasion de circonscrire le champ d'intervention de l'« ami » concernant les aspects juridiques de ses observations rejoignant la distinction entre l'étape de qualification des faits et l'interprétation de la règle de droit. En l'occurrence, le juge, qui invite une personnalité ou une institution à l'éclairer sur une question délicate posée par une affaire, doit se borner à prendre en compte uniquement les observations d'ordre général,

²¹⁸ C. cass., Ass. pl., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n° 4 ; JCP.1991.II.21752, communic. J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRÉ ; Cass. ass. plén., 31 mai 1991 : D, 1991, jurispr. p. 417, note THOUVENIN.

²¹⁹ P. DRAI, « Le monde des affaires et ses juges », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1990, p. 333.

²²⁰ Article 46 du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, *JORF*, n° 0045, 23 février 2010, p. 3325, texte n° 15.

²²¹ Article R625-3 CJA issu de l'article 46 du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

²²² CE, 6 mai 2015, n° 375036, *Préfet d'Ille-et-Vilaine*, Rec. Lebon p.163 ; *AJDA*, 2015, p. 1545, note D. CONNIL.

juridique ou factuel, contenues dans l'avis, « à l'exclusion de toute analyse et appréciation des pièces du dossier »²²³.

777. L'emploi du terme « ami » pour qualifier l'intervenant tend à minimiser l'exercice de tout pouvoir par ces derniers sur l'office du juge. Il convient toutefois de relever que ces interventions s'inscrivent dans des stratégies dont le caractère désintéressé (neutre) ne vaut qu'à l'égard des parties. L'« ami » prend « tantôt le visage d'un expert *ad hoc* invité par le Cour en marge des procédures traditionnelles ; tantôt celui d'une entité intervenant afin d'exercer un lobbying argumentatif pour le compte d'intérêts privés ou publics »²²⁴. En effet, les intervenants ont un intérêt à la solution du litige. Pour saisir la question de l'influence exercée par les autorités sur les juridictions notamment, il convient de distinguer la fonction juridictionnelle de la fonction jurisprudentielle du juge. En effet, au-delà d'une fonction juridictionnelle, les décisions de justice remplissent, par leur répétition ou leur importance particulière, une fonction jurisprudentielle de création de règles générales²²⁵. En l'occurrence, si les avis ou observations des AAI aux juridictions permettent à ces dernières de « dire le droit » de manière éclairée, c'est précisément la fonction jurisprudentielle – le pouvoir normatif des juges – qui est l'objet de cette influence. L'exercice d'un pouvoir d'influence a pour principal intérêt de faire évoluer le droit au niveau des juridictions dans le sens de l'intérêt défendu par les AAI. Cette prérogative complète leur pouvoir de proposition de modification des lois et des règlements.

778. De ce point de vue, il s'agit de porter une cause devant une juridiction. À cet égard, l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) est éclairant²²⁶. Les associations ou les groupes d'intérêts utilisent cette voie procédurale pour influencer la jurisprudence de la Cour afin qu'elle ait des retombées favorables pour les intérêts qu'ils

²²³ En l'espèce, l'intervention portait sur un titre de propriété éventuellement opposable au principe d'inaliénabilité du domaine public.

²²⁴ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », art. cit., p. 89.

²²⁵ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 180-181.

²²⁶ Article 36 §2 de la CEDH (article renuméroté, intitulé et texte amendés conformément aux dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194) et article 44 §3 du Règlement). Le statut du tiers intervenant de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) ne permet pas *a priori* la possibilité pour des « amis de la cour » de contribuer à éclairer celle-ci par des observations « désintéressées » (O. DE SCHUTTER, « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne » dans H. RUIZ-FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales: 3ème journée sur le contentieux international*, Paris, juin 2004, Paris, éd. A. Pédone, 2005, p. 87). Le régime de l'intervention est clair sur ce point, l'intervenant doit « prendre partie », ce qui n'est pas possible pour une autorité administrative indépendante soumise au principe d'impartialité, et ce, malgré des exemples qui tendent à affirmer le contraire selon Olivier DE SCHUTTER (O. DE SCHUTTER, « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », art. cit.).

défendent²²⁷. Ainsi, l'intervention de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) et du Contrôleur des lieux de privation de liberté (CGLPL) devant la Cour EDH dans l'affaire *Yengo c. France*²²⁸ relative à la situation pénitentiaire à Nouméa s'inscrivait, par exemple, dans une action plus large de promotion des droits et libertés tendant à « penser la peine autrement ». Cette intervention faisait suite à un avis dans lequel la CNCDH appelait à une profonde réforme du droit des peines²²⁹. De façon générale, l'*amicus curiae* s'inscrit dans la stratégie d'influence de ces institutions en faveur de l'amélioration du droit dans le sens de l'intérêt public qu'elles poursuivent ; les autorités tendent à devenir des acteurs incontournables dans la détermination du droit auprès de toutes les autorités disposant des compétences décisionnelles ou normatives.

779. Tenant compte du potentiel d'influence des intervenants, l'intérêt de la figure de l'« ami de la Cour » est d'insister sur l'idée que l'appréciation de la situation ou du droit doit demeurer dans les mains du juge. D'abord, la procédure de l'*amicus curiae* reste en principe à la discrétion de la juridiction : elle peut inviter une autorité à déposer ses observations ou, à l'inverse, le lui refuser. Il s'agit d'une procédure qui se définit comme une consultation extraordinaire à la discrétion de l'autorité juridictionnelle. Le juge détermine les termes et les conditions de la sollicitation (nombre de personnes susceptibles d'apporter un éclairage ; précisions de la question). La maîtrise *a priori* de cette intervention doit permettre au juge de contenir en amont l'influence de l'instance²³⁰. Par exemple, lorsque le Code de justice administrative prévoit que l'invitation doit être « de nature à éclairer utilement [la juridiction] sur la solution à donner à un litige », le caractère utile de l'invitation est laissé à la libre appréciation du juge. Il garde ainsi la maîtrise du processus de consultation. Par exemple, c'est à ce titre que la Cour d'appel de Versailles a refusé la demande par la partie défenderesse d'*amicus curiae* au profit de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) au motif que l'éclairage de l'Autorité ne lui était d'aucune utilité pour apprécier la licéité d'une campagne de publicité²³¹. En l'espèce, la partie défenderesse demandait à la Cour d'inviter un membre de l'ART, l'actuelle Autorité

²²⁷ Voir sur ce point : L. HENNEBEL, « Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n° 71, p. 656.

²²⁸ CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c/ France*, n° 50494/12 ; *AJDA*, 2015, p. 1732, L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJDA*, 2015, p. 1289, A. JACQUEMET GAUCHÉ et S. GAUCHÉ.

²²⁹ Rapport d'information n° 2388 (2014-2015) de J.-J. URVOAS, au nom de la Commission des lois, sur l'encellulement individuel, Assemblée Nationale, 24 novembre 2014, p. 86.

²³⁰ C. LEMAIRE et D. BLANC, « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », art. cit., p. 44.

²³¹ CA Versailles, 14^e Ch., 14 mars 2001, RG n° 2001-1388 cité par V. VIGNEAU, « Cas particuliers d'intervention des sachants » dans T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise 2011/2012*, Paris, Dalloz, 2011, p. 69-72.

de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), afin « d'éclairer la juridiction saisie sur l'état de l'art en matière de fourniture d'accès à internet et sur l'offre de forfait d'accès illimité commercialisée » par elle-même²³². Dans cette hypothèse, la Cour ne rejette pas tout éclairage juridique, mais un éclairage en particulier – celui de l'ART – qu'elle ne considère pas nécessaire.

780. Le second moyen permettant de minimiser l'influence importante des « amis » est le respect du principe du contradictoire²³³. À cet égard, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 6 juillet 1988, a retenu une interprétation extensive du principe du contradictoire en considérant que la garantie « d'un procès équitable au sens européen du terme » impliquait que l'intervention de l'*amicus curiae* soit encadrée par trois règles jurisprudentielles : le demandeur au recours doit assister à l'exposé des conclusions ; il doit pouvoir formuler toutes observations utiles et il pourra proposer à la Cour telle ou telle personnalité de son choix pour compléter ses propos²³⁴. Ces trois règles participent à l'application effective du principe du contradictoire. Outre le respect des droits de la défense, ce principe permet de minimiser l'impact des observations de l'autorité. Le juge peut multiplier les demandes d'observations notamment afin d'éviter que les observations d'une instance ne s'apparentent à des conclusions *bis* ou à un avis dont le poids acquiert une portée démesurée. En effet, « les décisions semblent plus légitimes lorsqu'elles se fondent explicitement sur des avis divergents plutôt que sur l'opinion d'un seul »²³⁵. Cette bonne pratique de l'*amicus curiae* confirme d'ailleurs l'idée selon laquelle « la procédure juridictionnelle [...] repose avant tout sur la dialectique d'intérêts [...] impliquant une multiplicité d'acteurs sociaux, tandis que le procès lui-même est un lieu de production normative »²³⁶. L'*amicus* constitue dès lors le moyen procédural permettant au juge de « faire la balance entre les différents intérêts, les différents droits, les différentes fins »²³⁷. Par exemple, dans l'affaire sur les « *Maternité pour autrui* »²³⁸ en 1991, les critiques²³⁹ soulevées par l'intervention de Jean BERNARD, président du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), au nom de ce même comité, s'explique notamment en raison du fait qu'il était le seul auditionné.

²³² CA de Versailles, 14^e Ch., 14 mars 2001, RG n° 2001-1388, *précité*.

²³³ Article R470-3 du Code de commerce ou le décret portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 (*JO*, n° 302, 29 décembre 2005, p. 2021) concernant le contradictoire de la Commission européenne.

²³⁴ Y. LAURIN, « L'*amicus curiae* », art. cit., p. 348.

²³⁵ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP*, 1 septembre 2002, vol. 103, n° 3, p. 380.

²³⁶ S. MENETREY, « Le pluralisme et les moyens procéduraux », art. cit., p. 295.

²³⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D*, 2001, chron. 610.

²³⁸ Cour cass., Ass. Plén., du 31 mai 1991, n° 90-20.105, Publié au bulletin, *précité*.

²³⁹ Voir : F. TERRÉ, note sous Cour cass., Ass. Plén., 31 mai 1991, art. cit., p.385.

Au contraire, en 2001, pour une autre affaire, plusieurs *amici curiae* sont intervenus lors de l’instruction du pourvoi de l’arrêt rendu par la Chambre plénière de la Cour de cassation le 29 juin 2001²⁴⁰. Tous les faits étaient connus des juges, mais ces derniers se heurtaient à une question d’ordre général dont la réponse était essentielle à la résolution du litige. Le CCNE a été invité à donner son avis sur la possibilité d’appliquer la qualification d’homicide involontaire à un enfant à naître, à côté de professeurs de droit et de l’Académie de médecine²⁴¹. En 2014, avant de rendre son ordonnance de référé sur l’interruption d’un traitement médical résultant d’une obstination déraisonnable²⁴², le Conseil d’État a, là encore, diversifié les interventions en sollicitant l’avis du CCNE²⁴³, de l’Académie nationale de médecine²⁴⁴ et du Conseil national de l’ordre des médecins²⁴⁵ et a demandé à Jean LEONETTI²⁴⁶ de produire des « observations écrites d’ordre général de nature à l’éclairer utilement sur l’application des notions d’obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie au sens de l’article L1110-5 du code de la santé publique, en particulier à l’égard des personnes qui sont [...] dans un état pauci-relationnel ». Ces interventions sont complémentaires tant sur le plan de l’application du droit que sur des éclairages d’ordre plus général. Si « recueillir l’opinion de tiers [est] a priori une évolution stimulante, son corollaire est sans doute de maintenir une vigilance extrême sur la diversité des points de vue pris en considération [...] en toute logique, la procédure se traduit donc par l’intervention de plusieurs *amici curiae* »²⁴⁷.

781. En résumé, les autorités sont, à l’instar d’autres acteurs de la société, des forces de proposition en direction des juges, c’est-à-dire qu’elles promeuvent une certaine idée du droit et des libertés sans s’arrêter aux barrières du prétoire. Toutefois, à travers la procédure de l’*amicus curiae*, le juge veille tant au respect des droits de la défense qu’à la diversité des points

²⁴⁰ Cour cass., Ass. Plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. Ass. plén. n° 8 ; D, 2001, p. 2917, concl. J. SAINTE-ROSE ; *Ibid.* 2907, chron. J. PRADEL, note Y. MAYAUD ; *RDSS*, 2001, p. 829, étude A. TERRASSON de FOUGÈRES ; *RSC*, 2002, p.97, obs. B. BOULOC ; *RTD Civ.* 2001, p. 560, obs. J. HAUSER ; *GADPG*, 9e éd., 2014, p. 280 ; *Gazette du Palais*, 28-30 juillet 2002, p.12, note S. MONNIER.

²⁴¹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L’ouverture de la Cour de Cassation aux amici curiae », *RTD Civ.*, 2005, p. 91.

²⁴² CE, 14 février 2014, *Mme U. et autres*, n°s 375081, 375090 et 3750914, Rec. Lebon p. 31, concl. R. KELLER ; *RFDA*, 2014, p. 255, concl. R. KELLER ; *RFDA*, 2014, p.702, P. DELVOLVÉ ; *AJDA*, 2014, p. 790, chron. A. BRETONNEAU et J. LESSI ; *Ibid.*, p.1225, tribune P. CASSIA ; *D*, 2014, p. 2021, note A. LAUDE ; *AJ fam.*, 2014, p. 145, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

²⁴³ J.-C. AMEISEN, « Observations au nom du Comité consultatif national d’éthique », *RFDA*, 2014, n° 4, p. 676.

²⁴⁴ « Observations de l’Académie nationale de médecine », *RFDA*, 2014, n° 4, p. 671.

²⁴⁵ « Observations du Conseil national de l’ordre des médecins », *RFDA*, 2014, n° 4, p. 692.

²⁴⁶ « Observations de Jean LEONETTI », *RFDA*, 2014, n° 4, p. 696.

²⁴⁷ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L’ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », art. cit., p. 91.

de vue, évitant ainsi à une autorité, au prestige certain, d'avoir un poids démesuré sur l'issue du procès et, surtout, sur la politique jurisprudentielle.

§2 Les interventions *sui generis* imposées aux juridictions à l'initiative des autorités administratives indépendantes

782. L'« ami » peut devenir particulièrement « intrusif »²⁴⁸ lorsqu'il n'est plus invité à déposer des conclusions mais qu'il s'invite et que le juge ne peut y faire opposition. Tel est le cas, en vertu de l'article 15 §3 du règlement (CE) n°1/2003, de l'Autorité de la concurrence qui, à l'instar de la Commission européenne et de toute autorité nationale de concurrence, peut soumettre d'office des observations écrites devant toute juridiction nationale et, si le président les y autorise, à les présenter oralement à l'audience²⁴⁹. Il en va également du Défenseur des droits, conformément à l'alinéa 2 de l'article 33 de la loi de 2011, qui peut faire des observations « de droit » devant toutes juridictions.

783. Dans cette hypothèse, les AAI deviennent en quelque sorte des rapporteurs qui déposent des conclusions distinctes de celles du rapporteur général. Contrairement à l'*amicus curiae*, le juge perd la maîtrise de la procédure, ce qui soulève des questions tant du point de vue de l'indépendance des juges, dans le cadre de l'exercice de leur fonction juridictionnelle, que de l'équilibre des parties au procès. À l'initiative des autorités elles-mêmes, l'influence qu'elles exercent déborde largement le cadre de l'*amicus curiae* au point d'y voir une intervention *sui generis* (A). Toutefois, une lecture attentive des décisions révèle que le simple respect du contradictoire suffit à assurer l'équilibre du procès, et ce, malgré un risque réel de déséquilibre (B).

784. L'Autorité de la concurrence n'ayant jamais fait usage de cette faculté, nous traiterons la question à travers l'exemple du Défenseur des droits, lequel dépose environ une centaine d'observations par an²⁵⁰.

²⁴⁸ E. CLAUDEL, « La procédure d'*amicus curiae* : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », art. cit., p. 45.

²⁴⁹ Cette prérogative concerne également le ministre chargé de l'Économie, en vertu de l'article L.470-5 du Code de commerce.

²⁵⁰ En 2012, le Défenseur a déposé 90 observations devant les tribunaux dont environ 68 % ont été suivies (*Rapport annuel 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 25). En 2013, le Défenseur a déposé 94 observations devant les juridictions dont 72 % ont été accueillies favorablement (*Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 21). Enfin, en 2014, le Défenseur a effectué 78 dépôts d'observations devant les juridictions suivies dans 72 % des cas (*Rapport annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p. 12).

A. Les observations de droit du Défenseur des droits

785. Contrairement aux autres AAI, le Défenseur des droits « peut lui-même demander à présenter des observations écrites ou à être entendu par ces juridictions. Dans ce cas, son audition est de droit »²⁵¹. Cette faculté lui est de plus ouverte devant tout type de juridiction. Le Défenseur a hérité des dispositions s'appliquant à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). À l'origine, cette dernière ne pouvait qu'être « invitée » à présenter des observations devant une juridiction sous la forme précisément d'un *amicus curiae*²⁵². Toutefois, un amendement du Sénat à la loi du 31 mars 2006²⁵³ pour l'égalité des chances²⁵⁴ a changé l'esprit de cette disposition en prévoyant que la Haute autorité pourrait désormais « demander à être entendue par [les] juridictions » et que dans ce cas « cette audition est de droit »²⁵⁵. Cet amendement se fondait sur le constat que le juge n'avait prononcé que quarante condamnations en matière de discrimination l'année précédant la réforme. Le président de la HALDE témoignait à cet égard que l'exigence d'autorisation explicite d'intervention devant les tribunaux pouvait générer « des délais supplémentaires de 3 à 6 mois »²⁵⁶. Le législateur ayant manifesté le souci de sortir les discriminations « de l'angle mort de la justice »²⁵⁷, il était donc apparu « impératif que la HALDE puisse sensibiliser les juges, voire les alerter sur un dossier »²⁵⁸ sans qu'un refus ne puisse lui être opposé²⁵⁹.

786. Sans plus de précision relative à la nature et au caractère contraignant de cette intervention, son application a suscité des interrogations voire des hésitations jurisprudentielles quant à la qualité qu'il convenait de reconnaître à l'institution lorsque celle-ci décidait de

²⁵¹ Article 33 al. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497.

²⁵² Article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité dans sa version initiale, *JORF*, n° 0304, 31 décembre 2004, p. 22567, texte n° 3.

²⁵³ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JORF*, n° 79, 2 avril 2006, p. 4950.

²⁵⁴ Amendement n° 194 rect. bis, Mme KHIARI (Groupe socialiste), 6 mars 2006, projet de loi relatif à l'égalité des chances. La motivation est la suivante : « cet amendement tend à permettre à la Haute autorité de demander à être entendue, sans qu'un refus puisse lui être opposé, devant les juridictions civiles, pénales et administratives ».

²⁵⁵ Article 33 al.2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

²⁵⁶ L. SCHWEITZER, « Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et l'égalité », *En temps réel - Cahiers*, décembre 2007, n° 30, p. 9.

²⁵⁷ B. KHIARI, sénatrice (groupe socialiste), Compte-rendu intégral des débats, n° 23, S., séance 5 mars 2006, p. 1765.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Parfois, cette faculté peut être établie afin d'éviter une procédure jugée inutile lorsque le prestige de l'Autorité est telle qu'il apparaît difficile au juge de se priver de son expertise. Il s'agit d'accorder un statut privilégié à l'instance notamment au regard de son magistère moral. On en trouve un exemple dans le mécanisme de contrôle juridictionnel du Conseil de l'Europe. Un « droit d'intervention » a été reconnu au Commissaire aux droits de l'Homme par le Protocole 14, signé le 13 mai 2004, entré en vigueur en 2010. L'alinéa 3 de l'article 36 consacre l'intervention « de droit » du Commissaire aux droits de l'homme (L. HENNEBEL, « Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme », art. cit., p. 648).

présenter des observations « de droit ». En un mot, l'enjeu portait sur le fait de savoir si la Haute autorité devait être reconnue comme une intervenante *sui generis* au procès ou simplement comme une « amie ». Ni témoin, ni expert, une autorité qui s'invite peut-elle être encore considérée comme une « amie » de la Cour ? Pour le dire autrement, lorsque l'intervention est imposée, ne doit-elle pas être considérée comme partie prenante au procès ? Ces interrogations ont été amplifiées par la mission d'assistance aux victimes en matière de discrimination attribuée à la HALDE²⁶⁰, attribution qui a été reprise par le Défenseur de droits²⁶¹. Elle consiste à accompagner, aider et conseiller les victimes dans la constitution de leur dossier. L'autorité en question les aide à identifier les procédures adaptées à leur cas particulier. En définitive, lorsque le Défenseur intervient « de droit » dans un procès dans lequel la victime a bénéficié de son assistance, il le fait convaincu de l'existence d'une discrimination. En permettant au Défenseur de soumettre des observations aux juridictions, sans que le juge ne puisse s'y opposer et en l'absence d'encadrement procédural de ses interventions, le législateur a institué une figure du procès qu'il s'avère difficile de distinguer des parties. Selon Luc FERRAND, ancien directeur des affaires juridiques de la HALDE, celle-ci « dispos[ait] d'un véritable statut *sui generis* lorsqu'elle interv[enait] de “droit” devant les juridictions »²⁶². Autrement dit, elle n'était ni témoin « à charge » ni « amie ».

787. La question qui se pose est celle de savoir si l'autorité qui intervient de droit est un intervenant auquel le juge doit répondre. En principe, le juge ne répond que s'il est face à un intervenant tiers au procès. En matière civile, l'intervention est définie à l'article 66 du Code de procédure civile comme « la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires ». Il convient de distinguer l'intervention accessoire, qui appuie la prétention d'une des parties²⁶³, de l'intervention principale qui élève une prétention au profit de celui qui la forme²⁶⁴. En matière administrative, l'intervention n'est pas clairement définie à l'article R632-1 du Code de justice administrative qui se borne à en décrire les modalités²⁶⁵. En l'occurrence, il doit s'agir d'une requête distincte contenant des moyens

²⁶⁰ Article 7 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JORF*, n° 0304, 31 décembre 2004, p. 22567, texte n° 3.

²⁶¹ Article 27 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*.

²⁶² L. FERRAND, « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) » dans T. REVET et L. VIDAL (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, IRJS éditions, 2009, vol. 2/2, p. 167.

²⁶³ Article 330 du Code de procédure civile.

²⁶⁴ Article 329 du Code de procédure civile.

²⁶⁵ L'article R632-1 CJA dispose que l'intervention est formée par un mémoire distinct. Le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, le président de la sous-section chargée de l'instruction ordonne, s'il y a lieu, que ce mémoire en intervention soit communiqué aux parties et fixe le délai imparti à celles-ci pour y

propres. L'intervention impose des obligations précises au juge que le Conseil d'État a rappelé dans sa décision *Péan* du 5 novembre 1990²⁶⁶. Le juge est ainsi tenu d'examiner et de répondre aux moyens qu'invoque l'intervenant²⁶⁷. Par ailleurs, l'intervention ouvre des droits à l'intervenant, dont celui d'interjeter appel. Enfin, l'intervenant doit s'associer aux conclusions soit du demandeur, soit du défendeur ; dans le cas contraire, l'intervention est jugée irrecevable. Le Défenseur des droits, lorsqu'il intervient « de droit », entre-t-il dans cette catégorie ? L'attribution d'un tel statut serait susceptible d'entraîner une « dérive dans la répartition des rôles telle que le législateur l'avait envisagée »²⁶⁸. En effet, l'audition dans l'exercice d'une mission d'intérêt général de lutte contre les discriminations diffère sensiblement d'une invitation à la procédure en qualité de partie intervenante pour soutenir les intérêts particuliers d'un justiciable. La rupture de l'égalité des armes entre les parties serait consommée. Lorsque l'on parle d'intervention, l'intérêt se trouve dans les suites à donner mais c'est l'idée d'un intérêt propre qui justifie cette qualité.

788. La Chambre sociale de la Cour de cassation a mis un terme aux hésitations relatives au statut de la HALDE au procès dans son arrêt du 2 juin 2010²⁶⁹. Cette jurisprudence intervient après une série d'arrêts contradictoires issus des Cours d'appel²⁷⁰. La Cour va rappeler, sans détailler son raisonnement, que la Haute autorité n'est ni partie au procès ni témoin car elle ne défend pas un intérêt particulier, mais un intérêt public²⁷¹. Bien qu'elle remplisse une mission d'assistance aux victimes, c'est l'intérêt général qui est le moteur de son intervention au procès. En conséquence elle ne défend pas un intérêt propre, fût-il collectif, comme le ferait un syndicat

répondre. Néanmoins, le jugement de l'affaire au principale qui est instruite ne peut être retardée par une intervention.

²⁶⁶ CE, 5 novembre 1990, n° 79657, *Péan*, T. Lebon p. 927.

²⁶⁷ Le Conseil d'État estime dans sa décision du 5 novembre *Péan* que « dans son intervention enregistrée au greffe du tribunal administratif le 24 décembre 1985, M. F... avait soutenu que le nombre de logements autorisé par le permis de construire contesté n'était pas conforme au plan d'aménagement de zone modifié par arrêté préfectoral du 12 octobre 1984 ; que le jugement n'a pas répondu à ce moyen et doit par suite être annulé » (CE, 5 novembre 1990, *Péan*, n° 79657, *précitée*).

²⁶⁸ G. LOISEAU, « La Halde : quelle autorité ? », art. cit., p. 144.

²⁶⁹ Cass. Soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service*, n° 08-40.628, publié au bulletin 2010, V, n° 124 ; *Droit Social*, 2010, p. 992, note J. MOULY ; *Revue de droit du travail*, 2010 p. 457, note E. SERVERIN.

²⁷⁰ Dans son Bulletin d'information du 1^{er} juin 2010, la Cour de Cassation, dans la rubrique « Cours et tribunaux », signale ainsi 3 jurisprudences provenant de Cours d'appel relatives à la recevabilité des observations de la HALDE devant les juridictions prud'hommales : CA de Nîmes, 25 avr. 2007, n° 06/03377 qui écarte l'intervention sur le fondement de l'art. 6 de la Conv. EDH ; en sens contraire respectivement un arrêt de la même CA de Nîmes, 9 févr. 2010, n° 08/03582 qui retient l'intervention de la HALDE et, dans le même sens, CA de Lyon, Ch. soc. C, 13 mars 2009, n° 08/03450.

²⁷¹ E. SEVERIN et T. GRUMBACH, « Le statut procédural de la Halde devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *RDT*, 2010, p. 457 et s. ; C. BIGET, « Statut de la HALDE dans l'instance », *AJDA*, 2012, p. 410.

ou une association habilitée. À travers un cas individuel, elle défend un intérêt public spécifique, celui de la lutte contre les discriminations et pour l'égalité, pour lequel elle a reçu une mission spéciale²⁷². Écartant les motifs relatifs aux exigences du procès équitable et de l'égalité des armes, la Chambre sociale critique la déclaration de régularité de l'intervention volontaire de la HALDE par la Cour d'appel de Paris. Elle évoque à cet égard les dispositions du Code de procédure civile définissant l'intervention et l'intervention à titre accessoire et constate que l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 ne lui avait pas conféré la qualité de partie et que, de là, un rapprochement avec la qualité d'intervenant n'était tout simplement pas possible. Dès lors, la Cour d'appel ne pouvait déclarer son intervention recevable. Elle conclut « qu'en donnant à la HALDE le droit de présenter des observations par elle-même ou par un représentant dont rien n'interdit qu'il soit un avocat, la loi ne lui a pas conféré la qualité de partie ». La Cour d'appel, en déclarant l'intervention recevable, a, par conséquent, violé les textes susvisés. Elle devait se contenter « d'entendre la HALDE ».

789. De la même manière, le Conseil d'État a dissipé définitivement les doutes entourant le statut de l'intervention de la HALDE devant la juridiction administrative dans son arrêt du 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*²⁷³. Il rejoint ainsi la solution de la Chambre sociale de la Cour de cassation précitée. Toutefois, les deux affaires se distinguent sur un point. Dans un arrêt précédent, l'affaire *Perreux*²⁷⁴, le Conseil d'État avait visé explicitement les observations de la HALDE, les avait analysées et avait même permis à son avocat aux conseils de reprendre la parole après la lecture des conclusions. La pratique opérée dans l'arrêt *Perreux* préfigurait l'octroi d'un statut *sui generis* devant les juridictions administratives. Toutefois, dans l'affaire *GISTI-FAPIL*, la Haute autorité soulevait plusieurs moyens d'illégalité contre le décret contesté dont deux étaient distincts de ceux des requérantes et intervenantes. Elle demandait au juge de lui en donner acte. La question, dès lors, de son statut à l'instance s'est posée à nouveau sur la base de la pratique *Perreux* : le juge doit-il répondre ? Autrement dit, la question posée revient à hésiter entre la création d'un statut *sui generis* permettant à la HALDE de soulever des moyens

²⁷² T. GRUMBACH et E. SERVERIN, « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », art. cit., p. 457-461.

²⁷³ CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL)*, Rec. Lebon p. 142.

²⁷⁴ CE, Ass., 30 octobre 2009, n° 298348, *Mme Perreux*, Rec. Lebon p. 408, concl. M. GUYOMAR ; *AJDA*, 2009, p. 2028 ; *RFDA* 2009, p. 1125, concl. M. GUYOMAR ; *AJDA*, p. 2385, S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI ; *Ibid.* 2010, p. 1412, L. COUTRON ; *D*, 2010, p. 553, note G. CALVÈS ; *Ibid.* 351, note P. CHRESTIA ; *GAJA*, 19^e éd., n° 117 ; *GDJDA*, 15^e éd., p.107 ; *AJFP*, 2010, p. 1146, note P. CASSIA ; *Ibid.*, 2010, p. 126, note M. CANEDO-PARIS ; *RTD eur.*, 2010, p. 223, note D. RITLENG ; *Ibid.*, p. 453, D. RITLENG, A. BOUVERESSE et J.-P. KOVAR.

propres et la reconnaissance d'un statut proche de celui de simple « ami » de la Cour. Dans son arrêt, suivant les conclusions de son Rapporteur public, le Conseil écarte le caractère *sui generis* du statut reconnu à la HALDE pour reconnaître le statut de simples observations à son intervention ; et ce contrairement à la solution de l'arrêt *Mme Perreux*²⁷⁵ où les moyens ont été analysés. Gaëlle DUMORTIER, Rapporteur public, considère ainsi que s'il existe une place particulière accordée aux observations de la HALDE dans l'arrêt *Perreux*, il s'agissait seulement de manifester « la considération que [le Conseil d'État porte] à son statut législatif particulier, non d'une intention de l'inciter à soulever des moyens et moins encore de [se] disposer à y répondre, lors même que les parties qui en ont communication ne les auraient pas repris à leur compte »²⁷⁶. Elle ajoute que le Conseil pourrait y « renoncer [si cette pratique] prêtait à confusion »²⁷⁷. Estimant que le Conseil d'État n'a pas à « donner acte » à la Haute autorité de ses observations, elle propose ainsi de neutraliser les effets de la jurisprudence *Perreux* afin d'être en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation. En l'espèce, les deux moyens soulevés par la Haute autorité, distincts de ceux des requérants, ont donc été déclarés irrecevables. Par cette solution, le Conseil d'État privilégie la cohérence des statuts entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif²⁷⁸. Dès lors, le Conseil censure pour erreur de droit l'arrêt de la Cour administrative d'appel qui avait admis « l'intervention » de la HALDE. Elle ne présente pas des conclusions ou des moyens et les juridictions n'ont pas à répondre à ses observations. Le Conseil d'État a traité avec une quasi égale indifférence les moyens présentés par la HALDE et repris par le Défenseur des droits²⁷⁹. À ce propos, Gaëlle DUMORTIER conclut en considérant que « cette prise de parole est comme [celle du Rapporteur public] devant vous : le juge l'écoute et n'y répond pas »²⁸⁰.

790. En définitive, lorsqu'une AAI, même de droit, présente des observations devant une juridiction, elle n'est ni partie ni intervenante à l'instance. N'étant pas partie à l'instance, elle

²⁷⁵ M. GUYOMAR, conclusions sur CE, Ass., 30 oct. 2009, *Mme Perreux*, *RFDA*, 2009, p. 1125 et s.

²⁷⁶ G. DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », conclusions sur CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL*, *RFDA*, 2012, p. 548.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ La haute juridiction étend par la suite au contentieux de l'excès de pouvoir une solution du contentieux de pleine juridiction adopté le 22 février 2012 dans sa décision *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte-d'Azur*. Il considère ainsi « qu'en donnant à la [HALDE] le droit de présenter des observations par elle-même ou par un représentant, ainsi que d'être entendue par les juridictions administratives, les dispositions [de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004] ne lui conféraient pas la qualité d'intervenante dans un litige de plein contentieux ; que, dès lors, en admettant son intervention, la cour [...], qui devait se limiter à prendre en compte ses observations, et à l'entendre à l'audience, a commis une erreur de droit » (CE, 22 févr. 2012, n° 343410 *Chambre régionale d'agriculture, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, M^{me} Arnaud-Eraud*, T. Lebon p. 827 ; *AJDA* 2012, p. 410).

²⁷⁹ P. DEUMIER, « Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ? », *RTD Civ.* 2012, p. 487.

²⁸⁰ G. DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », art. cit., p. 549.

ne peut donc ni formuler des demandes ni exercer des voies de recours. Le statut procédural se rapproche par conséquent de celui d'un *amicus curiae*, même si dans cette hypothèse, l'« ami » peut être quelque peu encombrant. Dans le cas contraire, ce statut d'intervenant *sui generis* donnerait un droit disproportionné au Défenseur des droits. Ce refus de reconnaissance à l'autorité du statut d'intervenant *sui generis* n'est donc pas étonnant et est en accord avec sa magistrature d'influence. En effet, le procès doit rester l'affaire des parties, tout en permettant à ces dernières, le cas échéant, de se saisir des moyens versés par la première au contradictoire. Par ailleurs, en ce qui concerne le pouvoir d'influence, si l'autorité se montre trop insistante et impose, sans ménagement ses observations, on peut augurer que le juge se montrera moins ouvert, plus méfiant, quant à l'interprétation proposée.

B. Le contradictoire comme condition suffisante du respect de l'équilibre du procès

791. Non invité par le juge, le Défenseur des droits peut intervenir volontairement, de manière accessoire, au cours d'un procès civil ou pénal. S'il a exercé ses pouvoirs d'investigation et de recommandation, cette intervention peut donner l'impression qu'il vole au secours de la partie demanderesse ou de la partie plaignante, lui permettant ainsi de disposer des moyens de preuve que la partie en question est incapable en pratique de présenter. Cette intervention peut également consister à fournir des indices graves ou concordants laissant présumer que l'infraction de discrimination a été commise. Cette intervention tend à déséquilibrer « objectivement » le procès²⁸¹. Ce cumul des pouvoirs (investigation, observation de droit) est donc susceptible de rompre l'équilibre du procès. Et surtout, il est contraire aux principes conventionnels de l'égalité des armes du procès équitable et de la présomption d'innocence, en violation de l'article 6§1 de la Conv. EDH. « Ami de la Cour », « expert de prestige » ou intervenant « de droit », les AAI doivent néanmoins veiller à respecter les conditions relatives au bon déroulement du procès – son équilibre, à savoir veiller à ne pas appuyer une des parties à l'instance afin qu'elle n'acquière pas un « poids démesuré » dans le procès²⁸². À cette fin, en tant qu'« ami », l'autorité doit faire « valoir des intérêts en cause qui ne sont pas, au sens juridique du terme, des intérêts dans la cause, c'est-à-dire portés par les parties au litige »²⁸³. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une intervention au sens propre du

²⁸¹ V. NIORE, « Le droit de la halde a être entendue par les juridictions civiles, pénales ou administratives est-il contraire aux dispositions de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme ? » (*nioire-avocats.fr/documents/Le_droit_de_la_HALDE.pdf*, p. 12, consulté le 18 mars 2015).

²⁸² A. BRETONNEAU et X. DOMINO, « Les aléas de l'effet direct », *AJDA*, mai 2012, n° 17, p. 942 ; G. DUMORTIER, « L'effet direct des conventions internationales », art. cit. p. 549.

²⁸³ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », art. cit., p. 89.

terme et les observations devraient dès lors être déclarées irrecevables. Pour autant, en exerçant une influence sur le juge dans l'exercice de son pouvoir normatif, l'instance pèse inévitablement sur l'économie générale du procès. Dans son principe, l'intervention « amicale » des AAI ne doit pas donner aux parties au procès le sentiment d'un arbitraire, elle doit donc prendre en compte les attentes des parties « en termes d'apparence d'équité du procès »²⁸⁴.

792. En ce sens, Vincent NIORE soulève de façon pertinente que l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation n'épuise pas les cas d'intervention des autorités devant les juridictions en matière judiciaire. Et ce, malgré la circulaire du 3 octobre 2005 portant sur les relations entre la HALDE et l'autorité judiciaire²⁸⁵ qui pose explicitement que les observations délivrées par la Haute autorité devant le juge « n'ont la valeur probante que de simples renseignements ». En effet, dans la mesure où la HALDE procède à l'audition de la personne « plaignante » qui la saisit, comme à l'instruction de son dossier, elle se situe de sa propre initiative dans la position du témoin²⁸⁶. Leur statut et leur pouvoir en font des témoins qui influent nécessairement sur l'issue du litige. Une bonne pratique voudrait que l'instance refuse, à l'instar du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), leur intervention « amicale » ou au contraire qu'elle acquière le statut de témoin²⁸⁷ tenu de prêter serment.

793. La Cour de cassation, dans son arrêt du 2 juin 2010, avait déjà jugé que les dispositions de la loi du 30 décembre 2004 qui prévoient que la HALDE a la faculté de présenter des observations devant les juridictions ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes²⁸⁸. En l'espèce, la HALDE avait instruit le dossier et apprécié l'existence d'une discrimination dans sa délibération du 2 juillet 2007. Elle avait fourni assistance au salarié en l'aidant à constituer son dossier et enfin, avait formulé une demande « d'intervention volontaire » devant le juge judiciaire. La HALDE aurait été à la fois juge (en se faisant communiquer des pièces par voie d'enquête qui attestent sans équivoque des

²⁸⁴ C. BUGNON, « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, p. 1608.

²⁸⁵ Circulaires de la Direction des Affaires criminelles et des Grâces, Relations entre la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et l'autorité judiciaire, 3 octobre 2005, CRIM 2005-22 CAB/03-10-2005, Bulletin officiel du ministère de la justice, n° 100 (1er octobre au 31 décembre 2005).

²⁸⁶ V. NIORE, « La HALDE: ni partie ni témoin », *Gazette du Palais*, 29 septembre 2007, n° 272, p. 2.

²⁸⁷ Dans une hypothèse similaire, Jean-Marie DELARUE refusa, en tant que Contrôleur des prisons de 2007 à 2014, d'intervenir comme témoin lors d'un procès devant la 3^{ème} chambre de la Cour d'assise de Paris, considérant que « le secret, source de protection et de bonne information, est aussi un des prix de l'indépendance du contrôle général. Il appartient à ce dernier de dénoncer (au besoin vigoureusement) toute atteinte ou risque d'atteinte aux droits fondamentaux. Son rôle n'est pas d'instruire des procès et même d'y participer ». (J.-M. DELARUE, communiqué du 19 juin 2013, « Intervention devant la 3ème section de la Cour d'assises de Paris », p. 3 (cglpl.fr/2013/intervention-de-jean-marie-delarue-devant-la-3eme-section-de-la-cour-d-assises-de-paris/, consulté le 4 avril 2013)).

²⁸⁸ C. BIGET, « Statut de la HALDE dans l'instance », *AJDA*, 2012, p. 410.

pressions exercées par la société sur le syndicat), et partie (en intervenant « aux côtés » du salarié dans la procédure). Les différentes branches du deuxième moyen énumèrent et critiquent les conditions dans lesquelles les pièces détenues par la HALDE ont été communiquées et le troisième moyen reproche à la cour d'appel de s'être contentée de suivre la démonstration de la HALDE « sans rechercher si les griefs invoqués dans la lettre de licenciement à l'encontre des salariés ne justifiaient pas objectivement la décision litigieuse ». Toute la démonstration du pourvoi consiste donc à affirmer que la solution a été « dictée » par la HALDE, sur des pièces qui n'ont pas été débattues, et à mettre en balance les pouvoirs de la HALDE et les droits de la défense. À ces moyens, la Cour de cassation oppose des motifs, tirés de la procédure spéciale en matière prud'homale, de la preuve et des règles générales de procédure civile. Elle considère ainsi que la HALDE ne porte pas atteinte à l'égalité des armes. Sur la question de la contradiction, la Chambre sociale se borne à faire application de la « présomption de contradiction » qui s'attache aux pièces communiquées dans les procédures orales, « sauf preuve contraire, non rapportée en l'espèce ». Elle ajoute que si la HALDE a la faculté de présenter des observations portées à la connaissance des parties, « ces dernières sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations » et que « le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire »²⁸⁹.

794. Les Cours d'appel ont été plus loin sur cette question proposant une approche neutralisant les effets négatifs de l'intervention du Défenseur des droits au regard de l'article 6§1 de la ConvEDH²⁹⁰. Ainsi, la Cour d'appel de Nîmes, dans un arrêt du 25 avril 2007, écarte sur ce fondement, les observations de droit de la HALDE lorsque l'autorité n'intervient pas au regard de l'intérêt public qu'elle défend mais a pour unique finalité de soutenir les prétentions d'une partie au procès²⁹¹. Si la Cour ne rejette pas le principe d'un « *amicus curiae* », elle considère néanmoins que le cumul des pouvoirs aboutit à rompre l'équilibre des droits des parties au procès. Par ailleurs, dans arrêt du 9 février 2010, la Cour de Nîmes admet la recevabilité de la demande d'audition de droit qui lui est présentée au motif que la HALDE a réalisé une « expertise [qui peut] apporter un approfondissement certain et indiscutable aux débats quant aux circonstances de fait et quant à la portée exacte en la cause [d'une] jurisprudence ». En d'autres termes, la Cour de Nîmes accepte l'audition de la Haute autorité

²⁸⁹ Cass. Soc., 2 juin 2010, *Yusen air & Sea service*, n° 08-40.628, publié au bulletin 2010, V, n° 124.

²⁹⁰ S. SERENO, « L'audition de droit de la HALDE confrontée au principe de l'égalité des armes, dans la perspective du projet de loi relatif au Défenseur des droits », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2010, n° 3, p. 1303-1313.

²⁹¹ Dans son arrêt du 25 avril 2007 (n° 06/03377), la Cour d'appel de Nîmes écarte l'intervention de la HALDE précisément sur le fondement de l'article 6 de la Conv. EDH.

dans la mesure où cette dernière se prononce en tant qu'experte objective du droit des discriminations et fait part au juge de sa propre interprétation de la jurisprudence en cause dans le litige²⁹². Cette interprétation rejoint l'exigence de généralité que l'on trouve dans la décision du Conseil d'État du 6 mai 2015 selon laquelle le juge doit s'en tenir aux observations générales²⁹³. Dès lors, toute juridiction doit déclarer irrecevable les observations du Défenseur des droits si les analyses ou appréciations portent sur des pièces du dossier.

795. En conclusion, la seule exigence est celle du respect du contradictoire. La présomption du contradictoire a fait l'objet d'une affirmation par le Conseil d'État dans sa décision du 22 février 2012 à propos de l'ancienne HALDE en considérant « qu'en prenant en compte les observations de la [HALDE] et en accueillant son audition, la Cour [...] n'a pas méconnu les exigences du procès équitable découlant de l'article 6 de la [Conv. EDH], alors même que la [HALDE] avait précédemment adopté une délibération retenant, de la part de la chambre régionale [...], des pratiques de discrimination sexiste et de harcèlement moral, dès lors que les parties se trouvaient en mesure de répliquer par écrit et oralement aux observations de la [HALDE] et qu'il revenait aux juges d'apprécier la valeur probante de ces observations soumises au débat contradictoire »²⁹⁴.

²⁹² S. SERENO, « L'audition de droit de la HALDE confrontée au principe de l'égalité des armes », art. cit., p. 1310.

²⁹³ CE, 6 mai 2015, n° 375036, *précitée*.

²⁹⁴ CE, 22 févr. 2012, n° 343410, *Chambre régionale d'agriculture, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, M^{me} Arnaud-Eraud*, T. Lebon p. 827 ; *AJDA* 2012, p. 410.

Chapitre 2. Des institutions participant à la conciliation des droits

796. Parmi les autorités administratives indépendantes, plusieurs se sont vues attribuer des compétences de règlement des litiges, et ce principalement dans le secteur de la régulation des réseaux. Il en va ainsi de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)¹, de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE)² de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)³ ou encore de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)⁴. Ces compétences leur permettent de trancher un litige. À ce titre, elles interviennent comme un « tribunal civil tranchant la dispute entre les parties [...] et c'est logiquement que ce type de décisions peut être attaqué devant la Cour d'appel de Paris, juridiction judiciaire »⁵. Elles sont donc titulaires d'une fonction contentieuse contraignante dont la concurrence avec la fonction juridictionnelle suscite de nombreux questionnements⁶. À ces compétences de règlement des différends, il convient d'ajouter l'octroi d'un pouvoir de transaction au Défenseur des droits⁷, à l'Autorité des marchés financiers (AMF)⁸ ou encore à l'Autorité de la concurrence⁹. Fondées sur une résolution contraignante des litiges, ces compétences ne peuvent être, par principe, rattachées à l'exercice d'une magistrature d'influence qui se caractérise par son aspect non contraignant.

797. Face à un engorgement manifeste des prétoires et en raison d'une volonté de garantir l'accès à la justice et à l'effectivité des droits, des modes non coercitifs de résolution des litiges

¹ Articles L5-4, L5-5, L34-8-1 et L34-8-3 et L36-8 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE).

² Article 38 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

³ Article L2134-2 du Code des transports.

⁴ Article L331-32 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, Paris, PUF, 2011, p. 113.

⁶ Voy. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2013, vol. 127, 1293 p.

⁷ Article 28 de la loi organique n° 2011-333, 29 mars 2011, *précitée* ; auparavant, concernant la HALDE sise à l'article 11-1 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, *précitée*.

⁸ Sous l'appellation « composition administrative » dans le décret n° 2011-968, 16 août 2011 relatif aux pouvoirs de sanction de l'Autorité des marchés financiers et à la procédure de composition administrative, *JORF* n° 0190, 18 août 2011, p. 13998, texte n° 19.

⁹ Articles L464-2 et R464-5 du Code de commerce.

se sont développés en amont du processus juridictionnel. Ces mécanismes, que l'on range couramment parmi les modes de résolution amiable des différends, connaissent un essor sans précédent¹⁰. Ils consistent à inviter les parties à restaurer le dialogue et à aboutir à un accord, le cas échéant, sous le contrôle d'un tiers impartial et indépendant. La création de plusieurs autorités administratives indépendantes, de l'ex-Médiateur de la République au Médiateur de l'énergie, confirme l'idée selon laquelle le législateur privilégie la déjudiciarisation pour certains contentieux lorsque la voie juridictionnelle s'avère inadaptée. Cette dernière va de pair avec la justicialisation des relations¹¹.

798. Il convient d'étudier successivement les trois figures de la résolution amiable à l'aune de la magistrature d'influence des AAI : la médiation institutionnelle (Section 1) ; la conciliation institutionnelle (Section 2) ; et l'intercession institutionnelle (Section 3).

Section 1. L'illusion de la médiation

799. Si la médiation constitue l'expression emblématique des modes de résolution amiable des différends, en pratique certains organismes portant le nom de « médiateur » ou remplissant, aux termes de la loi, une mission de médiation ou de conciliation imposent la solution plus qu'ils ne conseillent les parties. Sans remettre en question l'intérêt de leur intervention, on peut regretter l'utilisation d'un terme qui se révèle dans ce cas inapproprié. Ce décalage entre les dénominations et les missions effectivement confiées a eu une influence incontestable sur la définition même de la médiation. Si certains auteurs ont proposé une définition fondée sur leurs observations de l'institution du Médiateur de la République¹², qui a « paradoxalement marqué la médiation »¹³, le qualificatif de « Médiateur » ne renseigne en rien sur la nature des missions que cette institution exerçait réellement. Par exemple, le Médiateur de la République pouvait effectivement opérer une médiation, il disposait de nombreux autres moyens pour aboutir à la résolution du différend. Paul LEGATTE, ancien Médiateur de la République, convient ainsi que « l'arrangement, la conciliation, l'accord amiable, la transaction » sont les méthodes « que le

¹⁰ L. CADIET, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier » dans *La médiation*, Paris, Dalloz et Société de législation comparée, 2009, p. 13.

¹¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 105.

¹² J.-F. BRISSON, *Les recours administratifs en droit public français*, Paris, LGDJ, 1996, p. 202 et p. 215.

¹³ P. YOLKA, « Chapitre III- Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », art. cit., p. 591.

recours à un médiateur permet[tait] d'espérer et parfois d'obtenir »¹⁴. Ainsi, une tentative de définition de la médiation nécessite de distinguer au préalable la figure du « Médiateur » de la méthode de résolution des différends que l'on nomme médiation.

800. Une simple observation des pouvoirs et missions des mécanismes dénommés « Médiateurs » suffit à conclure que la plupart de ces instances, créées par les pouvoirs publics, n'ont de médiateurs que le nom¹⁵. À cet égard, le Médiateur du cinéma, qui dispose d'un pouvoir d'injonction, est sans aucun doute « l'illustration la plus aberrante du titre de médiateur »¹⁶. Ses pouvoirs et son intervention dans le secteur du cinéma le rapprochent plus de la procédure d'arbitrage que d'une médiation. En effet, en cas d'échec de la médiation, le Médiateur du cinéma dispose de la possibilité d'émettre une d'injonction dans un délai maximum de deux mois à compter de la saisine¹⁷. Ce mélange des genres trouve une qualification plus fidèle dans le néologisme de « med-arbitrage ». D'origine anglo-américaine, cette procédure – parfois appelée « Med-Arb » – correspond à la possibilité faite à « un tiers d'intercéder, dans un premier temps, comme médiateur puis d'arbitrer le conflit en cas d'impasse entre adversaires »¹⁸. La perspective d'un arbitrage laissé à l'appréciation du Médiateur du cinéma relativise fortement le caractère amiable de la résolution des différends ainsi que sa neutralité vis-à-vis de la solution. Ainsi, s'il n'approuve pas particulièrement la solution des parties, rien ne l'empêche d'œuvrer pour faire échouer la médiation afin d'imposer sa solution. Cette procédure s'apparente plus à un pré-jugement de l'affaire qu'à une manière d'aboutir à un véritable accord amiable. C'est pour ces raisons que le « Med-arbitrage » est classé par la Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation parmi les « illusions intellectuelles »¹⁹.

801. Certains auteurs ont considéré que la mission du Médiateur de la République n'était pas non plus celle d'un médiateur ni même – de façon plus discutable – celle d'une instance de règlement amiable des différends. Dans ce sens, Bruno OPPETIT considère que les « moyens de

¹⁴ Médiateur de la République, *Rapport au Président de la République et au Parlement 1990*, Paris, Direction des journaux officiels, 1991 cité dans Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p.213.

¹⁵ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 7^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 35 et s.

¹⁶ *Ibid.*, p. 36.

¹⁷ Article L213-4 du Code du cinéma et de l'image animée.

¹⁸ J. FISCHER-LOKOU, « Le paradoxe de l'influence dans la pratique de la médiation : peut-on être un médiateur efficace sans influence ? » dans J. FISCHER-LOKOU et P. LARRIEU (dir.), *La médiation efficace : évolutions juridiques contemporaines et techniques d'influence inédites*, Paris, Harmattan, 2013, p. 146.

¹⁹ Cette information est disponible sur le site Internet *WikiMediation* consacré à l'information sur les différents modes de médiation (fr.wikimediation.org/index.php?title=Illusion_intellectuelle, consulté le 23 juin 2016).

pression » accordés au Médiateur, allant des moyens d'investigation aux pouvoirs de diffusion, conduisent à requalifier sa mission de médiation en arbitrage, car « il serait plus exact de voir [...] dans le médiateur une autorité investie d'un rôle quasi décisive exercé dans le cadre d'une mission de caractère éventuellement directif »²⁰. Certes, dans le cadre d'une magistrature d'influence, les moyens mobilisés et l'importance de l'influence exercée rendent parfois difficile la distinction entre ce qui relève de la stricte influence (de l'amiable encore) et ce qui s'apparente déjà à une contrainte²¹. Néanmoins, le Défenseur des droits, dans sa mission de traitement des réclamations à l'encontre de l'administration, ne dispose d'aucune compétence spécifique lui permettant de trancher le litige.

802. Il convient de revenir sur la définition de la médiation, du moins des hésitations autour de l'idée de ce qu'est une médiation (§1), pour comprendre que la pratique de la médiation est par définition opposée à l'exercice d'une magistrature d'influence (§2).

§1 Les spécificités du processus de médiation

803. Pour saisir les spécificités du processus de médiation, il convient de le distinguer de la conciliation. À ce stade, la difficulté réside dans l'ambivalence du terme conciliation. Pris dans un sens large, ce terme désigne le résultat du processus de résolution des différends²². Il s'apparente dès lors à une notion générique²³ recouvrant un ensemble de techniques de résolution des différends dont la médiation n'est qu'une figure spécifique. Pris dans un sens restrictif, en tant que méthode de résolution des différends²⁴, la conciliation se distingue du processus spécifique de médiation.

804. La différence entre ces deux techniques a fait l'objet d'une précision à l'occasion de la transposition de la directive européenne du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale²⁵. Aux termes de l'article 3 a), le terme médiation s'entend d'« un

²⁰ B. OPPETIT, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Revue de l'arbitrage*, décembre 1984, n° 3, p. 311. Pour une réflexion équivalente : F. MUNOZ, « Pour une logique de la conciliation », art. cit., p. 43.

²¹ P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends » dans A.-M. TOURNEPICHE et J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *La médiation : aspects transversaux*, Paris, LexisNexis Litec, 2010, p. 27.

²² *Ibid.*, p. 31 ; F. MUNOZ, « Pour une logique de la conciliation », art. cit., p. 43.

²³ P. LARRIEU, « La valeur ajoutée de la médiation sur les autres modes alternatifs de résolution des conflits » dans J. FISCHER-LOKOU et P. LARRIEU (dir.), *La médiation efficace : évolutions juridiques contemporaines et techniques d'influence inédites*, Paris, Harmattan, 2013, p. 26 ; P. YOLKA, « Chapitre III- Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », art. cit., p. 590.

²⁴ P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », art. cit., p. 31 ; F. MUNOZ, « Pour une logique de la conciliation », art. cit., p. 43.

²⁵ Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE*, n° L.136, 24 mai 2008, p. 3-8.

processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre ». Si l'on peut regretter que la directive n'attache pas d'importance aux dénominations de la technique²⁶, le processus de médiation, ainsi que les déclinaisons qui se sont imposées dans le cadre de sa transposition²⁷, se différencie désormais de la conciliation sur un point précis : alors que la conciliation peut s'opérer également sans l'intervention d'un tiers, la médiation suppose nécessairement l'intervention d'un médiateur distinct du juge saisi du litige. En effet, la conciliation est définie comme une procédure qui consiste à rapprocher les points de vue permettant aux parties de parvenir à une solution amiable de leur différend avec ou sans l'aide d'un tiers, dans ou en dehors du cadre de toute instance judiciaire²⁸. La différence entre les deux techniques réside donc dans le rôle rempli par le tiers²⁹, selon qu'il soit « actif » ou au contraire qu'il se contente d'accompagner les parties dans la recherche d'un compromis. Au-delà de cette différence, sous bien des aspects, ces deux notions semblent « inextricablement liées »³⁰.

805. En d'autres termes, lorsqu'un tiers impartial intervient, la distinction entre la conciliation et la médiation n'apparaît plus évidente. Contrairement aux autres modes de résolution des différends où le tiers bénéficie d'un pouvoir de décision, la différence ici est de l'« épaisseur d'un fil de soie »³¹. Sur ce point, l'observation du droit positif n'est d'aucune utilité³². Ces deux notions apparaissent le plus souvent employées de façon indifférenciée. Par exemple, jusqu'à l'ordonnance du 20 août 2015³³, on pouvait lire à l'article L621-19 du Code monétaire et financier que l'Autorité des marchés financiers (AMF) était habilitée à proposer

²⁶ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation : des textes à la pratique - Propos conclusifs. La médiation entre développement réel et désir du mot », *Gazette du Palais*, 24 décembre 2013, n° 358, p. 4082.

²⁷ Cette définition de la médiation a été reprise en droit français dans l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 prise en application de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, portant transposition de la directive (n°2008/52/CE) du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale applicable seulement aux litiges transfrontaliers. Cette ordonnance régit les médiations intervenant en cas de litiges en matière civile et commerciale. Les dispositions de ce texte peuvent également s'appliquer à certains litiges de droit administratif. En revanche, cela ne concerne pas la médiation pénale qui est une médiation particulière.

²⁸ J. JOLY-HURARD, « Conciliation et médiation judiciaires », Préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003, p. 26-27.

²⁹ P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », art. cit., p. 29.

³⁰ *Ibid.*, p. 21.

³¹ P. YOLKA, « Chapitre III- Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », art. cit., p. 590.

³² *Ibid.*

³³ Article 2 de l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JORF*, n° 0192, 21 août 2015, p. 14721, texte n° 43.

« en tant que de besoin, la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de conciliation ou de médiation ». S'il est fait mention des deux techniques de façon alternative, le législateur ne précise pas pour autant les modalités propres à chacune. Depuis l'ordonnance du 20 août 2015, l'article ne fait plus référence qu'à la seule mission de médiation. Pour autant, cette suppression de la référence à la conciliation ne s'accompagne pas de précisions quant à la méthode identifiable par le terme « médiation ». La section du rapport et des études du Conseil d'État avait d'ailleurs refusé dans un premier temps de distinguer ces deux méthodes en optant pour une formule peu heureuse pour qualifier l'ensemble des processus amiables de résolution des différends : la « médiation-conciliation »³⁴.

806. La théorisation de la médiation et de la conciliation a longtemps souffert d'une contradiction persistante chez les auteurs. À l'exception des cas dans lesquels certains rejettent tout simplement le besoin de distinguer les notions, deux visions émergent : pour les uns, le médiateur exprime la solution qui paraît devoir être retenue sous le forme d'une proposition ; contrairement au conciliateur qui accompagne les parties sans se prononcer sur la solution qu'il convient d'apporter au litige³⁵ ; pour les autres, c'est le médiateur que se borne à aider les parties à se rapprocher sans recommander de solution, et ce qu'il y ait, à l'issue de la procédure, un accord ou la persistance d'un désaccord³⁶. Prenant acte de la définition posée par la directive 2008/52/CE et de la confusion des termes en droit interne, la section du rapport et des études a saisi l'occasion de sa transposition pour proposer une définition de la médiation jugée plus rigoureuse³⁷. Le Conseil d'État considère désormais que la médiation doit se distinguer de la conciliation, car elle émane de la volonté des seules parties d'y recourir et elle implique que les parties désignent d'un commun accord un tiers médiateur³⁸. Dans ce cas, le médiateur, non rémunéré, n'a aucun pouvoir et il ne lui appartient pas de trouver des solutions au différend³⁹.

³⁴ Conseil d'État, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation française, 1993, p. 29.

³⁵ P. DELVOLVÉ, « Rapport général » dans *Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées*, Conférence multilatérale de Lisbonne 31 mai-2 juin 1999, Éd. du Conseil de l'Europe, 2000, p. 13 cité par S. BOUSSARD, « Conciliation, transaction et arbitrage », *JC Administratif*, Fasc. 1005, 15 octobre 2008, paragr. 30.

³⁶ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, *op. cit.* ; N. DION, « L'esprit de la médiation », *Gazette du Palais*, 24 décembre 2013, n° 358, p. 4041-4045 ; B. OPPETIT, « L'éthique » dans *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 35 ; P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », *art. cit.*, p. 31-32.

³⁷ Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2010, p. 45.

³⁸ La conciliation peut être proposée voire imposée (obligatoire pour la CADA par exemple), Cf. P3. T1. Ch.2. Sect.2. §1.

³⁹ Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 45.

Cette définition conforte la distinction entre un médiateur moins actif vis-à-vis de la solution et un conciliateur plus actif, plus prompt à en proposer une⁴⁰.

807. Afin de saisir la différence entre ces deux méthodes de résolution des différends, il est donc nécessaire d'aller au-delà des éléments de convergence et de divergence liés au droit positif et à son interprétation pour s'intéresser à l'issue du processus. Ainsi, la médiation renvoie à une réalité spécifique et à un concept d'ordre philosophique. Il s'agit d'un « mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers, neutre, indépendant, sans autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les médiés »⁴¹. Un médiateur se caractérise donc par deux qualités cumulatives : la première est que le médiateur doit être un « tiers incontestablement tiers »⁴² à l'affaire. À cet égard, les parties doivent pouvoir choisir librement leur médiateur. Or, à propos du Médiateur de la République, désormais le Défenseur des droits, le statut d'indépendance posait déjà question. Selon le degré d'exigence, le statut de l'organe « ne suffit pas à en faire un tiers par rapport à [l'État] »⁴³. Michèle GUILLAUME-HOFNUNG considère ainsi, de façon stricte, que la qualification d'autorité administrative l'empêche d'être un tiers entre l'administration et l'administré⁴⁴. La seconde qualité, déterminante pour notre sujet, repose sur « l'absence de pouvoir du médiateur et sur la liberté des médiés »⁴⁵. La référence à un pouvoir ne renvoie pas uniquement à celui de trancher le litige, mais à tout pouvoir susceptible de produire un effet directif sur le processus de rapprochement des parties. Le médiateur doit accompagner les parties et non, au contraire, les diriger ou donner l'impression d'avoir une préférence pour une solution plutôt qu'une autre. À cet égard, la distinction fondée sur le caractère passif ou actif du tiers ne permet pas de véritablement distinguer entre la médiation et la conciliation, du moins à saisir la médiation dans ses caractéristiques propres. En effet, comme le rappelle Pascale IDOUX, tout dépend de ce que l'on met sous ces termes⁴⁶ : « si être actif consiste à inventer soi-même la solution d'un différend puis à tenter de convaincre les parties de s'accorder sur cette solution, alors le conciliateur est plus actif que le médiateur. Si être actif consiste à engager et animer un

⁴⁰ Il faut convenir que la conciliation, comme technique, n'exclut pas en revanche un aspect directif tant que celui-ci demeure non contraignant, c'est-à-dire que le « tiers-acteurs » ne tranche pas le différend (n'impose pas la solution).

⁴¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 1996, PUF, coll. « Que sais-je ? », p. 74.

⁴² Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », art. cit., p. 31.

processus d'ordre maïeutique conduisant les parties (ou les médiateurs) à évoluer elles-mêmes vers un dépassement de leur opposition, alors la conciliation est beaucoup plus passive que la médiation, laquelle se révèle plus ambitieuse »⁴⁷. De façon plus déterminante, le médiateur manifeste une certaine indifférence quant à la solution qu'il convient d'apporter au différend. Il est, de ce point de vue, neutre. Le tiers ne doit pas chercher à influencer l'issue de la médiation ou, pour le dire autrement, les parties ne doivent pas agir « sous influence ». La médiation a surtout pour objectif d'établir soit de la communication, soit la construction ou reconstruction d'un rapport social. Le rôle du médiateur est de favoriser la création de solutions par les parties elles-mêmes. Il apparaît alors « comme un “accoucheur “ »⁴⁸. Dès lors, dans ce schéma, la persistance du conflit ne signifie pas nécessairement l'échec du processus puisque le processus est pensé au-delà de l'issue du différend⁴⁹.

808. En définitive, le critère qui fonde la distinction entre la conciliation et la médiation réside dans la neutralité du tiers vis-à-vis de la solution à apporter au différend. La qualification d'un procédé comme conciliation ou comme médiation dépend donc de la réalité de la neutralité vis-à-vis de la solution à apporter au litige. Cette définition de la médiation explique que les autorités administratives, de façon générale, ne peuvent réellement exercer une telle mission. En effet, comme nous allons le voir, elles ont toujours un intérêt à la solution.

§2 L'incompatibilité de la magistrature d'influence avec la médiation

809. Si l'on s'en tient aux définitions de la médiation et de la magistrature d'influence telles que proposées, on doit admettre que ces deux notions sont *a priori* incompatibles. Dans le processus de médiation, le « tiers-acteurs » ne dispose d'aucun pouvoir, ce qui exclut aussi les manifestations du pouvoir d'influence. L'expression « pouvoir de médiation » que l'on peut lire ici⁵⁰ ou là⁵¹ s'avère dès lors ambiguë. Lorsque le législateur évoque les « pouvoirs » de médiation, il fait référence aux ressources propres à l'exercice d'une magistrature d'influence (information, recommandation) mise au service de la résolution des différends. Pour saisir l'intérêt de la distinction entre la conciliation et la médiation, et éviter tout risque de confusion,

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ N. DION, « L'esprit de la médiation », art. cit., p. 4044.

⁴⁹ P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends », art. cit., p. 32.

⁵⁰ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 58 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude bilan sur les AAI », *op. cit.*, § 8.1.2.

⁵¹ Rapport n° 430 (1998-1999) de J.-F. LEGRAND, au nom de la Commission des Affaires économiques, relatif au projet de loi sur l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, Sénat, 16 juin 1999 [en ligne].

il est nécessaire de faire la différence entre le pouvoir d'influence ,des autorités portant sur la solution du différend (pouvoir de recommandation) et les éventuels conseils prodigués dans le cadre du processus de médiation. En l'occurrence, ce ne sont pas les suggestions émises lors du processus de résolution du différend qui fondent la différence entre la conciliation et la médiation, mais bien l'exercice ou non d'un pouvoir d'influence. Dans ce sens, la médiation n'est pas caractérisée lorsque l'autorité, impartiale vis-à-vis des parties, ne l'est pas vis-à-vis de la solution à apporter au différend. Au contraire, elle l'est lorsque le processus de résolution des différends permet d'aider les parties à dialoguer ainsi qu'à trouver, et donc à créer, une solution. C'est pour cette raison que le médiateur n'en propose pas. Cela ne signifie pas qu'il ne fait aucune suggestion aux parties dans le cadre du processus de médiation, mais seulement qu'il s'en tient à conseiller sur l'état du droit et sur les intérêts des parties, et non sur la solution qu'il conviendrait d'adopter. Il se limite à apporter des pistes de réflexion, à ouvrir un « espace d'exploration »⁵².

810. Cette conception de la médiation n'évacue pas totalement le questionnement relatif à l'influence des tiers-acteurs. Au contraire, elle soulève des interrogations quant à la nature de l'influence exercée – entre simple influence et pouvoir d'influence. L'intervention du médiateur produit nécessairement un effet sur les parties et les amène parfois à reconsidérer leur point de vue. L'exercice d'une influence est dès lors considéré comme un paradoxe⁵³. Selon son intensité, il conviendra de constater que le médiateur a rempli ou, au contraire, a dépassé son rôle « d'aide » ou de « facilitateur »⁵⁴. À ce stade, la question qui se pose est celle de savoir si l'influence a profité à l'une des parties. Néanmoins, cette configuration ne se confond pas avec l'hypothèse où le médiateur manifeste la volonté explicite de suggérer une conception du différend au regard de valeurs générales et spécifiques qu'il a en charge de promouvoir au titre de sa mission publique. Dans ce cas, le pouvoir exercé est alors en contradiction évidente avec le processus de médiation enclenché. Il n'est plus question ici de rapprocher le point de vue des parties, mais, le plus souvent, de traiter de plaintes à l'instar de n'importe quelle commission publique de traitement des réclamations.

811. En ce qui concerne l'intervention des AAI dans le processus amiable de résolution des différends, l'exercice d'une magistrature d'influence s'apprécie le plus souvent par l'émission d'un avis ou d'une recommandation à l'issue du processus de résolution du différend. Par

⁵² N. DION, « L'esprit de la médiation », art. cit., p. 4044.

⁵³ J. FISCHER-LOKOU, « Le paradoxe de l'influence dans la pratique de la médiation : peut-on être un médiateur efficace sans influence ? », art. cit.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 147.

exemple, le Médiateur de l'Autorité des marchés financiers (AMF), conformément à l'article L621-19 du Code monétaire et financier, n'est pas saisi par les deux parties au litige dans une volonté de rapprochement, mais par un épargnant – personne physique ou morale – lorsque ce dernier estime que son établissement ou conseiller financier a commis une faute concernant un produit ou un service financier et que cette faute lui a causé un préjudice financier. Ce n'est qu'après instruction de l'affaire que le Médiateur de l'AMF formule des recommandations en droit et en équité à l'attention de l'établissement mis en cause quant à la solution à adopter, lorsqu'il en reconnaît le bien-fondé⁵⁵. L'Autorité ne s'inscrit plus dans un processus de médiation tel que nous l'avons défini, mais dans un dispositif de traitement des réclamations.

812. En plus de remettre de l'ordre dans les définitions au nom d'une pratique singularisée de la médiation, ces observations présentent l'avantage de mettre l'accent sur un aspect caractéristique de l'intervention des AAI dans la résolution des litiges. Dans son étude sur la médiation dans le cadre de l'Union européenne, le Conseil d'État considère que parmi les processus de médiation institués au sein des AAI, seul celui de la HALDE devait être regardé comme une médiation au sens de la directive 2008/52/CE précédemment évoquée⁵⁶. À l'article 7 de la loi du 30 septembre 2004 portant création de la Haute autorité – disposition reprise à l'article 26 de la loi relative au Défenseur des droits – il était prévu que l'instance puisse « procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation ». En vertu des dispositions du décret d'application, la médiation était engagée par la volonté commune des parties, lesquelles pouvaient décider d'y mettre fin à tout moment⁵⁷. Or, cette analyse, qui repose sur la seule lecture des textes relatifs à la médiation telle qu'effectuée par la HALDE, peut être contredite. Dans cette hypothèse, l'impartialité du médiateur nommé vis-à-vis du litige ou du conflit ne pose pas de difficulté. Il en va autrement de sa neutralité vis-à-vis de la solution. Or, de nombreux indices sont susceptibles de remettre en question tant son indépendance que sa neutralité (sa saisine, ses missions complémentaires, son autorité de tutelle, etc.)⁵⁸. Les qualités du médiateur ne peuvent s'apprécier qu'*in concreto*.

⁵⁵ Si la recommandation du médiateur, strictement confidentielle, est favorable à l'épargnant, celle-ci, une fois acceptée par les deux parties au litige, prend la forme soit d'une régularisation, soit d'une indemnisation totale ou partielle de la perte subie (AMF, *Rapport du médiateur de l'AMF 2015*, Paris, Autorité des marchés financiers, 2016, p.10).

⁵⁶ Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 47, § 3.2.3.3.

⁵⁷ Article 28 et 29 du décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *JORF*, n° 55 du 6 mars 2005, p. 3862, texte n° 2. Les dispositions du décret relatif à la médiation supervisée par la HALDE reprenaient pour partie celles de la médiation judiciaire sise aux articles L131-1 et s. du Code de procédure civile.

⁵⁸ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, *op. cit.*, p. 73.

Lors du colloque « Médiation et discrimination » qui s'est tenu le 27 mars 2008, le directeur des services juridiques de la HALDE a clairement affirmé que l'institution n'avait pas pour mission d'être neutre dans le processus de médiation établi par les textes. Contrairement aux médiations habituelles ou à la pratique de la médiation judiciaire⁵⁹, l'institution imposait plus qu'elle ne proposait le médiateur. Celui-ci devait donc incarner la HALDE. La différence avec les médiations habituelles où les parties choisissent ou participent aux choix du tiers était donc notable. Ensuite, et surtout, si les médiateurs de la Haute autorité étaient formés, avaient une éthique et étaient des tiers impartiaux, ils n'étaient cependant pas neutres vis-à-vis du principe de non-discrimination. Détenteurs du pouvoir de lecture de la règle, ils pouvaient refuser une solution au litige qui leur semblait bafouer ce principe⁶⁰. Or, comme nous l'avons rappelé, le médiateur n'est pas seulement un tiers impartial par rapport aux parties, il se doit aussi d'être indépendant à l'égard de toute autorité et tout système de valeurs. L'exemple des médiateurs institués par la HALDE montre, *in fine*, que les AAI, en tant qu'elles ont été créées dans le cadre d'une politique publique, défendent et promeuvent un intérêt public spécifique. C'est au regard de cet intérêt précisément que l'institutionnalisation de la médiation à travers les AAI apparaît illusoire.

813. Toutefois, il faut se garder de conclure de façon définitive qu'une médiation opérée par une AAI est impossible. D'abord, rien n'interdit aux parties de choisir un représentant d'une autorité administrative indépendante – au regard de son autorité morale – comme tiers impartial pour réaliser une médiation⁶¹. Ensuite, dans certaines situations, le traitement d'une réclamation peut aboutir à ce que l'autorité estime que la meilleure sortie du différend consiste uniquement en un rétablissement du dialogue. Par exemple, le Défenseur des droits, à l'instar du Médiateur qui avait mis en place un Pôle de santé qui effectuait des « médiations assistées », organise parfois des « actions de médiation directe »⁶² qui s'appellent encore des « médiations

⁵⁹ L'article 131-6 du nouveau Code de procédure civile prévoit que la décision rendue par le juge désigne le médiateur. Il le fait avec le concours des parties en nommant une personne morale ou physique qu'il leur a proposée et qui a été agréée par elles ou que celles-ci ont pris l'initiative de proposer. La participation des parties au choix du médiateur fait partie du libre accord de recourir à la médiation.

⁶⁰ Compte-rendu du colloque du 27 mars 2008 qui s'est tenu à l'auditorium de la Maison du Barreau de Paris, « Médiation et discriminations : l'exemple de la HALDE », établi par E. BLANC le 18 avril 2008, *La Revue. Squire Patton Boggs* [en ligne] (larevue.squirepattonboggs.com/Compte-rendu-du-Colloque-Mediation-et-Discriminations-L-exemple-de-la-HALDE_a602.html, consulté le 7 mars 2016).

⁶¹ Les délégués du Défenseur des droits se vivent comme de véritables médiateurs même si leur activité s'analyse le plus souvent comme une intercession au bénéfice du réclamant (contact avec l'administration, téléphone) (Cf. P3. T1. Ch.2. Sect.3) : A. REVILLARD et al., *La fabrique d'une légalité administrative, op. cit.*, p. 204).

⁶² *Médiateur actualités. Le journal du Médiateur de la République*, « Rapport annuel 2005 - Le Médiateur de la République entre "le juste et le pas juste" », avril 2006, n° 17, p. 6.

physiques »⁶³. Dans ce cadre, le Défenseur fait se rencontrer plusieurs fois des médecins et des patients pour que les uns et les autres apprennent à se comprendre⁶⁴. Ces interventions fondées sur le rétablissement du dialogue relèvent bien d'un processus de médiation. La médiation s'apparente ici à une pratique périphérique et informelle de l'institution qui n'entre pas dans le champ de sa magistrature d'influence telle que nous l'avons définie.

814. En définitive, le processus de médiation, à l'échelle des AAI, souffre nécessairement des conditions propres à l'exercice d'une magistrature d'influence, à savoir la volonté propre de l'instance et l'intérêt public qu'elle est en charge de promouvoir.

Section 2. Les avancées de la conciliation

815. La conciliation, parmi les modes amiables de règlement des différends (MARD), se présente comme une solution efficace à la judiciarisation toujours croissante des sociétés contemporaines et, de façon directement corrélée, à l'encombrement chronique des prétoires du juge⁶⁵. De façon générique, la conciliation ne constitue pas à proprement parler une méthode figée de résolution des différends ; c'est une notion qui recouvre l'ensemble des techniques qui consiste à rapprocher les points de vue permettant aux parties de parvenir à une solution amiable de leur différend avec ou sans l'aide d'un tiers, dans ou en dehors du cadre de toute instance judiciaire. Elle recouvre ainsi un spectre large allant de la médiation à l'intercession. De façon plus spécifique, la conciliation est dite « institutionnelle », au contraire de conventionnelle (processus engagé par les parties) ou judiciaire (processus suggéré ou ordonné par une juridiction), dans les cas où la loi ou le règlement prévoit la possibilité ou l'obligation de saisir un organisme avant ou en parallèle du recours au juge⁶⁶. Le plus souvent, ces instances conciliatrices émettent un avis ou une proposition de solution que les parties sont libres de suivre ou de ne pas suivre. De nombreuses AAI se sont vu reconnaître explicitement une telle compétence. Tel est le cas du pouvoir de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI)⁶⁷ relatif à la mise en œuvre de l'exception en faveur des personnes atteintes d'un handicap ou encore de la conciliation menée par l'Autorité de

⁶³ Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 95.

⁶⁴ Défenseur des droits, règlement amiable 14-7806 dans *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p. 117.

⁶⁵ Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶ L. RICHER, « Arbitrage et conciliation », *Répertoire de contentieux administratif - Dalloz*, mars 2001, paragr. 26.

⁶⁷ Article L331-34 du Code de la propriété intellectuelle.

contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA) lors d'un différend lié aux nuisances autour d'un aérodrome⁶⁸.

816. La mise en place de telles instances participe d'un mouvement de déjudiciarisation assumé. En droit administratif, le choix d'une résolution extra-judiciaire des litiges peut en effet « prévenir une partie du contentieux, en dénouer plus rapidement une autre partie, autrement dit décharger – certes partiellement – le juge administratif des tâches de jugement, de plus en plus lourdes, qui lui incombent »⁶⁹. L'établissement de procédures de conciliation poursuit donc un objectif d'amélioration de la qualité de la justice. Toutefois, les avantages de la conciliation sont plus nombreux. Elle est en effet synonyme pour le requérant d'une argumentation plus simple et surtout de gratuité. Un accord issu d'une conciliation lui permet notamment d'éviter de s'engager dans un procès qui peut comporter, selon la nature du contentieux, deux à trois instances. Moins formelle, par définition⁷⁰, la structure des procédés de résolution extrajudiciaire des litiges permet une résolution des différends plus rapide⁷¹. Par ailleurs, la valeur persuasive des avis et des recommandations est présentée comme un atout⁷². Ainsi, lorsque le Défenseur des droits affirme participer à une « déjudiciarisation » d'une partie du contentieux relatif aux droits fondamentaux⁷³, ce n'est pas tant qu'il soulage le juge d'une partie d'un contentieux (§1), mais plutôt qu'il envisage la spécificité de sa mission comme « un appui extra-judiciaire »⁷⁴. La conciliation institutionnelle par les AAI s'apprécie ainsi comme une démarche alternative en plus d'une visée préventive au contentieux (§2).

⁶⁸ Article L6361-7, 8° du Code des transports.

⁶⁹ Conseil d'État, *Régler autrement les conflits*, *op. cit.*, p. 147.

⁷⁰ Cet aspect doit être néanmoins relativisé car, comme le montre Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, si le législateur a mis en place plusieurs médiateurs, « la consultation des sites de ces “médiateurs” fait apparaître un style quasiment juridictionnel dominé par les termes “procédure”, “délai”, “saisine” » (M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, *op. cit.*, p. 38).

⁷¹ La durée moyenne de traitement d'une réclamation est de 127 jours au niveau des délégués du Défenseur des droits (Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2015*, Paris, Défenseur des droits, 2016, p. 95).

⁷² F. TIBERGHIE et B. LASSERRE, « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1982, p.381.

⁷³ A. DEZALLAI, « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits? », *RFDA*, octobre 2011, n° 5, p. 925.

⁷⁴ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 123.

§1 La conciliation comme préalable à la saisine du juge : le désencombrement des prétoires

817. Le constat d'une justice « asphyxiée, débordée et paralysée »⁷⁵ affecte directement la qualité de la justice. Cela se traduit le plus souvent par une lenteur du processus judiciaire qui altère inévitablement le fonctionnement quotidien de la justice. Les délais de jugement ne permettent pas de traiter les affaires dans des « délais raisonnables » au sens qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁶. Or, lorsque le juge intervient trop tardivement, l'atteinte portée aux droits du justiciable peut s'avérer définitive et, par conséquent, son intervention inutile. Cette situation affaiblit durablement la garantie des droits. Pour autant, l'encombrement chronique des juridictions ne trouve pas une solution uniquement dans le renforcement substantiel des moyens affectés aux juridictions, mais aussi dans un tri plus efficace des requêtes qui n'appellent pas toutes un traitement juridictionnel. Parfois, le litige prend racine dans un manque d'information ou dans une incompréhension des parties. En ce sens, et à l'instar des modes de règlements amiables des différends, les AAI, dans leur rôle de conciliateur, concourent directement à réduire le nombre de litiges soumis aux juridictions⁷⁷.

818. Pour réduire cet encombrement, les instances de conciliation doivent, en toute logique, intervenir avant l'engagement d'une action devant le juge judiciaire ou administratif. Le caractère préventif de la conciliation appelle donc une saisine préalable à celle du juge et non, comme cela peut-être le cas parfois⁷⁸, à une intervention parallèle. Pour s'assurer que le réclamant se dirige vers les instances mises en place, le législateur prévoit des incitations dans ce sens. L'instauration de la conciliation comme un préalable obligatoire à la saisine du juge est de loin la plus efficace. Tel est le cas de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). La saisine du juge, en cas de refus de communication d'un document, doit nécessairement être précédée d'un recours préalable adressé à la CADA qui est chargée d'émettre un avis à destination de l'administration concernée dans un délai déterminé⁷⁹. Dès

⁷⁵ Rapport de la mission d'information n° 49 (1996-1997) de C. JOLIBOIS et P. FAUCHON, au nom de la Commission des lois chargée d'évaluer les moyens de la justice, « Quels moyens pour quelle justice ? », Sénat [en ligne].

⁷⁶ Voir : CEDH, 25 juin 2000, *Aff. Frydlender c. France*, n° 30979/96, §43.

⁷⁷ Étude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁸ Article 33 al. 3 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

⁷⁹ Le caractère obligatoire de la conciliation préalable de la CADA n'allait pas de soi au regard des termes de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 qui, dans sa première rédaction (*JORF*, 18 juillet 1978, p. 2851), ne le prévoyait pas explicitement. Le Conseil d'État a tranché la divergence d'interprétation des tribunaux administratifs en considérant que lorsqu'une demande de communication de documents administratifs au titre de la loi du 17 juillet 1978 a été rejetée, « ce refus ne peut être déféré directement au juge de l'excès de pouvoir » (CE, Sect., 19 février 1982, n° 24215, *Mme Commaret*, Rec. Lebon, p. 78, concl. P. DONDOUX ; *AJDA*, 1982, p. 395, chron. F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE ; *Revue administrative*, 1982, p. 277, note B. PACTEAU ; *D*, 1983, p.23, note

lors, le défaut de saisine de la CADA entache les conclusions du requérant d'une « irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance »⁸⁰.

819. Toutefois, l'obligation de saisine préalable de la CADA demeure une exception. Ceci s'explique car elle consiste à établir un mécanisme hybride entre la conciliation et le recours administratif préalable sans la souplesse du premier ni les avantages contentieux du second. Contrairement à l'autorité administrative dans le cas d'un recours administratif préalable, le conciliateur ne dispose pas du pouvoir de réformer la décision. De plus, le caractère obligatoire du mécanisme contraste singulièrement avec le caractère volontaire d'une démarche conciliatrice⁸¹. Il convient de rappeler à ce stade que la recherche du consensus propre à la conciliation réside précisément dans son caractère facultatif⁸². Dans l'hypothèse d'un recours administratif, si les parties en présence maintiennent leur désaccord, le juge n'en voit pas moins son travail facilité par cette procédure préalable, le plus souvent, par la clarification des termes du débat contentieux à venir⁸³. À la suite de ces constats, l'Assemblée générale du Conseil d'État avait manifesté des réticences quant à l'établissement d'une procédure de conciliation obligatoire sans pour autant exclure une évolution des mentalités en ce sens⁸⁴. En définitive, la communication des documents administratifs ne relève ni du régime des recours administratifs préalables obligatoires ni véritablement de celui de la conciliation. La qualification du mécanisme dépend dès lors de l'importance que l'on attache aux différents éléments de la procédure : une « conciliation obligatoire » en ce qu'elle ne peut pas réformer la décision de l'organisme administratif ayant refusé la communication du document demandé ; un « recours administratif préalable » au regard précisément de son caractère obligatoire ; ou encore un recours administratif « médiatisé » si l'on tient compte de la spécificité de l'organisme saisi⁸⁵.

J. LAVEISSIÈRE). Cette solution a depuis été reprise par la voie décrétole, consacrée par la loi du 12 avril 2000 (Article 7, 5° de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* n° 0088, 13 avril 2000, p. 5646) avant de figurer à l'article L342-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁸⁰ CE, 27 juill. 1984, n° 58137, *Gimbert* ; *Droit administratif* 1984, 8-9, comm. 353 ; cette solution vaut également dans l'hypothèse où l'administration a elle-même saisi la CADA d'une demande de conseil avant l'intervention de la décision de refus de communication (CE, 21 septembre 1990, n° 89251, *S.A.R.L. Villerupt Auto-école*, T. Lebon p. 782 ; *Droit administratif*, 1990, comm. 477).

⁸¹ J. LAVEISSIÈRE, note sous CE, Sect., 19 février 1982, art. cit., p. 26.

⁸² S. BOUSSARD, « Conciliation, transaction et arbitrage », Fasc. 1005, art. cit., p. 33.

⁸³ Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 42.

⁸⁴ CE, avis du 28 juin 1990 dans rapport du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits*, Paris, La documentation française, p. 39.

⁸⁵ P. DIBOUT, note sous CE, Sect., 19 février 1982, n° 24215, *Mme Commaret*, *Revue administrative*, 1979, note 108, p. 36.

820. Dans la majorité des cas, la conciliation n'est donc pas imposée. Toutefois, elle doit apparaître plus avantageuse que la saisine du juge. Autrement dit, le choix d'une procédure de conciliation ne doit pas constituer une entrave à l'accès au juge en cas d'échec, et ce même après des mois de procédure. Pour ce faire, le législateur prévoit que le choix de la conciliation suspend les délais de recours contentieux ; ce qui permet de garantir, le cas échéant, l'exercice d'un recours juridictionnel. Il en va ainsi du Médiateur de l'Autorité des marchés financiers⁸⁶ ou du Médiateur de l'énergie⁸⁷. Dans l'hypothèse où la médiation échouerait, les textes les visant indiquent explicitement que la prescription de l'action civile et administrative est suspendue durant tout le processus de conciliation. Plutôt que d'imposer une conciliation, ces dispositions participent à la rendre avantageuse aux yeux des parties, ce qui passe par une clarification de l'éventuel enchevêtrement des procédures⁸⁸.

821. L'efficacité de ces mécanismes de conciliation s'apprécie à l'aune du nombre de recours contentieux évités⁸⁹. Les conciliations opérées par les AAI doivent donc participer, de façon substantielle, à stabiliser le nombre d'affaires devant le juge judiciaire ou les juridictions administratives. Si cette contribution est difficilement quantifiable, le caractère obligatoire de la saisine permet, dans le cas de la CADA, d'en obtenir une mesure fiable⁹⁰. Alexandre LALLET et Jean-Philippe THEILLAY comptabilisent ainsi environ 430 affaires enregistrées au greffe des tribunaux administratifs de 2002 à 2007 dans un contexte contentieux « fortement inflationniste »⁹¹, alors que la CADA a délivré sur la même période pas moins de 27 668 avis favorables⁹². Cette évaluation perd cependant en fiabilité en ce qui concerne les autres

⁸⁶ Article L621-19, I al.4 du CMF.

⁸⁷ Article L122-1 du Code de l'énergie.

⁸⁸ S. BOUSSARD, « Conciliation, transaction et arbitrage », art. cit., paragraphe. 41.

⁸⁹ M. COURTIN, « Les recours précontentieux, une voie vers le désengorgement des tribunaux administratifs », *Gazette du Palais*, 1987, doctrine, p. 467.

⁹⁰ Le faible nombre d'affaires portées devant le juge administratif correspond peu ou prou au pourcentage des réponses des autorités administratives comportant un refus partiel ou total de suivre l'avis favorable ou partiellement favorable rapporté au nombre total de demandes d'avis mises à l'instruction. Ainsi, en 2013, le chiffre s'élevait à 2,26 %. Sous la réserve d'une analyse des causes du refus, cette mesure correspond à la part relative des demandes de communication suivies d'une contestation qui, en première analyse, auraient dû être satisfaites selon la CADA et qui, ne l'ayant pas été au terme de la procédure administrative non contentieuse peuvent raisonnablement relever du recours au juge (CADA, *Rapport d'activité 2013*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, 2014, p. 8).

⁹¹ Alexandre LALLET et Jean-Philippe THEILLAY, « La Commission d'accès aux documents administratifs à trente ans », *AJDA*, 2008, p. 1415.

⁹² Pour l'année 2002 : 4493 avis favorables (*Rapport d'activité de l'année 2002*, p. 8) ; pour l'année 2003 : 4462 avis favorables (*Rapport d'activité de l'année 2003*, p. 13) ; pour l'année 2004 : 4845 avis favorables (*Rapport d'activité de l'année 2004*, p. 3) ; pour l'année 2005 : 4433 avis favorables (*Rapport d'activité de l'année 2005*, p. 11) ; pour l'année 2006 : 4905 avis favorables (*Rapport d'activité de l'année 2006*, p. 13) ; pour l'année 2007 : 4530 avis favorables (*Rapport d'activité de l'année 2007*, p. 6). Les rapports d'activité sont tous consultables sur le site Internet de la CADA (cada.fr/rapports-d-activite,49.html).

mécanismes au regard du caractère non obligatoire de leur saisine. Toutefois, il est permis de considérer que le nombre de conciliations réussies présenté dans les rapports d'activité des AAI représente autant de cas où la saisine du juge a été évitée⁹³.

822. Si les procédures de conciliations préalables prévues par un texte sont importantes, il convient de souligner également l'importance des conciliations opérées de façon informelle par les AAI⁹⁴. L'avis ou la proposition de solution à un litige constitue l'aboutissement d'un processus de conciliation formalisé. Pour autant, entre la saisine et l'émission de l'avis, la conciliation peut prendre de nombreux aspects. Dès lors, il convient d'observer que la conciliation s'opère parfois en amont des processus établis par les textes⁹⁵. Par exemple, la CADA, avant de rendre un avis, met généralement en place une conciliation, et ce alors même que la loi n'en prévoit pas l'existence ni les termes. Il est fréquent qu'à la suite de la médiation engagée par les services de la Commission, et avant même que celle-ci ne statue, les administrations procèdent à la communication des documents demandés. Ce qui se traduit par un avis de désistement ou déclarant la demande « sans objet » du fait de cette communication. Cela correspond à environ 23 % des avis émis en 2013. De la même manière, le rôle des correspondants locaux des AAI – lorsqu'ils existent – est important dans une démarche informelle de conciliation. Ainsi, les correspondants de l'ancienne HALDE⁹⁶ ou encore les délégués du Médiateur de la République – repris par le Défenseur des droits – participaient directement à des médiations ou des conciliations sans pour autant émettre une proposition formalisée ou un avis, ce pouvoir étant réservé au titulaire de la fonction. Dans ce schéma, le recours à l'instance centrale constitue la dernière étape d'un processus de conciliation, notamment lorsque la mobilisation de techniques spécifiques d'influence s'avère nécessaire. Pour prendre la mesure de cette démarche informelle, il suffit de se référer aux chiffres publiés

⁹³ Par exemple, sur environ 3500 litiges recevables, le Médiateur de l'énergie annonce un suivi de ses recommandations à hauteur de 80% des litiges recevables contre seulement 10% non suivi (Médiateur de l'énergie, *Rapport d'activité 2015*, Paris, Médiateur de l'énergie, 2016, p. 121).

⁹⁴ La portée du retrait du pouvoir de conciliation de l'ARCEP par la suppression de l'article 36-9 du Code des postes et des télécommunications (faible utilisation) est minimisée car, comme le souligne le rapporteur de la loi, l'institution adoptait principalement une démarche informelle (Voir : Rapport d'information n° 1413 (2003-2004) de Alfred TRASSY-PAILLOGUES, au nom de la Commission des affaires économiques relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, 4 février 2004, Assemblée nationale, p. 61).

⁹⁵ Dans sa thèse, Vincent Arnaud CHAPPE a mis en relation le pourcentage de médiations proposées par voie de délibération par la HALDE rapportées au nombre total de délibérations annuelles entre 2005 et 2010 et en conclut que l'institution en fait une très faible utilisation. Toutefois, l'explication réside dans la faiblesse des moyens financiers de la Haute autorité qui ne lui permet pas de financer les médiateurs qu'elle a pourtant contribué à former (V.-A. CHAPPE, *L'égalité en procès. Sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse de doctorat en sociologie, École normale supérieure de Cachan, Paris, 2013, p. 234-235).

⁹⁶ HALDE, *Rapport annuel HALDE 2010*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 51.

dans les rapports d'activité du Défenseur. Pour l'année 2014, 77 % des dossiers traités (environ 55 157) l'étaient par les délégués contre 23 % au niveau du siège ou encore, pour l'année 2015, les délégués du Défenseur ont reçu environ 61 114 saisines et ont traité au total 57 673 dossiers⁹⁷.

§2 La conciliation comme alternative à la saisine du juge

823. La démarche conciliatrice se justifie lorsque l'on fait face à une affaire qui n'est pas « de celles qu'un juge peut régler, parce qu'il s'agit d'apprécier à son propos, non ce qui résulte de la règle de droit, mais ce que recommande l'opportunité, l'équité ou le bon sens »⁹⁸. La conciliation par les AAI constitue dès lors une alternative à la saisine du juge en laissant la possibilité au requérant de choisir entre deux solutions en fonction de ses intérêts propres et de ses attentes. La conciliation apparaît dans ce cas comme une voie parallèle ou concurrente – jugée plus efficace ou adaptée à la nature du différend – au recours juridictionnel plus que comme une voie préventive.

824. Les AAI, en tant qu'instances de conciliation, se présentent comme une alternative au juge tant dans sa fonction de juger que dans sa fonction de conciliation. D'abord, la conciliation institutionnelle permet l'invocation de valeurs dans le cadre de la résolution des litiges (A). Ensuite, elle s'inscrit dans un processus pédagogique plus large attaché à la mission d'expertise (information) et de sensibilisation des autorités (B).

A. L'invocation explicite des valeurs dans la résolution des différends

825. Dans le cadre de la résolution des différends, les AAI promeuvent des valeurs. Elles sont dans leur ensemble amenées à « penser en équité »⁹⁹, tant lors de la résolution des différends¹⁰⁰ que dans l'appréhension générale de la situation et des législations encadrant le différend¹⁰¹. Cette invocation par les AAI s'opère généralement sous la forme de « principes » entendus comme « le reflet de certaines valeurs dont toutes sont réputées ressortir de la raison pratique issue de la subjectivité des gouvernants ou de la communauté les ayant

⁹⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2015*, Paris, Défenseur des droits, 2016, p. 95.

⁹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 452.

⁹⁹ F. JAPPONT, « La dualité égalité – équité dans la pratique des autorités de régulation », *RIDE*, 1 septembre 2006, vol. 2, n° 2, p. 162.

¹⁰⁰ J. ADDA, « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 76.

¹⁰¹ Louis SCHWEITZER, *Les discriminations en France*, Paris, Robert Laffont, 2009, p. 144.

coutumièrement acceptées. Les principes interviennent pour formaliser ces valeurs »¹⁰². Il en va ainsi du « principe de dignité de la personne humaine » ou encore du « principe d'équité »¹⁰³ tel que théorisé notamment par Paul LEGATTE¹⁰⁴, médiateur de 1986 à 1992. Ainsi, la pratique fourmille d'exemples où, dans le cadre de leurs attributions, les autorités invoquent l'équité ou le principe de dignité de manière plus ou moins explicite, qu'il s'agisse d'une conciliation *stricto sensu* ou du traitement de réclamations¹⁰⁵.

826. Dans sa seconde étude sur les AAI, le Conseil d'État relativise l'originalité de l'institution d'une magistrature d'influence, au regard de l'invocation de valeurs telle que l'équité notamment, pour résoudre des litiges. Il oppose à celle-ci la longue tradition issue de la jurisprudence du Conseil d'État. Il est rappelé notamment, dans le prolongement des réflexions d'Édouard LAFERRIERE ou de Maurice HAURIOU, 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 »¹⁰⁶. Guy BRAIBANT a relevé par ailleurs, dans un article célèbre sur l'équité, les situations où le juge administratif se réfère à l'équité ainsi que les dispositifs utilisés par ce dernier – comme la mobilisation des principes généraux du droit ou encore l'émergence de méthode jurisprudentielle – dans ses jugements pour remédier aux effets néfastes dont la règle de droit serait porteuse¹⁰⁷. Cette analyse vaut également pour le juge judiciaire dont l'office, comme le montre Chaïm PERELMAN, implique

¹⁰² A. VIALA, « Valeurs et principes (distinction) » dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2008, p. 972.

¹⁰³ « Notion frontalière » (D. TERRÉ, « Droit, morale et sociologie », art. cit., p. 486) située à la jonction du droit et de la morale, l'équité est ce terme qui recouvre plusieurs sens et finalités selon la position et l'action du locuteur et qui « s'apparente à ces mots d'ordre, dont personne ne paraît ressentir le besoin ou la possibilité d'explicitier la teneur » (S. GILLET, *Le Médiateur de la République*, op. cit., p. 300). C'est une forme de justice qui prend en considération l'esprit de la loi plutôt que la lettre, pour en tempérer les effets ou la faire évoluer. La notion d'équité, selon l'acteur qui l'emploie, est à la fois source et correctif du droit. Voir sur ce sujet : M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, 2003, 298 p.

¹⁰⁴ P. LEGATTE et A. BARBÉ, *Le principe d'équité : défendre le citoyen face à l'administration*, Paris, France, Presses de la Renaissance, 1992, 201 p.

¹⁰⁵ F. JAPPONT, « La dualité égalité – équité dans la pratique des autorités de régulation », art. cit. ; J. ADDA, « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 76.

¹⁰⁶ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 289.

¹⁰⁷ G. BRAIBANT, « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité », *RFAP*, décembre 1992, n° 64, p. 687.

« mille subterfuges »¹⁰⁸ pour rendre la justice au-delà des textes de droit. Autrement dit, le juge, dans son application du droit, ne manifeste pas une cécité aux valeurs, bien au contraire¹⁰⁹.

827. Toutefois, il convient de rappeler que le juge n'en demeure pas moins astreint au respect du principe de légalité, de sorte qu'il ne peut rendre explicitement des jugements en équité et n'a d'autre choix que d'utiliser des voies détournées telles que les principes généraux du droit¹¹⁰. Il est tenu de rejeter tout moyen qui aurait pour unique fondement l'iniquité d'un acte ou d'une action administrative¹¹¹. Ainsi, il a déjà déclaré irrecevable le moyen selon lequel un règlement entraîne des conséquences inéquitables¹¹². La finalité de cet interdit se fonde précisément sur le respect de la sécurité juridique du justiciable. La mobilisation des sentiments, des intuitions, de sa volonté d'être bon et équitable est inévitablement changeante au gré de la diversité des caractères, des opinions, de l'état d'esprit des juges et des plaideurs. L'utilisation de l'équité par le juge frappe généralement la décision qui en résulte du soupçon d'une justice rendue de manière subjective¹¹³. Les AAI, dans le cadre de leur magistrature d'influence, n'ayant aucun pouvoir d'imposer leur opinion, ne portent aucunement atteinte au principe de sécurité juridique ou, plus largement, aux droits des justiciables.

828. L'exercice d'une magistrature d'influence permet donc une mobilisation des valeurs libérée des contraintes attachées à la fonction juridictionnelle. Ce qui autorise notamment à faire directement référence à l'absoluité de la valeur sans susciter de critique quant à la

¹⁰⁸ C. PERELMAN, « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1972, T. XVII, L'interprétation, p. 29.

¹⁰⁹ V. FORTIER, « Introduction générale » dans V. FORTIER (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, Paris, CNRS éditions, 2007, p. 13-23.

¹¹⁰ Ainsi, selon le président de la section du contentieux, Tony BOUFFANDEAU, les principes généraux du droit sont « des règles de droit non écrites, ayant valeur législative, et qui, par suite, s'imposent au pouvoir réglementaire et à l'autorité administrative, tant qu'elles n'ont pas été contredites par une disposition de loi positive ; [...] mais ces règles ne peuvent être regardées comme faisant partie d'un droit public coutumier, car, pour la plupart, la constatation de leur existence par le juge administratif est relativement récente. En réalité, il s'agit d'une œuvre constructive de la jurisprudence réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde individuelle des citoyens » cité par M. LETOURNEUR, « *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État* » dans *EDCE*, 1951, p. 19.

¹¹¹ La Cour de cassation exclut explicitement l'équité des sources du droit. C'est logiquement donc qu'elle a censuré une décision du Conseil des prud'hommes au motif que celle-ci était fondée sur l'équité (C. Cass., Soc., 4 décembre 1996, Bull. civ. n° 421).

¹¹² Dans une décision du 6 juillet 1956, le Conseil d'État estime que « le moyen tiré de ce que l'application d'une réglementation entraînerait des conséquences inéquitables pour les agents concernés n'est pas susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours en excès de pouvoir » (CE, 6 juillet 1956, *Monfort*, Rec. Lebon, p. 296).

¹¹³ Philippe BELLET remarque que le juge judiciaire prend, en l'absence de toute habilitation textuelle, certaines décisions en se fondant sur des raisons d'équité. Encourant la censure de la Cour de cassation, cette pratique est généralement poursuivie de façon officieuse (P. BELLET, « Le juge et l'équité », dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9 et s., cité par F. JAPPONT, « La dualité égalité – équité dans la pratique des autorités de régulation », *RIDE*, 1 septembre 2006, vol. 2, n° 2, p. 161).

contrainte susceptible d'en résulter. Il en va ainsi, en ce qui concerne le principe de dignité, du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) ou encore de la Haute autorité de santé¹¹⁴. Dans ces cas, la référence au « principe de dignité de la personne humaine » se fait alors au-delà des références juridiques¹¹⁵. C'est la vocation instrumentale de la valeur de « dignité humaine » qui est mobilisée en ce qu'elle permet d'évaluer directement un comportement ou une situation de manière explicite ou implicite¹¹⁶. Dans son rapport d'activité pour l'année 2010, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) exposait sa méthodologie relative à l'élaboration des avis et des recommandations dans un différend entre les forces de sécurité – privées ou publiques – et les réclamants. Si elle se fondait sur une liste non exhaustive de textes juridiques et de jurisprudences tant nationaux qu'internationaux, elle précisait néanmoins que « son raisonnement se fond[ait] principalement sur la recherche d'un équilibre entre respect des droits et de la dignité des citoyens et contraintes imposées par des impératifs de sécurité aux agents de sécurité, le discernement devant en permanence dicter le comportement de ces derniers »¹¹⁷. Elle opère nettement une distinction entre les références expressément juridiques et la référence à la « dignité des citoyens »¹¹⁸.

829. En définitive, parce qu'elles n'imposent pas, qu'elles ne tranchent pas de litige, les AAI peuvent avoir explicitement recours à la valeur d'équité ou de dignité sans susciter de critiques quant à la portée de leurs décisions¹¹⁹, contrairement aux juges.

B. La pédagogie du différend fondée sur une expertise originale

830. La conciliation par les AAI ne constitue pas uniquement une alternative à la saisine du juge dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle (dire le droit), mais aussi, et surtout, une alternative au juge dans sa fonction contentieuse *lato sensu*. En effet, le juge judiciaire¹²⁰ et le

¹¹⁴ Pour un exemple : Haute autorité de santé et Anesm, « Autisme et autres troubles envahissants du développement : interventions éducatives et thérapeutiques coordonnées chez l'enfant et l'adolescent », recommandation de bonne pratique, Seine-Saint-Denis, Haute autorité de santé, mars 2012, p. 32.

¹¹⁵ C'est précisément en raison de son contenu juridique « multiple et incertain » (Comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et S. VEIL (dir.), *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, Paris, La Documentation Française, 2008, p. 92) que la mobilisation directe ou seule du principe de dignité humaine se fait rare dans le cadre juridictionnel (*Ibid.*, p. 86).

¹¹⁶ D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007, p. 107.

¹¹⁷ CNDS, *Rapport annuel 2010 remis au Président de la République et au Parlement*, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ P. LEGATTE et A. BARBÉ, *Le principe d'équité: défendre le citoyen face à l'administration*, Paris, France, Presses de la Renaissance, 1992, p. 141.

¹²⁰ Tout juge peut-être à l'origine directement d'une mesure de conciliation en cours d'instance si, comme lui en fait mission l'article 21 du Code de procédure civile (CPC), il la propose aux parties et que celles-ci l'acceptent. La conciliation peut être tentée à tout moment, au cours d'une audience, d'une mesure d'instruction ou sur

juge administratif¹²¹ peuvent exercer une mission de conciliation à côté de leur fonction juridictionnelle. Toutefois, en ce qui concerne le juge administratif, il est encore souligné que cette faculté est très rarement utilisée¹²². Les pratiques tendent à valider le sentiment qu'il n'est pas « le mieux placé pour effectuer une conciliation ou superviser une médiation si l'on voit avant tout des moyens de rendre une « autre » justice faisant une place plus large à l'équité et à l'apaisement »¹²³. Même si on peut penser que les AAI, au regard précisément de leur magistrature d'influence, ont l'habitude de l'invocation de valeurs, là où par exemple les « réticences des acteurs du procès administratif »¹²⁴ se font ressentir, le développement de ces modes alternatifs de règlement des litiges par les AAI n'est pas uniquement lié à l'invocation des valeurs. En effet, le juge dans sa fonction de conciliation n'est pas moins armé pour saisir des enjeux de justice au-delà du droit positif que les autorités.

831. L'alternative réside précisément dans une inscription du différend dans son contexte social, économique et politique qui laisse davantage place à la compréhension des considérations d'opportunité et de sens commun que ne pourrait le faire le juge. Cette approche du différend est rendue possible, car les autorités disposent d'importants moyens pour connaître un secteur – ces déterminants socio-économiques propres – afin d'acquérir une expertise utile à la compréhension du différend dans ses moindres aspects. La conciliation devient dès lors une « démarche naturelle » de l'institution¹²⁵. Ainsi, la conciliation effectuée par les AAI s'avère être une alternative au juge-conciliateur en ce qu'elle s'inscrit dans une visée pédagogique spécifique au regard de l'intérêt public qu'elles poursuivent.

832. La résolution des différends bénéficie ainsi de la doctrine constante et fouillée de l'autorité. C'est à ce titre que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)

convocation spéciale dans le cabinet du juge, à la demande d'une des parties, de l'ensemble des parties ou d'office. L'article 128 du CPC prévoit que « les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance » ; l'article 129 alinéa 1 du CPC dispose que « la conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe » ; enfin, l'article 129-1 du CPC que « les parties peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation ». (Voir : M. DOUCHY-OUDOT et J. JOLY-HURARD, « Médiation et conciliation », mars 2013 (actualisation : avril 2016), *Répertoire de procédure civile*, §§21 et s).

¹²¹ Article 211-4 du CJA. Voir : M. LEVY, « La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », *AJDA*, 1987, p. 499-519 ; J.-M. LE GARS, « La conciliation par le juge administratif », *AJDA*, 2008, p. 1468 ; Elsa COSTA, « La conciliation devant le juge administratif », *AJDA*, 2012, p. 1834).

¹²² L. ERSTEIN, commentaire de la loi du 14 décembre 2011, *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2012, n° 2033.

¹²³ E. MULLER, « Le recours à la conciliation et à la médiation par le juge administratif » dans V. DONIER et B. LAPÉROU-SCHENEIDER (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Paris, Dalloz, 2013, p. 188.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 187.

¹²⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 120.

est susceptible d'être « un filtre avisé, efficace et nuancé, ce qui ne saurait déplaire à un juge [...] condamné à un choix peut être trop simpliste : annuler ou rejeter »¹²⁶. Par exemple, pour établir l'existence d'une discrimination, le Défenseur des droits appréhende un contexte global, jauge une pratique et apprécie éventuellement des agissements. Pour déterminer s'il est discriminatoire, elle peut saisir un comportement dans la durée. Cette façon de procéder, empirique, est particulièrement adaptée à la détection des discriminations. Ensuite, les AAI constituent une alternative en ce qu'elles disposent de plusieurs possibilités de réconcilier les points de vue. Il s'agit d'un processus de conciliation graduée allant du simple rapprochement informel des points de vue – médiation – à l'intercession active *via* l'émission d'une recommandation, c'est-à-dire la demande officielle par écrit que le problème soit réglé ou qu'une mesure soit prise dans un délai déterminé. La méthode la plus commune reste néanmoins la proposition de solution sous forme de recommandations ou d'adoption d'un comportement¹²⁷.

833. Fortes de leur expertise, les AAI inscrivent leur démarche conciliatrice dans une approche pédagogique¹²⁸. Par exemple, dans le cas de l'Autorité des marchés financiers (AMF), cette démarche pédagogique s'exprime à travers les recommandations émises par le Médiateur tout au long de la négociation menée par les parties. Ainsi, Marielle COHEN-BRANCHE considère que sa fonction de « Médiateur » de l'AMF ne fait pas obstacle à ce qu'elle formule des suggestions aux parties¹²⁹. Les suggestions lui permettent au contraire de « sensibiliser le client

¹²⁶ P. DONDOUX, conclusions sur l'arrêt CE Sect., 19 février 1982, n° 24215, *Mme Commaret*, Rec. Lebon, p. 83. Même si elle semble tenir une position aujourd'hui plus pragmatique en considérant qu'elle ne fait qu'appliquer le droit (CADA, *Rapport d'activité 2012*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, 2013, p.11).

¹²⁷ Ainsi peut-on lire dans le rapport pour l'année 2013 du Défenseur des droits que « l'extension du périmètre de compétences du Défenseur des droits à la lutte contre les violences verbales contraires à l'égalité et la dignité des personnes, fondées sur un critère de discrimination prohibé par la loi, quelles que soient leur forme (incivilités, violences, propos racistes, sexistes, homophobes, etc.) permettrait, non seulement de clarifier son rôle auprès du public mais surtout, de lui donner de nouveaux moyens d'action pour la promotion des droits et de l'égalité. Il pourrait ainsi intervenir entre une personne et un employeur, un client et un prestataire de biens ou de services, mais aussi entre les citoyens eux-mêmes dans une perspective d'apaisement, voire de médiation, ce qui est une démarche naturelle de l'Institution » (Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 120).

¹²⁸ Ainsi peut-on lire que « la deuxième étape, toujours au cours d'entretiens individuels, est déterminante, et caractérise la médiation comme processus juridique. Le médiateur doit en effet informer les parties et leur faire accepter la règle de droit qui s'applique à la situation. Il doit préciser ce qu'est une discrimination au sens juridique du terme. Par exemple, il expliquera au mis en cause que la sélection de candidats en fonction de leur âge constitue une discrimination sur un critère prohibé par la loi. Cette dimension pédagogique de la médiation permet aux deux parties de comprendre les enjeux pour les amener à un accord dans le cadre du droit » (HALDE, *Rapport annuel 2007*, Paris, La documentation française, 2008, p.27). Par exemple, l'AMF lie ce rôle de pédagogie et de conciliation lorsqu'elle affirme que « ce rôle pédagogique s'accompagne d'un service de médiation en cas de litige » (AMF, *Rapport annuel 2004*, p. 28).

¹²⁹ M. COHEN-BRANCHE, « L'action du médiateur de l'AMF : son rôle, les évolutions », *Revue de Droit bancaire et financier*, août 2012, p. 74.

épargnant à une plus juste appréciation de la légitimité de son attente comme à celle de son préjudice »¹³⁰. À cet égard, il convient de noter les accointances réelles qui peuvent exister entre l'exercice d'une magistrature d'influence par les AAI liée à leur expertise et la résolution des différends par l'émission d'un avis ou d'une recommandation. Le lien entre la mission de promotion des droits et celle de conciliation par les autorités trouve son fondement dans l'idée que les conflits prennent naissance dans le défaut d'information et de connaissance des situations¹³¹.

834. Dès lors, les autorités font œuvre de pédagogie aussi bien par la clarté de la rédaction de leurs avis¹³² que par la présentation des enjeux du différend qui leur est soumis. Les AAI peuvent, par le dialogue ou l'émission d'un avis ou d'une recommandation motivée, lever des réticences ou des préjugés à l'origine d'un différend qui ne trouverait pas dans la voie judiciaire une réponse adaptée. Ainsi, comme le souligne Luc FERRAND, directeur juridique de l'ancienne Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et désormais Défenseur des droits, l'intervention de la Haute autorité consistait à faire « de la pédagogie à l'égard du discriminant » et permettait ainsi « d'imaginer une réparation allant au-delà de la sanction financière »¹³³. Elle a notamment expliqué à un bailleur qu'il avait d'autres moyens d'obtenir des garanties que de refuser une location à un célibataire en CDD, et d'obtenir de lui un relogement de la personne¹³⁴. Son rôle pédagogique consiste donc à aider le discriminant à surmonter ses préjugés et le convaincre que son attitude n'est pas justifiée en inscrivant son comportement dans un contexte plus large.

835. Cette démarche pédagogique s'inscrit dans une politique de résolution des différends dans un secteur donné. En effet, les modes de résolution des différends ne constituent pas seulement une façon spécifique de régler des litiges, mais aussi des instruments de politiques publiques finalisées¹³⁵.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ À cet égard, ce lien entre pédagogie et conciliation est fait aussi dans le rapport sur les AAI de 2006 considérant que le pouvoir qui « permet à l'autorité de contribuer à la conciliation des deux parties, relève de son rôle pédagogique » (Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 58).

¹³² CADA, *Rapport d'activité 2013*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, 2014, p.105

¹³³ Luc FERRAND cité par L. VAN EECKHOUT, « Lutte pour l'égalité : contre les discriminations, médiation ou procès », *Le Monde*, 10 janvier 2008 (lemonde.fr/societe/article/2008/01/10/lutte-pour-l-egalite-contre-les-discriminations-mediation-ou-proces_997896_3224.html, consulté le 13 février 2014).

¹³⁴ L. FERRAND cité par *Ibid.*

¹³⁵ P. YOLKA, « Chapitre III- Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », art. cit., p. 588.

Section 3. La complémentarité des intercessions

836. L'intercession est la figure idéalisée de la magistrature d'influence dans le cadre du règlement amiable des litiges. Elle se définit comme le fait pour une personne A d'effectuer une démarche auprès d'une personne B en faveur d'une personne C en tirant avantage de sa position – l'autorité légitime – ou en mobilisant des techniques de persuasion. À propos du Médiateur de la République, Bénédicte DELAUNAY considérait qu'il agissait comme « un intercesseur en [la] faveur [des administrés] auprès de l'administration de laquelle dépend la solution du litige, utilisant sa magistrature d'influence pour qu'elle adopte la solution qu'il suggère »¹³⁶.

837. L'intercession, pour être mise en œuvre, présuppose une réclamation qui s'apparente à une pétition. Traditionnellement, le droit de pétition est un droit qui s'exerce auprès des assemblées parlementaires. En effet, lorsqu'il introduit une plainte, le requérant attend une forme d'intercession de la part des autorités parlementaires. Toutefois, les chiffres montrent que cette pratique est quasiment inexistante au sein des assemblées (§1). Il convient plutôt de s'attarder sur l'activité d'intercesseur remplie par les députés ou les sénateurs lorsqu'ils sont sollicités directement par leurs électeurs. Une fonction d'intercession qui a d'ailleurs pu expliquer les résistances de certains députés devant la création de nombreuses « commissions des plaintes » indépendantes, accusées de remettre en question leur rôle (§2).

§1 Une activité d'intercession concurrente au droit de pétition au Parlement

838. Bien que la plupart des manuels français de droit constitutionnel tendent à réduire les fonctions des assemblées parlementaires à la fonction législative et au contrôle du gouvernement, Vanessa BARBE, dans sa thèse de droit comparé sur le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux, rappelle – surtout au regard des exemples étrangers – qu'il demeure « le principal organe de résolution amiable des litiges impliquant le pouvoir exécutif ou l'administration et une victime d'une violation de ses droits »¹³⁷. Elle fait ainsi référence au droit de pétition et ses dérivés entendus comme « la faculté qui appartient à toute personne de s'adresser aux pouvoirs publics pour leur faire connaître un fait ou un état de choses, et pour réclamer leur intervention »¹³⁸. La notion de pétition est susceptible de recouvrir

¹³⁶ B. DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, op. cit., p. 629.

¹³⁷ V. BARBÉ, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative*, Paris, LGDJ, 2009, p. 377.

¹³⁸ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1966, p. 67.

deux dimensions : les « pétitions-vœux » d'une part et les « pétitions-plaintes » d'autre part¹³⁹ ; même si, dans les faits, la distinction entre les deux n'est pas toujours nette. Le droit de pétition renvoie donc à la fois au droit de se plaindre entendu comme un « droit individuel public » (pétition-plainte)¹⁴⁰ – dont il s'avère, en France, que le Parlement n'est pas le destinataire principal –, mais aussi au droit politique d'interpellation ou de participation à la détermination des choix politiques (pétition-vœux). Ce droit se concrétise de plusieurs façons parmi lesquelles figure le traitement par les commissions parlementaires ou la mise en place d'« organes auxiliaires du Parlement dans la garantie des droits »¹⁴¹ chargés de leur traitement.

839. Dans la Constitution du 4 octobre 1958, le droit de pétition n'est pas consacré au profit des parlementaires¹⁴². Ce droit y a néanmoins fait son entrée avec la réforme du 2008 au profit des collectivités territoriales à l'article 72-1 et au profit du Conseil économique social et environnemental (CESE) à l'article 69 al.3, entérinant par la même occasion l'idée selon laquelle le Parlement n'est plus le destinataire privilégié des pétitions¹⁴³. Pour trouver le fondement de ce droit au profit des parlementaires, il faut se reporter à l'article 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires dans lequel on peut lire que « les règlements de ces deux assemblées fixeront les conditions dans lesquelles des pétitions écrites pourront leur être présentées »¹⁴⁴. Parfois, les AAI sont citées comme une cause du déclin du droit de pétition. Ainsi, Jean-Gabriel CONTAMIN, dans le cadre d'une étude sur la réception par les parlementaires des pratiques pétitionnaires, cite un fonctionnaire responsable de l'administration du droit de pétition à l'Assemblée nationale qui affirme sans détour que ce droit n'est plus « nécessaire pour relayer les opinions du corps social, il n'est plus qu'un substitut vis-à-vis d'autres possibilités plus adaptées telles que le médiateur, la CADA, la CNIL... »¹⁴⁵. Il convient en effet de constater que depuis 2007, seules 34 pétitions

¹³⁹ S. DUBOURG-LAVROFF, « Le droit de pétition en France », *RDP*, 1992, n° 6, p. 1740.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ V. BARBÉ, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 366.

¹⁴² Thierry RENOUX rappelle d'ailleurs à ce propos la tentative d'inscription de ce droit dans le projet de Constitution du 19 avril 1946 à l'article 5 en matière de défense des droits et libertés.

¹⁴³ Voir notamment : P. PREUVOT, « Le droit de pétition : mutations d'un instrument démocratique », *Jurisdoctoria*, 2010, n° 4, p. 73-97 (jurisdoctoria.net/aut4_PREUVOT.html, consulté le 24 mars 2014).

¹⁴⁴ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Version consolidée au 02 novembre 2016.

¹⁴⁵ J.-G. CONTAMIN, « La réception parlementaire d'une pratique politique "périphérique" : le droit de pétition entre réfraction et réflexion » dans CURAPP (dir.), *La politique ailleurs*, Paris, PUF, 1998, p. 46.

ont été enregistrées par l'Assemblée nationale¹⁴⁶. Ce chiffre est dérisoire s'il est rapporté au nombre des 80 000 réclamations traitées au niveau du Défenseur des droits pour une année¹⁴⁷.

840. La mise en place d'institutions indépendantes en charge de recueillir les plaintes constituerait donc une concurrence avec le Parlement et, et plus particulièrement, les parlementaires organisés en groupes politiques dans leur fonction « tribunitienne »¹⁴⁸. Par exemple, le Défenseur des droits, à travers le nombre et la diversité des dossiers qui lui sont adressés, voit s'exprimer le mécontentement des administrés, des victimes de discriminations ou des forces de sécurité. Il se présente ainsi comme un « observatoire des réalités sociales, du fonctionnement de l'État et des effets concrets des politiques publiques »¹⁴⁹. Toutefois, il convient de relativiser le rôle des AAI dans le désintérêt porté aux pétitions parlementaires. D'abord, la comparaison du nombre de pétitions adressées aux Assemblées durant la période antérieure à la mise en place du Médiateur – première institution de traitement des pétitions-plaintes – et celle postérieure met en évidence que celui-ci est constant (faible), voire qu'il enregistre une légère progression¹⁵⁰. Ensuite, le déclin des pétitions parlementaires est un thème plus ancien¹⁵¹ et les raisons de celui-ci sont multiples, allant de l'établissement du suffrage

¹⁴⁶ Cette information est disponible sur le site Internet de l'Assemblée nationale à la rubrique consacrée aux pétitions (assemblee-nationale.fr/connaissance/petitions.asp#tab3, consulté le 5 mai 2016).

¹⁴⁷ En 2014, le Défenseur des droits a fait l'objet de plus de 100 000 demandes d'interventions et de conseils donnant lieu à 73 463 dossiers de saisines (Défenseur des droits, *Bilan annuel d'activité 2014*, 2014, Défenseur des droits, p.13).

¹⁴⁸ Ce concept de sociologie a été introduit par Georges LAVAU dans ses travaux sur le Parti communiste français (P.C.F.). À côté des fonctions classiquement admises des partis politiques dans les années 1960 (fonction constituante, programmatique et de relève politique), Georges LAVAU identifie une fonction tribunitienne qui permet une analyse plus précise de la place des partis « révolutionnaires » ou « anti-systèmes » dans les démocraties contemporaines. Ainsi, les partis communistes, P.C.F. et P.C.I. (avant 1914, les partis sociaux-démocrates), jouaient un rôle stabilisateur des systèmes démocratiques en exerçant une « fonction tribunitienne » (de protestation populaire) en dépit du maintien d'une rhétorique révolutionnaire (G. LAVAU, *À quoi sert le parti communiste français* (1968), Paris, Fayard, 1981, 443 p.). Le concept s'est progressivement banalisé pour signifier plus largement le fait de relayer les mécontentements des catégories les plus mal représentées.

¹⁴⁹ M. TIMSIT (directrice du département des études et réformes du Médiateur de la République et plus tard du Défenseur des droits), « Le rôle du Médiateur en matière de réforme de l'administration », cinquième session de formation des collaborateurs des médiateurs membres de l'AOMF à Rabat 25, 26 et 27 mai 2010, document fourni par l'auteur.

¹⁵⁰ Pour la IV^e législature (1968-1973) : 241 pétitions ; et pour la V^e législature (1973-1978) : 349 pétitions (assemblee-nationale.fr/connaissance/petitions.asp, consulté le 5 mai 2016)

¹⁵¹ En 1925, Léon DUGUIT constatait déjà une certaine désaffection du droit de pétition aux chambres du Parlement. Il en concluait que « le droit de pétition aux chambres a eu à certaines époques une importance beaucoup plus grande qu'aujourd'hui. [...] aujourd'hui, députés et sénateurs ont un droit d'initiative complet et, de ce chef, le droit de pétition est devenu inutile. D'autre part, la presse, avec l'action considérable qu'elle a de nos jours, est un moyen d'action autrement puissant pour imposer une question à l'attention des pouvoirs publics que le modeste droit de pétition. Elle peut soulever l'opinion publique et forcer l'intervention du parlement et du gouvernement, quand des pétitions, même réunissant des milliers de signatures, restent oubliées dans l'*in pace* des commissions parlementaires. Enfin les pétitions proprement dites adressées au gouvernement deviennent aussi à peu près inutiles. L'individu qui se prétend victime d'un acte arbitraire est, dans le droit moderne, armé de recours contentieux qui garantissent ses droits d'une manière bien plus énergique et effective que la pétition » (L.

universel à l'aménagement de la liberté de la presse, en passant par l'influence grandissante des partis ou des syndicats¹⁵². Il convient de signaler également le renforcement du rôle de l'Administration, antérieurement auxdites AAI, dans le traitement des réclamations. Il en va ainsi du développement des recours administratifs gracieux ou hiérarchiques¹⁵³.

841. Par ailleurs, les dispositions encadrant le droit de pétition des parlementaires sont excessivement rigoureuses et contrastent avec la souplesse de saisine des AAI. L'article 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires interdit explicitement « d'apporter des pétitions à la barre des deux assemblées parlementaires », seules les pétitions écrites étant recevables dans les strictes conditions fixées par le règlement de chacune des deux chambres composant le Parlement. De plus, le troisième alinéa est particulièrement sévère. Il punit d'une peine d'emprisonnement et d'une lourde amende « toute provocation par des discours proférés publiquement ou par des écrits ou imprimés affichés ou distribués à un rassemblement sur la voie publique ayant pour objet la discussion, la rédaction ou l'apport à l'une des assemblées parlementaires de pétitions, déclarations ou adresses, que la provocation ait été ou non suivie d'effet ». Ces dispositions tranchent avec le caractère informel et ouvert des réclamations faites devant le Défenseur des droits, la CNIL ou encore la CADA. Leur saisine est gouvernée par la gratuité et la simplicité et peut s'effectuer par tout moyen (en ligne, lettre, téléphone, délégués locaux, etc.)¹⁵⁴.

842. En définitive, plutôt que de se substituer aux parlementaires, les AAI ont occupé une place laissée vacante dans le traitement non juridictionnel des plaintes. Elles s'inscrivent, pour certaines, dans un cadre plus général de rénovation du « droit individuel de se plaindre » (pétition-plainte). Il convient d'y voir un déplacement du droit de pétition¹⁵⁵. C'est le rôle du

DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Les libertés publiques*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1925, vol.5, p. 449-450).

¹⁵² G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵³ La création d'un ministère des pétitions avait d'ailleurs été envisagée (A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, Thèse de doctorat, Université Robert Schuman, Strasbourg, France, 1973, p. 309).

¹⁵⁴ Par exemple, le Défenseur des droits peut-être directement saisi : par courrier, par Internet (sous réserve de remplir un formulaire en ligne), par la rencontre d'un des délégués présents sur l'ensemble du territoire national. Par ailleurs, le Défenseur des droits a mis en place une plate-forme téléphonique gratuite qui assure le conseil et l'orientation du public (Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 34).

¹⁵⁵ Dans un court texte, Jacques MOREAU parle de « métamorphose » du pétitionnement plutôt que de déclin car si celui-ci continue d'exister, les formes employées et les destinataires changent (*Un inconnu, le droit de pétition sous la IV^e République. Essai sur la notion de recours parlementaire*, Paris, Compagnie d'éditions libres sociales et économiques, 1958, 67 p., cité par E. FOREY, « Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Réflexions sur l'article 72-1 alinéa 1 de la Constitution », *RDP*, 2005, n° 1, p.151).

Parlement comme instance participant à la résolution de litiges avec l'administration qui a connu un déclin progressif, les assemblées n'étant plus les destinataires privilégiés des réclamations¹⁵⁶. Toutefois, les pétitions-plaintes constituent un moyen d'information dont disposent ainsi les parlementaires sur les difficultés rencontrées par les citoyens dans leurs relations avec l'administration¹⁵⁷. Dès lors, le choix se porte dans de nombreux pays, sur la mise en place, d'une institution parlementaire auxiliaire du traitement des plaintes et réclamations – l'*Ombudsman*. Cette institution renforce le rôle du Parlement dans le contrôle de l'exécutif¹⁵⁸. En France, des propositions non retenues¹⁵⁹ consistaient à établir le Médiateur comme un organe parlementaire. Béatrice DELAUNAY, dans son livre sur le Médiateur, relativise ce choix. Elle affirme que « s'il faut absolument classer le Médiateur, c'est au législatif, plus qu'à l'exécutif, que le rattachement semblerait naturel. Le Médiateur peut en effet être considéré comme un auxiliaire des députés dans leur rôle d'intercesseur auprès de l'administration, et du Parlement dans sa fonction de contrôle de l'exécutif, en raison de ses relations privilégiées avec les assemblées »¹⁶⁰. En effet, bien que nommées par l'exécutif, les AAI, au regard de leur indépendance, ne se sentent pas empêcher de jouer leur rôle de « catalyseur »¹⁶¹ des fonctions parlementaires. Ces conclusions font d'ailleurs écho aux analyses de Rhita BOUSTA qui relativise les critiques sur ce point en montrant que la plupart des auteurs ne s'entendent pas sur la définition de l'*Ombudsman* quant à son rattachement. Ce qui s'explique notamment par le caractère contingent de l'énoncé de la question. En effet, celui-ci dépend de la forme du régime politique¹⁶². Rhita BOUSTA en déduit que l'essence de l'institution

¹⁵⁶ A. RIGAUT, « Les pétitions sous la V^e République : évolution des sources », *Revue administrative*, 2008, Spécial « L'individu face au pouvoir: les pétition », p. 36.

¹⁵⁷ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁸ « Comme la pétition, la plainte à l'*Ombudsman* permet d'attirer l'attention du Parlement sur les lacunes de la législation, le caractère défectueux de l'application qui est faite de la loi ou de l'atteinte portée à un droit » (A. LEGRAND, *L'ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris, LGDJ, 1970, p. 485 et p. 465).

¹⁵⁹ Sur ce point : B. DELAUNAY, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁰ B. DELAUNAY, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶¹ D. LÖHRER, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Pau, Pau, 2013, p. 408.

¹⁶² Au contraire des États-Unis, par exemple, où l'émergence d'*independent regulatory agencies* placées sous le contrôle du Congrès a marqué le basculement sous son contrôle des missions qui relevaient jusqu'alors principalement de l'Exécutif. En France, comme l'a rappelé le Conseil d'État, « 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 » (Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 370).

ne réside pas, *in fine*, dans « le dilemme des pouvoirs et contre-pouvoirs »¹⁶³. D'ailleurs, parler de rattachement peut sembler paradoxale si l'on tient compte du fait que ces institutions indépendantes sont à penser comme des pouvoirs « neutres » à l'égard de tous les pouvoirs constitués. Au regard de leur activité et de leur statut, les AAI, à équidistance des trois pouvoirs, « sont les auxiliaires indispensables des institutions classiques avec lesquelles se développe une action en réseau mutuellement profitable »¹⁶⁴. Or, on constate que les relations entre le Parlement et les AAI traitant des réclamations, d'un point de vue formel, demeurent limitées. Les pouvoirs exercés par les parlementaires sont réduits pour l'essentiel à la désignation – et non à la nomination – de certains membres des AAI et au contrôle lors du vote de la loi annuelle de finances.

§2 Une activité d'intercession complémentaire de celle des parlementaires

843. Le déclin quantitatif du droit de pétition aux Assemblées ne signifie pas nécessairement que les députés et, dans une moindre mesure, les sénateurs reçoivent moins de réclamations de la part de leurs électeurs. Le recours de l'administré-citoyen à « son » député demeure une pratique importante de la réclamation et peut revêtir différentes formes : lettres, courriels, visites aux permanences d'accueil, etc. Les députés reçoivent directement de nombreux courriers similaires à une pétition sur le fond et, le plus souvent, relatifs à un litige avec l'administration¹⁶⁵. Patrick LE LIDEC, dans une étude sur le travail des assistants parlementaires dans les permanences des députés implantées en circonscription, montre que l'activité principale déléguée aux collaborateurs directs ou aux assistants parlementaires consiste précisément à répondre aux sollicitations de la population de la circonscription, à recevoir des administrés, à réagir à leurs demandes et, le cas échéant, à intervenir auprès des administrations¹⁶⁶. Cette sollicitation des parlementaires s'explique par le fait qu'ils sont perçus comme des « hommes d'influence, capables d'intercéder pour rendre des services personnels et détenteurs de pouvoirs discrétionnaires »¹⁶⁷. Pour remplir leur rôle d'intercesseurs, les parlementaires utilisent principalement des procédés officieux (interventions informelles

¹⁶³ R. BOUSTA, « Contribution à une définition de l'Ombudsman », *RFAP*, 12 novembre 2007, vol. 123, n° 3, p. 392.

¹⁶⁴ J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA (RFDA)*, 1 septembre 2010, vol. 5, p. 875-883.

¹⁶⁵ A. RIGAULT, « Les pétitions sous la V^e République : évolution des sources », art. cit., p. 37.

¹⁶⁶ P. LE LIDEC, « Les députés, leurs assistants et les usages du crédit collaborateurs. Une sociologie du travail politique », *Sociologie du travail*, 2008, n° 50, p. 151 ; P. LE LIDEC et D. DEMAZIÈRE, « Introduction », *Sociologie du travail*, 2008, n° 50, p. 142.

¹⁶⁷ P. LE LIDEC et D. DEMAZIÈRE, « Introduction », art. cit., p. 142.

auprès des administrations notamment, parfois même auprès des ministres)¹⁶⁸ ou le détournement de procédés officiels (questions orales)¹⁶⁹. Plus largement, cette activité s'inscrit dans le cadre de leur fonction de représentation de la circonscription et des électeurs. À cet égard, Jean-Claude MASCLET soulignait dans sa thèse sur le rôle du député, publiée en 1979, la forte progression¹⁷⁰ de cette activité « envahissante et multiforme »¹⁷¹. En effet, cette activité présente l'inconvénient de placer le député sous l'influence des intérêts privés de ses électeurs. Elle est donc contradictoire avec sa mission de représentation de la nation. Si l'on pousse le raisonnement à l'extrême, le député, qui réduit son rôle à celui d'intercesseur, devient en quelque sorte l'« avocat bénévole des intérêts privés des électeurs »¹⁷². La configuration de la relation du député avec le requérant-électeur diffère de celle que ce dernier pourrait avoir avec une administration lambda. En effet, l'administré-électeur mobilise sa qualité d'électeur pour faire pression sur le parlementaire, ce qu'il ne peut pas faire avec l'administration.

844. Au regard de sa proximité, cette activité d'intercession se rapproche de celle de certaines AAI (CADA, CNIL, Défenseur des droits, etc.) lorsqu'elles ont mis en place des délégués régionaux en plus de leur structure centrale. D'ailleurs, jusqu'à leur disparition en 2011, le Médiateur¹⁷³ et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS)¹⁷⁴ ne pouvaient faire l'objet d'une saisine que par l'intermédiaire d'un député ou d'un sénateur. Ce filtre parlementaire a conduit Jean-Claude MASCLET à voir dans la mise en place du Médiateur, l'« officialisation implicite du rôle d'intercesseur assumé par le député »¹⁷⁵.

845. Pour comprendre l'établissement de ce filtre parlementaire, il faut revenir aux origines du Médiateur, la plus ancienne des autorités de ce type. Lors des débats relatifs à sa création, les parlementaires souhaitaient, comme dans beaucoup d'autres pays, que la nomination soit une prérogative parlementaire. Le Gouvernement n'a pas voulu accéder à cette demande tout en précisant que l'objectif n'était pas d'« amoindrir le rôle d'intercesseur entre l'administration

¹⁶⁸ J.-C. MASCLET, *Le rôle du député et ses attaches institutionnelles sous la V^e République*, Paris, LGDJ, 1979, p. 189.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 210.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 201.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁷² *Ibid.*, p. 193.

¹⁷³ Article 6 de la loi 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur, *JORF*, 4 janvier 1973, p. 16.

¹⁷⁴ Article 4 al.2 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, *JORF*, n°131, 7 juin 2000, p. 8562, texte n° 2.

¹⁷⁵ J.-C. MASCLET, *Le rôle du député et ses attaches institutionnelles sous la V^e République*, *op. cit.*, p. 221.

et les citoyens que les parlementaires jouent en France comme dans toute démocratie »¹⁷⁶. René PLEVEN, alors garde des Sceaux, proposa en contrepartie que le Médiateur ne puisse être saisi que par leur intermédiaire. Toutefois le maintien du filtre est vite apparu intenable, faisant l'objet de nombreuses critiques en provenance des AAI¹⁷⁷, d'organisations internationales¹⁷⁸, ainsi que des parlementaires eux-mêmes¹⁷⁹.

846. Cette similitude du rôle d'intercesseur explique que certains parlementaires aient vu dans l'établissement d'une telle institution le risque de les déposséder de leur fonction d'intercession. En effet, comme le constate Sylvie GILLET, la mise en place de ces institutions a conduit à une « re-définition du travail parlementaire »¹⁸⁰. Dans sa thèse, elle montre notamment le décalage net qui existe entre deux catégories de parlementaires à l'égard de la mise en place d'un « Médiateur » : les opposants au projet de loi avaient des propriétés inverses à celle des partisans du projet. Ils étaient d'anciens élus, en place depuis la Libération, et ne paraissaient pas – ou peu – intégrés à la vie politique nationale par le biais de formations partisans ou de passages dans des cabinets ministériels. En d'autres termes, ils étaient, d'une certaine manière, des représentants « à l'ancienne mode », non techniciens, concentrés (par défaut) sur leur métier d'intermédiaires¹⁸¹. En définitive, le vote de la loi établissant l'institution du Médiateur conduit l'auteure à conclure que la figure du député comme intermédiaire de ses électeurs – « propriété dont les parlementaires ont pu (ou dû) se prévaloir lors de la « République des députés », qui participait d'une consolidation des entreprises partisans »¹⁸² – est surannée. Selon elle, les parlementaires tendent à se présenter comme devant accomplir et perfectionner leurs tâches de législateur et de contrôleur, en dépit, à l'époque, de leur amoindrissement dans la Constitution de 1958¹⁸³. Ce constat doit néanmoins être relativisé. En effet, à la distinction entre les anciens élus et les élus disposant d'une compétence spécifique

¹⁷⁶ R. PLEVEN, Sénat, 19 décembre 1972, p. 3232, cité par S. GILLET, *Le Médiateur de la République*, op. cit., p. 125.

¹⁷⁷ CNDS, *La CNDS en 2009*, Paris, Commission nationale de déontologie de la sécurité, p. 31-32.

¹⁷⁸ CCT, examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la convention - conclusions et recommandations du Comité contre la torture, CAT/FRA/CO/3, 3 avril 2006, §22.

¹⁷⁹ Dans le rapport annuel pour l'année 2011 du Défenseur des droits, il est mentionné que les parlementaires « soulignaient souvent la difficulté de l'exercice consistant à jouer ce rôle de filtre, regrettant que le choix de transmettre ou de ne pas transmettre un dossier à la CNDS soit interprété, tant de la part du réclamant que du mis en cause, comme une sorte de jugement de valeur *a priori* » (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2011*, Paris, Le Défenseur des droits, 2012, p.20).

¹⁸⁰ S. GILLET, *Le Médiateur de la République*, op. cit., p. 125.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 134-135.

¹⁸² *Ibid.*, p. 123.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 123.

avec une trajectoire nationale, on peut substituer celle, plus éclairante, identifiée par Patrick LE LIDEC, entre les députés « en vue », moins préoccupés par leur réélection, qui privilégient un horizon national et ceux, exposés aux risques électoraux, qui adoptent « une attitude proactive visant à élargir leur “clientèle” potentielle »¹⁸⁴.

847. Par conséquent, plutôt qu’une concurrence, il convient d’y voir un rôle complémentaire. L’intervention des parlementaires se fait plutôt sur un registre symbolique et politique¹⁸⁵, là où les AAI interviennent avec des moyens spécifiques permettant un traitement approprié de la réclamation. La redirection vers les AAI par les députés ou les sénateurs¹⁸⁶, tout en assurant un suivi, leur permet d’ailleurs de donner l’impression de prendre en charge la situation, sans que leur rôle ne s’épuise dans une fonction d’intercession, tout en manifestant leur bonne volonté, leur dévouement, leur attention et leur sérieux.

¹⁸⁴ P. LE LIDEC, « Les députés, leurs assistants et les usages du crédit collaborateurs. Une sociologie du travail politique », art. cit., p. 152.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 151.

¹⁸⁶ Une réclamation peut être adressée à un député, à un sénateur ou à un représentant français au Parlement européen, qui la transmet au Défenseur des droits s’il estime qu’elle appelle son intervention (Article 7 al. 3 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *précitée*).

Conclusion du Titre I

848. Abordée seulement sous l'angle de l'efficacité, la fonction de proposition des AAI risque de s'avérer décevante. En effet, la mesure de son efficacité dépend d'une étude empirique approfondie, qui ne relève pas d'une étude juridique. Pour le juriste, cette fonction illustre avant tout la singularité de ces institutions dont l'action s'apparente à celle d'une « entité doctrinaire »¹⁸⁷ indépendante, au soutien des juges ou du législateur, mais aussi critique à leur égard. Autrement dit, la difficulté d'évaluer les effets d'une telle fonction ne doit pas conduire à masquer le besoin réel, pour les pouvoirs publics, de bénéficier d'une expertise concrète et pertinente. La reconnaissance et le renforcement constant, par le législateur, des prérogatives permettant aux autorités d'intervenir tant dans l'élaboration du droit que dans son application par le juge, en témoignent. Il n'en demeure pas moins que les autorités élaborent une stratégie autonome de proposition, qui se traduit par le développement de relais institutionnels auprès des différentes instances susceptibles d'appuyer leurs propositions ou de renforcer leur influence. À ce titre, leur intégration dans des réseaux internationaux ou européens s'inscrit dans un double mouvement d'élargissement du champ de leur influence sur la scène internationale et européenne, et d'amplification de leur voix auprès des instances nationales. En tant qu'entités doctrinaires et indépendantes, les autorités s'avèrent ainsi nécessaires à l'émergence de modes alternatifs de concertation, de conciliation et de légitimation au regard de lieux où les normes sont appelées à devenir juridiques.

¹⁸⁷ G. LOISEAU, « La Halde : quelle autorité ? », *Droit social*, février 2009, n° 2, p. 144.

Titre 2. La magistrature d'influence, un instrument précaire de la régulation souple

849. Les premiers travaux sur les autorités administratives indépendantes, notamment le rapport du Conseil d'État édité en 1983-84¹, avaient mis l'accent sur ce qu'il était convenu de considérer comme la principale originalité de ces institutions : leur magistrature d'influence. Ce qui se traduisait notamment par la présence de développements sur la conception renouvelée de la notion d'autorité en droit public français, sur l'appel à l'opinion publique ou la mise en valeur de leurs pouvoirs extra-juridiques². Cette approche du phénomène des AAI, résumée par la formule « plus que contraindre, il s'agit de convaincre »³, était partagée, à quelques exceptions près, par les auteurs de l'époque, notamment lors du colloque sur les AAI qui s'est tenu les 11 et 12 juin 1987 à l'Université Paris 1⁴. En d'autres termes, privilégier la figure des AAI signifiait faire le choix d'un « mode différent d'exercice du pouvoir »⁵. Pris dans une logique de déréglementation en matière économique, la notion de « régulation » avait été envisagée dans un premier temps comme une mission générale de supervision liée à l'exercice d'une « magistrature d'influence »⁶. Paul SABOURIN ne considérait-il pas à cette époque que « le véritable lieu de la régulation » coïncidait avec le magistère moral reconnu au AAI⁷ ?

850. Toutefois, le renforcement progressif de l'appareillage de contrainte des autorités a marqué le recul, dans le domaine économique principalement, de cette forme de régulation dite

¹ Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, Paris, La Documentation française, 1983, 13-38 p.

² Y. CANNAC et F. GAZIER, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 13, p. 19-20. ; P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 110.

³ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution » dans G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 38.

⁴ G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, 319 p.

⁵ S. HUBAC et E. PISIER, « Les autorités face aux pouvoirs », *art. cit.*, p. 127.

⁶ Laurence CALANDRI, dans sa thèse publiée en 2008, défend une conception institutionnelle de la régulation qui consiste *in fine* à voir dans les manifestations informelles et semi-formalisées de la magistrature d'influence l'essentiel de ce que doit recouvrir le concept de régulation « en droit administratif français ». Pour fonder sa thèse, elle délimite une « communauté d'actes innommés » dont la principale caractéristique est d'être « invitatif » tels que le sont les avis ou les recommandations et qui sont émis principalement par des AAI qualifiées pour l'occasion d'organes de régulation (L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009, 733 p).

⁷ P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes dans l'État » (P. SABOURIN, *art. cit.*, p. 110).

« douce »⁸. La plupart des AAI disposent désormais, en plus des attributions propres à l'exercice d'une magistrature d'influence, de compétences qui participent de la puissance publique telle que la possibilité de réglementer un secteur ou de sanctionner un comportement non conforme aux normes dont elles assurent l'application. Chantal CARPENTIER, dans son étude publiée en 1993 sur l'institution de la magistrature d'influence en droit public, constatait à propos des AAI que le législateur avait fait le choix du « style de la magistrature d'influence » en octroyant à des organismes un statut d'indépendance particulièrement important, mais qu'il n'avait pas été jusqu'à consacrer « l'existence d'une institution nouvelle qui ne serait qu'une magistrature d'influence »⁹. À défaut de l'identification d'une telle institution, Chantal CARPENTIER privilégie dès lors la notion de « magistrature d'influence-fonction »¹⁰ pour identifier les pouvoirs d'influence plus ou moins formalisés reconnus à ces organismes étatiques indépendants en appui ou à côté de leurs compétences décisionnelles formellement dévolues.

851. Cette forme de régulation qui implique un cumul des pouvoirs, souvent « justifié par la technicité du domaine concerné »¹¹, a conduit à un réajustement de la notion de régulation. Non limitée aux interventions non contraignantes, cette notion a vocation à recouvrir l'ensemble des mécanismes permettant d'assurer le fonctionnement concret d'un système – contraignants et non contraignants : on parle à ce stade de « régulation souple »¹². Si les AAI sont considérées comme étant en rupture avec l'organisation traditionnelle de l'État, cela s'explique parce qu'elles peuvent cumuler les pouvoirs ressortant des fonctions de l'État¹³. Dans ce cas, la régulation se caractérise par la coexistence de pouvoirs variés au profit de ces autorités : allant des moins contraignants – le pouvoir d'avis ou de recommandation – au plus contraignants – pouvoir réglementaire et de sanction. Dans cette configuration, la magistrature d'influence n'a pas perdu son intérêt. Au contraire, son instrumentalisation est croissante. Les autorités ne limitent plus leur magistrature d'influence à des missions de proposition, d'expertise ou de pédagogie, mais l'emploient pour remplir des missions de réglementation et de contrôle qui ressortent de

⁸ F. STASIAK, « Les autorités administratives indépendantes » dans Y. MAYAUD (dir.), *Répertoire de droit pénal et de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2004, paragr. 10.

⁹ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public? », *RIEJ*, 1993, n° 30, p. 161.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, p. 1008.

¹² Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 277.

¹³ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 50.

l'intervention *lato sensu* de l'État¹⁴. Pour le dire autrement, le « style » des AAI, au-delà d'un statut d'indépendance, s'apprécie dans le choix de privilégier l'influence et la persuasion au recours à la contrainte dans un souci d'effectivité¹⁵. Cette approche de la « régulation » correspond à l'idée selon laquelle il est attendu « 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 »¹⁶. Plutôt qu'un « pouvoir minimum »¹⁷, il convient de voir dans la « magistrature d'influence-fonction » une figure idéalisée de l'autorité, reléguant l'injonction ou le règlement au rang de dernier recours¹⁸.

852. Cependant, la fréquence des recours contre les prises de position des AAI, leurs « fausses » recommandations ou les « faux » avis révèlent l'existence d'une contradiction persistante chez le législateur entre la définition large de leurs missions et les compétences effectivement dévolues pour les remplir. Si les autorités ne se voient pas attribuer les compétences qui leur sont indispensables pour assurer leurs missions, elles sont tentées – ou forcées – de pallier cette absence par d'autres moyens tel que le détournement de leurs attributions consultatives. Dans ce cas, les manifestations d'une magistrature d'influence ne prolongent, ne complètent ou ne relaient pas les compétences classiques de réglementation ou de contrôle, mais s'y substituent. Or, la condition d'efficacité de cette conception « souple » de la régulation implique précisément que le « dessin des pouvoirs [soit] ajusté aux missions »¹⁹. Dans le cas contraire, l'insuffisance des compétences dévolues conduit à une confusion génératrice d'insécurité juridique entre les compétences décisionnelles proprement dites et la « magistrature d'influence-fonction »²⁰. Or, la faiblesse et l'insécurité qui résulte de cet usage de la magistrature d'influence sont susceptibles de conduire à la dénaturation même de leur magistrature d'influence comme mode d'intervention spécifique²¹.

¹⁴ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *La Semaine Juridique Édition Générale*, 6 août 1986, n° 30, paragr. 3.

¹⁵ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 280.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 308.

¹⁸ Ainsi peut-on lire dans l'étude du Conseil d'État sur les AAI « 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 » (*Ibid.*, p. 312).

¹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 8.2.0.

²⁰ C. CARPENTIER, art. cit., p. 161; Y. GAUDEMET, « Les actions administratives informelles », *RIDC*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 653.

²¹ Sur ce sujet, voir Y. GAUDEMET, « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, 2017, pp. 26 et s.

853. Les limites des usages de la magistrature d'influence s'observent d'abord en matière de réglementation administrative (Chapitre 1). Ensuite, l'insuffisance des magistratures d'influence face à certaines situations incite le législateur à les doter de prérogatives incompatibles avec une simple magistrature d'influence au détriment parfois des compétences des autorités juridictionnelles (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les impasses fonctionnelles de la magistrature d'influence dans la réglementation administrative

854. La mission de réglementation consiste à organiser un secteur d'activité en établissant des règles ou, pour le dire autrement, « à encadrer le développement de secteurs de la vie sociale, en veillant à l'établissement de certaines règles du jeu »¹. Réglementer consiste donc à poser des règles générales et impersonnelles pour régir une question². Dans ce cas, l'emploi des procédés de nature recommandationnelle « vise à sortir l'administration française de sa culture du commandement au profit d'une logique de négociation »³. Observant la « multiplication des mécanismes néo-réglementaires dans le champ de la réglementation », Daniel MOCKLE en conclut que « le « normatif » [est devenu] un champ ouvert à l'expérimentation, ce qui relègue les actes réglementaires à des exigences de forme et de publicité de plus en plus associées à des délais, à des contraintes et à de la rigidité. La déperdition toute relative de la forme a pour effet de réactiver des interrogations critiques sur l'étendue de la fonction réglementaire devant l'ampleur des procédés de substitution »⁴. Parmi ces critiques, il convient d'accorder une place toute particulière à celle des garanties attachées à ce procédé. En d'autres termes, il faut apprécier dans quelle mesure cette recherche de souplesse ne conduit pas à abandonner les garanties attachées à l'expression formalisée de la réglementation.

855. D'abord, la magistrature d'influence, dans ses manifestations recommandationnelles, lorsqu'elle supplée à la réglementation, soulève la question de l'absence des garanties attachée à l'expression d'une compétence réglementaire (Section 1). À cet égard, le régime juridique des lignes directrices, tel qu'issu de la jurisprudence *Crédit foncier de France*, manifeste l'existence d'un entre-deux fonctionnel susceptible de surmonter la contradiction qui existe entre une fonction de réglementation et l'absence de compétences spécifiques dans ce domaine (Section 2). Enfin, la magistrature d'influence s'avère parfois adaptée à certains secteurs ou

¹ J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 896.

² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 657.

³ D. TRUCHET, *Droit administratif*, op. cit., p. 288.

⁴D. MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », *Les Cahiers de droit*, 2003, vol. 44, n° 3, p. 335.

domaine où l'adoption d'une réglementation serait inadaptée. Il en va ainsi de la détermination des règles de déontologie (Section 3).

Section 1. La magistrature d'influence, un substitut imparfait aux compétences réglementaires

856. Si Jean-Louis AUTIN a pu écrire que la question de la dévolution du pouvoir réglementaire aux AAI est « à peu près résolue »⁵, c'est néanmoins au prix de conditions discutables (homologation ou commissaire du Gouvernement). Sur la quarantaine d'AAI recensée, peu d'autorités se sont vues conférer une compétence réglementaire. Les autorités qui en disposent sont pêle-mêle : la CRE⁶ ; la HADOPI⁷ ; l'AMF⁸ ; l'ARCEP⁹ ; l'ARJEL¹⁰ ; l'ARAF¹¹ ; le CSA¹² ; la CNIL¹³ ; l'ASN¹⁴ ; et la Commission des sondages¹⁵. De plus, l'étendue des compétences réglementaires attribuées aux AAI n'est pas d'égale importance :

⁵ J.-L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes », Fasc. : 75, art. cit., p. 88.

⁶ Articles L134-1 et L134-2 du Code de l'énergie.

⁷ Article L331-31 du Code de propriété intellectuelle.

⁸ Article L621-6 du CMF.

⁹ Article L36-6 du CPCE (pouvoir soumis à homologation). L'ARCEP dispose également de compétences réglementaires non soumises à homologation aux articles L34-8-I, L36-7-8, L44- et L37-I du même Code. Enfin, l'ARCEP s'est vu reconnaître un pouvoir réglementaire limité aux articles R20-37, D99-6 et 8, D406-19-IV, D288 du CPCE (partie réglementaire).

¹⁰ Article 34, III de la Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *JORF*, n° 0110 du 13 mai 2010 p. 8881, texte n° 1, version consolidée au 1^{er} août 2016.

¹¹ Article 14 de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, *JORF*, n° 0285, 9 décembre 2009, p. 21226, texte n° 1, version consolidée au 1^{er} août 2016.

¹² Le CSA fixe les règles concernant les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives aux campagnes électorales en vertu de l'article 16 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (version consolidée au 1^{er} août 2016). Le Conseil fixe également les conditions de diffusion des messages d'alerte sanitaire émis par le ministre chargé de la santé conformément à l'article 16-1 de la même loi et détermine les modalités du droit de réplique aux déclarations ou communications du Gouvernement en vertu de l'article 54.

¹³ À l'article 11, 2° b) de la loi de 78-17 du 6 janvier 1978 (modifiée, *précitée*) concerne les compétences de la CNIL relatives aux normes simplifiées et à l'édition de règlements types en matière de sécurité des systèmes d'information. À l'article 13 de la même loi, la CNIL dispose d'une compétence liée à l'établissement son règlement intérieur, ce qui comprend notamment la détermination de la procédure de labélisation (cf. P2, T1, ch.2, Sect.2, §2).

¹⁴ Conformément à l'article L592-19 du Code de l'environnement, l'Autorité de sûreté nucléaire est habilitée à prendre des décisions réglementaires « à caractère technique pour compléter les modalités d'application des décrets et arrêtés pris en matière de sûreté nucléaire ou de radioprotection à l'exception de ceux ayant trait à la médecine du travail ».

¹⁵ Article 5 al. 3 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, version consolidée au 1^{er} août 2016.

certaines ont des compétences supplétives (CRE) là où d'autres possèdent des compétences étendues à de nombreux domaines (ARCEP/AMF).

857. La délimitation de leurs compétences réglementaires est rendue difficile par le pouvoir qu'ont les autorités d'émettre des actes à visée recommandationnelle. En effet, par ce pouvoir normatif mieux accepté et jugé plus efficace que le pouvoir traditionnel, les AAI remplissent une fonction équivalente à la fonction de réglementation, mais sans l'accompagner de garanties comparables. Didier TRUCHET considère, à juste titre, que le débat autour du concept de « droit souple » et plus spécifiquement sur les compétences des AAI est notamment dû au fait qu'il existe une « crispation excessive »¹⁶ sur l'attribution à celles-ci de compétences réglementaires.

858. La problématique des compétences réglementaires des AAI est enfermée dans une contradiction entre l'appel d'un encadrement toujours plus strict de la dévolution de compétences réglementaires – au regard notamment de la méfiance nourrie à l'encontre des AAI¹⁷ – et le besoin de compétences réglementaires dans des domaines qui connaissent une mutation technique rapide et où les administrations centrales n'ont pas nécessairement une expertise établie¹⁸. Dans ce schéma, l'usage de la recommandation pour suppléer à ce qui fait traditionnellement l'objet d'un commandement ne va pas sans générer une certaine instabilité et insécurité pour l'administré.

859. Pour comprendre les enjeux sur ces questions, il faut revenir d'abord sur les fondements d'un octroi limité des compétences réglementaires (A). Ensuite, nous étudierons le contexte d'une substitution de la recommandation à la réglementation pour en saisir les apports et les limites (B).

§1 L'octroi conditionné de compétences réglementaires aux autorités administratives indépendantes

860. Bien que le Conseil constitutionnel dépasse la lettre de l'article 21 de la Constitution lorsqu'il admet une délégation du pouvoir réglementaire par le législateur au profit des AAI (A), il accompagne cette solution de limites importantes, susceptibles de remettre en question, à terme, l'intérêt d'une telle délégation (B).

¹⁶ D. TRUCHET, « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? » dans *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1045.

¹⁷ Dans leur rapport, les parlementaires proposent explicitement de « limiter et encadrer le pouvoir réglementaire des AAI » (Rapport d'information n° 2925 (2010-2011) de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, sur les autorités administratives indépendantes, Assemblée Nationale, 28 octobre 2010, Tome I, p. 53, recommandation n° 2).

¹⁸ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 339.

A. Les contraintes constitutionnelles à la délégation du pouvoir réglementaire

861. Le pouvoir réglementaire peut être défini comme la capacité légale reconnue aux autorités administratives relevant du pouvoir exécutif d'édicter de manière unilatérale des actes à portée générale et impersonnelle, conformément à l'article 21 de la Constitution et sous réserve de l'article 13, dès lors que le pouvoir réglementaire appartient en principe au Premier ministre. La question s'est posée de savoir si cette disposition constitutionnelle n'excluait pas de façon absolue que des mesures réglementaires puissent, en vertu d'une délégation législative, être adoptées par une autorité administrative autre que le Premier ministre. Dans sa décision du 18 septembre 1986¹⁹, qualifiée d'« opportune et raisonnable »²⁰ par René CHAPUS, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre « le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre la loi »²¹. Le pouvoir ainsi reconnu aux « autorités de l'État autres que le Premier ministre », c'est-à-dire aux ministres et aux autorités administratives indépendantes, est un pouvoir réglementaire nécessairement spécial et cantonné à la mise en œuvre de la loi, qui doit respecter non seulement les lois, mais aussi les règlements²². Le recours à la notion d'exécution des lois est à exclure ici puisque la délégation peut non seulement concerner une matière autre que celles qui sont du domaine de loi, mais qu'elle peut aussi intervenir en l'absence d'une loi²³. Néanmoins, il convient de constater que le domaine de la loi tel qu'il apparaît délimité à l'article 34 de la Constitution n'en demeure pas moins étendu. En revanche, conformément à la conception préservant le pouvoir réglementaire conféré au Premier ministre,

¹⁹ Cons. const., décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, loi relative à la liberté de communication ; *D*, 1987, p.381, note H. MAISL ; *AJDA*, 1987, p. 111, note P. WACHSMANN ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, n° II-1986, p. 430-436 et p. 442-443, note B. GENEVOIS ; *RA*, 1986, p.372, note R. ETIEN.

²⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 657.

²¹ Cons. const., décision n° 86-217 DC, *précitée*, considérant 58. Ce principe a été repris depuis dans ses décisions ultérieures. Il a notamment été appliqué à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits (HADOPI) dans une décision du 10 juin 2009 (Cons. const., décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, considérant 33 ; *AJDA*, 2009, n° 21, p. 1132, S. BRONDEL ; *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2009, n° 51, p. 103-105, D. ROUSSEAU ; *JCP G*, 2009, n° 39, p. 46-52, M. VERPEAUX ; *RFDC*, 2010, n° 81, p.168, W. BENESSIANO ; *D*, 2009, n° 26, p.1770, J.-M. BRUGUIÈRE).

²² Cette référence aux lois et règlements figurait déjà à l'article 14-II de la loi du 29 juillet 1982 relatif au pouvoir réglementaire de l'ancienne Haute Autorité de la communication audiovisuelle (HACA). P.-A. JEANNENEY considère d'ailleurs cette précision inutile. Elle relève selon lui d'une méfiance à l'égard des AAI « comme si l'on craignait que ces autorités, prises d'un brusque désir d'indépendance ou d'un grain de folie, se mettent soudain à méconnaître les lois et règlements » (P.-A. JEANNENEY, « Le régulateur producteur de droit », *art. cit.*, p. 45).

²³ P. WACHSMANN, « Sur l'«indépendance» des autorités administratives d'État » dans S. DENAJA, P. IDOUX et M. CLAPIÉ (dir.), *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, vol. 2/1, p. 491.

le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution la disposition subordonnant le pouvoir réglementaire général que le Gouvernement exerce par décret en Conseil d'État à des règles générales qui seraient posées par la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL)²⁴.

862. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser dans un sens plus sévère son interprétation des dispositions de la Constitution²⁵, sans toutefois revenir sur les acquis de la jurisprudence de 1986. Soulevant d'office le moyen tiré de la violation de l'article 21 de la Constitution, il a estimé que l'habilitation donnée par le législateur ne devait concerner que « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »²⁶. Par voie de conséquence, la disposition qui habilitait le CSA à fixer « les règles déontologiques concernant la publicité et les règles applicables à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci », en raison de sa portée trop étendue, a été censurée²⁷. Dans ces conditions, comme le souligne Bruno GENEVOIS²⁸, la possibilité pour le législateur de déléguer des compétences réglementaires normalement dévolues au Premier ministre doit être : strictement limitée quantitativement d'une part, car le domaine d'habilitation doit être réduit ; et qualitativement d'autre part, car l'habilitation ne peut concerner que la « mise en œuvre d'une loi ». En définitive, le législateur ne peut confier aux AAI « le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi » que dans la mesure où cela ne remet pas en question « le pouvoir réglementaire », c'est-à-dire le pouvoir que le Premier ministre exerce dans sa fonction réglementaire. *In fine*, les fondements de la délégation d'un pouvoir réglementaire aux AAI permettent néanmoins de relativiser son caractère limité.

863. Afin de lever les ultimes restrictions résultant des décisions du Conseil constitutionnel, Arnaud HAQUET propose de redécouvrir une distinction « que la jurisprudence constitutionnelle a contribué à masquer »²⁹. La délégation par le législateur de compétences réglementaires à des autorités autres que le Premier ministre n'affecterait pas la compétence constitutionnelle de ce

²⁴ Cons. const., décision n° 86-217 DC, *précitée*, consid. 60.

²⁵ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA*, 1989, p. 215.

²⁶ Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, consid. 15 ; *RDP*, mars-avril 1989, n° 2, p. 429, note L. FAVOREU ; *D*, 1994, p. 137, note M. DOBKINE ; *RFDA*, 1989, p. 215, B. GENEVOIS ; *GDCC*, 2009, p. 554, L. PHILIP et L. FAVOREU ; *RA*, 1989, p. 223, J.-L. AUTIN.

²⁷ Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *précitée*, consid. 16.

²⁸ B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », art. cit., p. 217-218.

²⁹ A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes, réflexions sur son objet et sa légitimité », *RDP*, 2008, n° 2, p. 411.

dernier si l'on accorde de l'intérêt à la distinction entre le pouvoir réglementaire d'exécution et le pouvoir réglementaire d'application de la loi³⁰. Dans ce schéma, les règlements d'exécution de la loi sont ceux pris par le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution et les règlements de mise en application de la loi sont ceux pris par les autorités désignées par la loi, telles que les AAI³¹. Ces règlements ne répondraient pas à une obligation constitutionnelle, mais résulteraient simplement des termes de la loi. Selon Arnaud HAQUET, « on oublie trop souvent [...] que la plupart des règlements n'ont pas pour objet d'exécuter la loi, c'est-à-dire de préciser son contenu. Généralement, les règlements sont pris pour l'application des lois. Ils ne font que mettre en application un dispositif législatif qui est déjà applicable. Ils procèdent à sa concrétisation »³². Cette interprétation de la Constitution présente l'avantage de ne plus présenter le pouvoir des AAI comme un pouvoir spécial et subordonné tel que posé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Car, selon lui, si tel est le cas, il l'est comme « celui de n'importe quelle autorité qui bénéficie d'une compétence législative »³³. Dès lors, l'interdiction d'une telle dévolution porterait uniquement sur les règlements d'exécution des lois et les règlements d'application des AAI. Lorsqu'elle est possible, elles devraient respecter les règlements d'exécution adoptés par l'autorité nationale. Pour le reste, il serait inexact de considérer que les actes réglementaires des autorités doivent respecter les règlements d'application du Premier ministre, car celui-ci ne saurait édicter par exemple un règlement en lieu et place de l'ARCEP ou de l'AMF puisque la loi ne lui en a pas donné compétence³⁴. Toutefois, cette distinction entre l'« exécution des lois » et « la mise en application » ne convainc pas pour deux raisons principalement : d'abord, le caractère incertain de cette distinction transposée aux AAI. Il demeure en effet difficile de trouver un critère précis permettant de savoir ce qui relève de l'exécution ou de l'application. En pratique, la frontière entre les deux hypothèses est beaucoup moins nette (celle-ci ne l'était déjà par pour les collectivités)³⁵. Ensuite, la discussion concernant le pouvoir réglementaire des AAI dans le

³⁰ Cette analyse reprend la distinction entre « règlements d'exécution de la loi » et « règlements pris en application de la loi » proposée par Jean-Marie AUBY à propos des autorités des collectivités locales (J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités territoriales », AJDA, 20 septembre 1984, p. 468-477). Cette distinction consiste à distinguer les compétences réglementaires selon leur objet. Dans ce schéma, il conviendrait de distinguer le pouvoir réglementaire de l'article 21 qui serait le pouvoir réglementaire d'exécution des lois et le pouvoir réglementaire attribué par la loi dans le champ de l'article 72 de la Constitution qui serait un pouvoir de réglementation pris « en application de la loi ».

³¹ A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 409.

³² *Ibid.*, p. 408

³³ *Ibid.*, p. 412.

³⁴ A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », art. cit., 412.

³⁵ J.-Y. CHÉROT, « “Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire”. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1er de la Constitution » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*,

cadre constitutionnel en vigueur porte précisément sur le point de savoir si le législateur dispose de cette compétence de désigner une autorité, autre que le Premier ministre, titulaire d'une compétence réglementaire. Il s'avère difficile de penser une telle distinction en faisant abstraction de cet aspect irréductible du problème.

B. Des solutions inconfortables au regard de l'indépendance des autorités administratives indépendantes

864. À l'aune de cette interprétation des dispositions de la Constitution, qui n'ont pas connu d'évolution depuis, le Conseil constitutionnel opère un examen rigoureux des habilitations législatives au profit des AAI lorsqu'il en est saisi³⁶. Dans sa décision du 23 juillet 1996³⁷, le Conseil a vérifié si le législateur, dans la loi du 26 juillet 1996 créant l'autorité de régulation des télécommunications (ART)³⁸, à laquelle a succédé l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), n'avait pas été amené à attribuer des « pouvoirs de réglementation excessifs par leur champ d'application et leur contenu »³⁹. Après un examen des dispositions, il constate que l'ART peut préciser certaines règles techniques en matière d'exploitation de réseaux et de services, d'interconnexion et de terminaux, mais qu'elle ne se prononce pas sur les grandes catégories de réseaux et de services qui ont été définies par la loi. Il considère ainsi que le législateur ne lui a pas confié de pouvoir réglementaire général susceptible d'entrer en contradiction avec l'article 21 de la Constitution⁴⁰. Enfin, et surtout, le Conseil relève que la compétence réglementaire « s'exerce sous le contrôle du ministre chargé des télécommunications »⁴¹. Non seulement le pouvoir réglementaire est restreint dans son champ d'application et son contenu, mais il est désormais conditionné à l'approbation ministérielle. C'est sans doute à ce prix que l'important pouvoir de précision consacré par l'article 36-6 du Code des postes et des communications électroniques échappe à la censure. En effet, il est prévu que celle-ci partage ses compétences avec le ministre qui est appelé

Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 2192-2193 ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Thèse de doctorat de droit public, Pau, 1992, p. 206.

³⁶ Par exemple, il n'a pas été saisi la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 établissant la CRE et par laquelle le législateur a attribué un pouvoir réglementaire supplétif dans les secteurs de l'électricité et du gaz.

³⁷ Cons. const., décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, loi de réglementation des télécommunications ; *AJDA*, 1996, p.762, H. MAISL ; *AJDA*, 1996, p.694, O. SCHRAMECK ; *D.*, 1998, p.146, J. TRÉMEAU ; *LPA*, 1997, p.16, B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *JCP G*, 1996, p.1, F. OLIVIER et E. BARBRY.

³⁸ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *JORF*, n° 174 du 27 juillet 1996 p. 11384.

³⁹ Cons. const., décision n° 96-378 DC, *précitée*, consid. 8.

⁴⁰ De plus, ces compétences doivent s'exercer, en vertu de l'article 36-6, 1° du CPCE, dans le respect des dispositions du CPCE et de ses règlements d'application.

⁴¹ Cons. const., décision n° 96-378 DC, *précitée*, considérant 12.

formellement à homologuer les mesures prises sur ce fondement⁴². Autrement dit, si l'ART, et par la suite l'ARCEP, dispose bien d'un pouvoir réglementaire, celui-ci n'est pas exclusif. L'Autorité élabore les normes qui doivent ensuite être approuvées par le ministre avant leur publication au *Journal officiel*. Ce dispositif produit des conséquences importantes concernant le fait de savoir sur qui pèse la responsabilité de la décision : en l'occurrence, celle-ci incombe *in fine* à celui qui dispose du pouvoir d'approbation, en l'espèce le ministre chargé des télécommunications⁴³.

865. Lorsque la dévolution d'un pouvoir réglementaire à une autorité ne fait pas l'unanimité ou apparaît contestable au regard des dispositions de la Constitution, le pouvoir d'homologation constitue une garantie de constitutionnalité de la dévolution du pouvoir réglementaire⁴⁴. L'encadrement du pouvoir réglementaire d'une AAI par l'attribution d'un pouvoir d'homologation à un ministre est présenté par le Conseil d'État dans son rapport de 2001 sur les AAI comme la « garantie contre des tentations sournoises de corporatisme et comme gage de conformité des mesures prises avec l'ensemble de l'ordonnement juridique »⁴⁵. Néanmoins, ce dispositif consiste à restituer en partie le pouvoir de décision sous la tutelle du pouvoir exécutif⁴⁶.

866. La compétence réglementaire dévolue, dans ce schéma, demeure une prérogative des autorités ministérielles. Il ne s'agit pas d'une compétence liée. Autrement dit, le ministre peut ne pas homologuer une décision ; ce qui lui confère le pouvoir de dernier mot. En dernière instance, le choix relatif à l'opportunité d'un tel règlement appartient au ministre. Par l'intermédiaire de l'homologation, les autorités ministérielles exercent un contrôle des actes, à la fois de légalité mais, surtout, d'opportunité. De plus, le recours pour excès de pouvoir devra être formé contre l'arrêté d'homologation, mettant ainsi en cause le ministre qui a signé l'acte,

⁴² Désormais l'ARCEP exerce cette compétence sous le contrôle des ministres chargés de l'économie et de l'industrie.

⁴³ Patrice BATTISTINI, « Les Autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 2239.

⁴⁴ Ce fut le cas notamment pour l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) dont le pouvoir réglementaire avait fait l'objet d'un avis défavorable du Conseil d'État et n'a été accepté qu'en raison de sa soumission « à l'homologation des ministres compétents » (Rapport n° 2976 (2005-2006) de A. VENOT, au nom de la Commission des affaires économiques, sur le projet de loi relatif à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, Assemblée nationale, 21 mars 2006, p. 10).

⁴⁵ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 339.

⁴⁶ Si cette proposition d'homologation peut paraître souhaitable pour les autorités politiques – contrairement aux autorités de régulation – ils n'en demeurent pas moins problématique en ce qui concerne la compatibilité, dans certains cas, avec les exigences du droit de l'Union européenne (cas des directives qui exigent que la décision soit prise par une autorité indépendante) et, plus généralement, remet en cause la raison d'être de l'AAI (Rapport d'information n° 2925 (2010-2011) de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, *op. cit.*, p. 32).

et non contre la décision homologuée adoptée par l'autorité⁴⁷. Ce dispositif, outre le dévoilement d'une compétence partagée entre l'exécutif et certaines AAI dans des domaines considérés comme sensibles, accentue le caractère ténu de l'indépendance des autorités en question dans le cadre d'exercice de cette mission de réglementation. C'est la raison d'être des AAI qui est remise en question par ce dispositif d'homologation. De plus, l'attribution de compétences de réglementation étendues à des instances indépendantes, avec une forte proximité avec le secteur régulé, répond à un souci « de ne pas ralentir l'adaptation de la norme en temps réel »⁴⁸. À cet égard, le législateur peut privilégier un encadrement du pouvoir réglementaire par l'institution d'un représentant du gouvernement avec des pouvoirs plus ou moins étendus tels que celui de demander une deuxième délibération ou de disposer de prérogatives sur la détermination de l'ordre du jour de l'autorité. Il en va ainsi du directeur général du Trésor pour l'Autorité des marchés financiers⁴⁹ et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁵⁰ ou du commissaire du gouvernement pour la Commission de régulation de l'énergie⁵¹ et l'Autorité de la concurrence⁵².

867. Le pouvoir réglementaire des autorités consiste *in fine* dans l'octroi de compétences spécialisées, encadrées, et limitées⁵³. Ce dispositif, aussi commode soit-il, est susceptible de remettre en question l'indépendance et la raison d'être des autorités sur ces points. Pour Dominique CUSTOS, « s'il est possible de constater que les AAI en général [...] ont [...] surmonté les obstacles constitutionnels, c'est au prix de conditions draconiennes »⁵⁴. Malgré les évolutions tendant à encadrer drastiquement les compétences réglementaires des AAI, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'en permet pas moins la délégation par le législateur.

⁴⁷ D'ailleurs, il convient de noter que les limitations du pouvoir réglementaire attribué aux AAI peuvent conduire à des imbroglios en termes de compétence, comme en témoigne la décision du Conseil d'État du 26 janvier 2000. Dans cette décision, il a été jugé que, selon les textes applicables, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), désormais remplacée par l'ARCEP, n'avait pas compétence pour subordonner l'utilisation des installations de radioamateurs à l'obtention d'un certificat et pour fixer les conditions de délivrance de ces certificats, car ces prérogatives appartenaient au seul ministre chargé des télécommunications. Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que la circonstance que la décision de l'ART contenant les prescriptions litigieuses ait été homologuée par le ministre n'avait pas pour effet de purger l'incompétence de l'auteur de l'acte, qui demeure en premier lieu l'ART (Conseil d'État, 26 janvier 2000, n° 197709, *M. Pauc et autres*, T. Lebon p. 798 et 1134 ; *D*, 2000, p. 52).

⁴⁸ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 339.

⁴⁹ Article L621-3, I du CMF.

⁵⁰ Article L612-11 du CMF.

⁵¹ Article L133-4 du Code de l'énergie.

⁵² Article L461-2 Code de commerce.

⁵³ D. CUSTOS, « Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la "Federal Communications Commission" (FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART) », *Politiques et management public*, vol. 20, n° 1, p. 76.

⁵⁴ *Ibid.*

Dès lors, même si ces compétences demeurent secondaires et subordonnées, les points à discuter quant à l'habilitation législative d'une AAI demeurent ceux de l'opportunité politique et de l'opposition des légitimités avant de reprendre la discussion sur celle des compétences. Le blocage se révèle dès lors plus politique que juridique, lorsque la proposition consiste à postuler « une illégitimité de principe du pouvoir réglementaire des autorités secondaires »⁵⁵.

§2 L'insécurité juridique engendrée par la recommandation-réglementation

868. Bien que la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière « offre suffisamment de latitude »⁵⁶ dans l'attribution d'une compétence réglementaire, le législateur s'est montré – et se montre encore – prudent quant à la délégation de compétences réglementaires aux autorités administratives indépendantes, rendant parfois leur tâche de régulation difficile. Dans ce schéma, l'emploi du procédé recommandationnel s'avère opportun pour remplir une fonction instrumentale équivalente à celle d'un acte réglementaire⁵⁷ (A) ; ce qui, sans étonnement, conduit, dans la plupart des cas, à réévaluer la portée juridique des actes émis (B).

A. Le procédé recommandationnel comme moyen de pallier les carences de compétences réglementaires

869. Dans son étude bilan de 2006 sur les AAI, Marie-Anne FRISON-ROCHE s'interrogeait sur le fait de savoir si l'octroi des compétences réglementaires n'était pas superfétatoire au regard de la spécificité de cette catégorie institutionnelle :

« Peut-on considérer qu'indépendamment de la question juridique qu'une telle attribution pose, ce pouvoir est nécessaire aux Autorités administratives indépendantes ? Il convient ici de distinguer le fait et le droit. En effet, si l'Autorité concernée a suffisamment d'autorité, c'est-à-dire ce mixte de compétence et de prestige, alors toute formulation de sa part d'un principe général sera prise en considération, c'est-à-dire reçu avec la même force que s'il était doté en droit d'un effet obligatoire. Cela relativise l'exclusif pouvoir d'attribution détenu par le législateur, puisque si l'Autorité a suffisamment d'ascendant, elle se l'attribue elle-même »⁵⁸.

870. Cette réflexion est intéressante en ce qu'elle consiste à établir le procédé recommandationnel des AAI comme le moyen presque suffisant pour assurer une fonction proche de celle de la réglementation. En d'autres termes, il y aurait des recommandations de portée générale, non formellement obligatoires, adoptées dans le cadre d'une mission de

⁵⁵ A. HAQUET, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 399.

⁵⁶ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 379.

⁵⁷ P.-A. JEANNENEY, « Le régulateur producteur de droit », art. cit., p. 48.

⁵⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 8.1.4.

réglementation – des sortes de « recommandation-réglementation » – qui seraient respectées du seul fait qu’elles émanent d’une instance indépendante chargée d’une mission de régulation *lato sensu*. Il s’agirait d’un pouvoir « quasi-réglementaire »⁵⁹. Si cette dénomination est peu rigoureuse, elle permet néanmoins de saisir l’idée selon laquelle l’acte en question a la valeur juridique d’une simple proposition, mais remplit la fonction instrumentale d’un acte réglementaire. La proposition d’user d’une telle « recommandation-réglementation » se fonde sur la distinction existante entre l’*imperium* et l’*auctoritas*, c’est-à-dire entre la compétence d’imposer, d’une part, et la légitimité de commander, d’autre part⁶⁰. Dans ce schéma, les AAI n’auraient pas besoin de se voir reconnaître la capacité formelle d’imposer une règle générale et impersonnelle dans la mesure où elles sont reconnues par les opérateurs du marché ou les administrés comme étant légitimes à les diriger. Cette vision idéalisée de la régulation ne vaut que si l’on envisage une pratique de la régulation qui ne suscite aucune contestation. Or, cela est loin d’être le cas comme en témoignent les nombreux recours dirigés contre les actes à visée recommandationnelle⁶¹. On peut, dès lors, s’interroger sur la nécessité de développer une pratique trompeuse – même si souple et adaptable – qui semble ne constituer qu’une invitation à adopter un comportement ou à se conformer à une disposition sans force obligatoire, mais qui, en pratique, sont ressenties, le plus souvent, par les opérateurs ou les administrés, comme étant obligatoires ou, à tout le moins, difficilement contournables.

871. L’émergence de telles « recommandations-réglementation » trouve deux origines distinctes. D’abord, elle peut résulter du choix de l’autorité de privilégier une démarche non contraignante. Cette pratique se fonde sur l’idée qu’une autorité administrative, même si elle dispose de compétences décisionnelles, peut faire le choix de ne pas imposer sa volonté suivant l’idée « qui peut le plus peut le moins »⁶². Toutefois, cette pratique trouve une limite dans l’incompétence négative lorsque l’acte suscite des critiques (requalification par le juge de l’acte). En effet, ce choix peut aussi être motivé, de façon contestable, par la volonté d’échapper aux contraintes légales attachées à l’acte réglementaire. Hervé SYNDET observe, à propos de l’AMF, de nombreux exemples d’utilisation des instruments recommandationnels pour sortir

⁵⁹ H. DELZANGLES, « L’émergence d’un modèle européen d’autorités de régulation », *RJEP*, décembre 2011, n° 692, p. 4-13.

⁶⁰ Cf. PI. TI. Ch3. Sect.2.

⁶¹ En témoigne les deux décisions du même jour du Conseil d’État relatif au recours contre les actes non décisionnels des autorités de régulation (CE, Ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta international et autres* (2 espèces), nos 368082-84 et 390023, *précitées*).

⁶² D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984, p. 303.

de son domaine de compétence ou pour échapper aux contraintes qu'impose l'exercice de son pouvoir réglementaire⁶³.

872. Ensuite, le choix du procédé recommandationnel peut être inspiré par le décalage qui existe entre la définition large et ambitieuse des missions des AAI et une attribution excessivement prudente des compétences normatives. Dans cette seconde hypothèse, l'autorité n'a en quelque sorte d'autre choix que de faire le moins – recommander l'adoption d'un comportement considéré souhaitable – pour faire le plus – adopter des règles de conduite qui sont respectées.

873. Dans ce cas, l'origine de ce dévoiement du procédé recommandationnel tient au fait que la dévolution de compétences réglementaires aux AAI ne répond pas à une logique d'ensemble, mais se fait au coup par coup, par strates législatives. L'objet et l'utilité du pouvoir réglementaire sont donc à considérer AAI par AAI. L'exemple des autorités successives de régulation de l'audiovisuelle offre une illustration concrète des inconvénients liés aux hésitations du législateur quant à la dévolution de compétences réglementaires. En effet, après quelques années de fonctionnement, le législateur retira l'essentiel des compétences réglementaires qu'il avait attribuées aux premières autorités de régulation de l'audiovisuel sans pour autant réduire le champ des missions du régulateur⁶⁴ : soit il a décidé de ne pas reprendre la compétence dans la loi substituant une autorité à l'autre⁶⁵ ; soit il a pris la décision de la restituer au Premier ministre⁶⁶. À l'inverse, lorsqu'il a décidé de confier une telle compétence aux autorités, celle-ci s'est avérée minime⁶⁷. Cette dévolution partielle, qui ne répond à aucune

⁶³ H. SYNDET, « Droit et marchés financiers », *Bulletin Joly Bourse*, 01 novembre 2014, n° 11, p. 517.

⁶⁴ D. TRUCHET, « Communication audiovisuelle, régulation et secteur public », *JC Administratif*, Fasc. 273-10, 3 décembre 2006, paragr. 74.

⁶⁵ Le législateur lui avait ainsi confié le soin de fixer les règles générales de programmation et les conditions générales de production des œuvres diffusées dans le secteur privé « et notamment la part maximale d'émissions produites par l'exploitant de services » (Article 27-II de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF*, octobre 1986, p. 11757).

⁶⁶ On peut citer à ce propos la problématique des émissions de télé-achat, émissions proposant au téléspectateur des produits à l'achat, apparue dans un vide juridique en 1987. La loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative au « télé-achat » (*JO* du 7 janvier 1988, p. 271) avait pour objet essentiel de donner compétence à l'autorité de régulation pour fixer les règles de programmation (H. VIARDOT, « Le télé-achat ou la distribution à la télévision », *LEGICOM*, 1 février 1998, vol. 16, n° 1, p. 15-25). Or l'article 25 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (*JORF*, n° 177, 2 août 2000, p. 11903 texte n° 1), outre l'abrogation de la loi sur le « télé-achat », a modifié l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 restituant la compétence réglementaire au Gouvernement.

⁶⁷ Le législateur a, dans la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité des produits destinés à l'homme (*JORF*, n° 151, 2 juillet 1998, p.10056), octroyé au CSA un pouvoir réglementaire en créant l'article 16-1 de la loi de 1986. Toutefois celui-ci se révèle minime puisqu'il n'accorde en fait au CSA le pouvoir de fixer les règles concernant les conditions de diffusion aux heures de grande écoute des messages d'alerte sanitaire émis par le ministre de la Santé.

contrainte juridique spécifique, et fait l'objet de critiques en ce sens⁶⁸, force les AAI à surmonter les carences de compétences réglementaires pour remplir leur mission par le biais notamment de leurs attributions consultatives. Elles sont contraintes de pallier l'insuffisance de compétences réglementaires ou la rigidité de leur mise en œuvre (forme, publicité, etc.). Par exemple, de son expérience en tant que directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), devenue l'Autorité de régulation des communications et des postes (ARCEP), Pierre-Alain JEANNENEY⁶⁹ retient deux moyens utilisés par l'Autorité pour surmonter l'encadrement sévère des compétences formelles : le pouvoir d'avis, d'une part, et le procédé recommandationnel, d'autre part⁷⁰. De la même manière, Maxime TOURBE constate que l'ARCEP a surmonté les limites liées à sa compétence réglementaire « grâce à l'une des vertus de la formule des autorités de régulation indépendantes : le caractère polymorphe de son action »⁷¹, entendu ici comme les multiples manifestations informelles d'une magistrature d'influence.

874. Certains auteurs ont pu identifier dans cette carence l'un des fondements de la « magistrature d'influence-fonction » des AAI. À cet égard, ce que Laurence CALANDRI nomme le « procédé régulateur »⁷², à savoir les pouvoirs d'influence informels et semi-formels des AAI, trouve précisément, selon elle, l'un de ses deux fondements dans l'octroi limité – pour ne pas dire insuffisant – de prérogatives décisionnelles⁷³. Si nous partageons ce constat, nous nous garderons d'en conclure que la magistrature d'influence ne serait utile en l'espèce que pour combler l'absence de compétences réglementaires⁷⁴. Pour saisir la portée de cette substitution, il convient de l'inscrire dans une pratique qui dépasse le champ de la régulation et qui est relative aux « actes para-réglementaires ». Dans sa thèse sur le pouvoir para-réglementaire des autorités administratives, David MOCKLE évoque la nature des rapports existant entre ce qu'il

⁶⁸ Le Conseil d'État, dans son étude sur les AAI pour l'année 2001, fait le constat que l'autorité de régulation ne bénéficie pas des pouvoirs nécessaires à sa mission (Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 339). Le CSA, quant à lui, suggère régulièrement l'élargissement de ses compétences réglementaires afin d'être en mesure d'assurer ses missions (CSA, *Contribution du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur l'adaptation de la régulation audiovisuelle*, Paris, Conseil supérieur de l'audiovisuel, 2013, p. 37-38 et p. 43).

⁶⁹ Pierre-Alain JEANNENEY a été directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) de 1997 à 2001, devenue l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

⁷⁰ L'auteur parle de « droit souple » (P.-A. JEANNENEY, « Le régulateur producteur de droit », art. cit., p. 48).

⁷¹ M. TOURBE, « L'ARCEP et le service universel des communications électroniques : l'exercice d'un pouvoir d'influence » dans L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 210.

⁷² L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, op. cit., p. 334.

⁷³ *Ibid.*, p. 334 et s ; P.-A. JEANNENEY, « Le régulateur producteur de droit », art. cit., p. 47 et s.

⁷⁴ O. DOUVRELEUR, « La soft law en matière financière : le point de vue de l'Autorité des marchés financiers », *Revue de Droit bancaire et financier*, janvier 2012, n° 1, dossier 5, paragr. 11.

nomme les « actes para-réglementaires » et les actes formellement réglementaires. Selon lui, « le remplacement pur et simple des actes réglementaires par des pratiques ou des textes à portée juridique incertaine [...] est souvent apparu [...] comme regrettable. Les actes réglementaires, malgré quelques déficiences réelles ou supposées, n'en présentent pas moins de sérieuses garanties et une qualité indéniable qui dépassent largement l'univers trouble et obscur des notes de service »⁷⁵. Par conséquent, loin d'être un procédé original ou un renouvellement attendu des pratiques de régulation, le « procédé régulateur » s'apparente plutôt à un objet d'étude en souffrance. Il s'appréhende dès lors comme le seul moyen à disposition des autorités pour pallier l'insuffisance des compétences réglementaires nécessitées par leurs missions. Or cette pratique, aussi commode soit-elle dans certains cas, ne passe pas toujours le contrôle du juge administratif.

B. L'issue juridictionnelle aléatoire des « recommandations-réglementation »

875. Didier TRUCHET, parlant de « miettes réglementaires »⁷⁶ à propos des compétences du Conseil supérieur de l'audiovisuel, observe que la délégation insuffisante de compétences réglementaires rend la tâche de régulation de l'autorité de régulation de l'audiovisuel difficile puisque si elle peut « exprimer, par voie de communiqués, des positions sur l'attitude qu'[elle] entend suivre », elle doit cependant « se garder de franchir le seuil de normativité qui transformerait ces « directives » en actes réglementaires entachés d'incompétence »⁷⁷. En effet, conformément à son office, le juge administratif s'assure que l'autorité ne s'écarte pas de l'habilitation donnée par le législateur, aussi limitée soit-elle. Autrement dit, il annule, le cas échéant, pour incompétence les actes à visée recommandationnelle lorsque ceux-ci s'avèrent en pratique avoir une portée obligatoire. Il a de cette façon annulé un communiqué du CSA du 22 février 2000 dans lequel ce dernier affirmait que tous les sites internet, y compris ceux de la presse, de l'édition, du cinéma et de la distribution, devaient pouvoir accéder à la publicité télévisée considérant qu'il avait fait usage d'un pouvoir réglementaire qui ne lui appartenait pas⁷⁸.

⁷⁵ D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, *op. cit.*, p. 458-459.

⁷⁶ D. TRUCHET, « L'institution régulatrice de l'audiovisuel en France : de la Haute autorité au Conseil supérieur de l'audiovisuel » dans Ch. DEBBASH et C. GUEYDAN (dir.), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle, Actes des premières rencontres Internationales du Droit de l'Audiovisuel*, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1991, p. 25.

⁷⁷ D. TRUCHET, « Communication audiovisuelle, régulation et secteur public », Fasc. : 273-10, art. cit., p. 71.

⁷⁸ CE, Sect., 3 juill. 2000, n^{os} 218358, 218458, 219038, 219262 et 219364, *Société civile auteurs réalisateurs producteurs et a.*, Rec. Lebon p. 289 ; *JCP G*, 2000, IV, 2702, obs. M.-C. ROUAULT.

876. Cette substitution du procédé recommandationnel aux compétences réglementaires pour remplir une fonction équivalente à celle des actes réglementaires – aussi souple soit-il – présente le risque non négligeable de brouiller la lisibilité de l’activité normative de l’institution et, par là même, conduit à fragiliser la sécurité des destinataires de ses actes. Par exemple, en octobre 2012, l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a adopté une recommandation sur la commercialisation des contrats à terme. Elle ne s’est pas contentée de recommander des bonnes pratiques, c’est-à-dire en l’occurrence d’indiquer l’existence de bonnes pratiques, elle a notamment décidé que « cette recommandation, publiée au registre officiel de l’ACPR, s’applique[rait] à compter du 1er juin 2013 »⁷⁹. En l’occurrence, outre la vocation instrumentale de l’acte proche d’un règlement, la référence à la notion « d’entrée en vigueur » devrait en toute logique s’interpréter comme l’émission d’un acte dont la portée obligatoire pèserait sur les destinataires à compter de la date mentionnée. Cela reviendrait à reconnaître une portée réglementaire à cette recommandation, et ce alors même que l’ACPR ne dispose, aux termes des dispositions du Code monétaire et financier⁸⁰, d’aucune compétence en ce sens. Plutôt que de rejeter la faute sur l’Autorité en question, Thierry BONNEAU situe précisément l’origine du problème dans la défaillance du législateur⁸¹. En toute logique, cette recommandation devrait faire l’objet d’une annulation dans le cas où une personne intéressée en ferait la demande au juge, et ce quelle que soit l’utilité de cette recommandation pour les experts du secteur.

877. Toutefois, le Conseil d’État peut privilégier une interprétation constructive des compétences réglementaires des AAI afin précisément de légaliser – par une requalification – des actes jugés nécessaires pour remplir les missions que la loi leur assigne⁸². Il est ainsi permis d’interpréter certains arrêts du Conseil d’État comme une mise en œuvre de la théorie des compétences implicites au bénéfice des AAI. Selon cette théorie, les habilitations à réglementer ne sont pas expressément prévues par les textes, mais leur existence se déduit des attributions formelles par un lien de nécessité qui veut qu’« un organe qui participe à l’action de l’administration, doit se voir reconnaître l’ensemble des pouvoirs nécessaires à

⁷⁹ Autorité de contrôle prudentiel, recommandation n° 2012-R-02 du 12 octobre 2012 sur la commercialisation des comptes à terme.

⁸⁰ Article L612-29-1 du CMF.

⁸¹ Th. BONNEAU, « L’ACP, législateur occulte ? », *Revue de Droit bancaire et financier*, février 2014, n° 1, p. 1-2.

⁸² Voir sur ce point : B. FAURE, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA*, juillet 1998, n° 7, p. 547-552 ; D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, *op. cit.*, p. 308 ; sur les origines de la théorie : P. COMBEAU, *L’activité juridique interne de l’administration : contribution à l’étude de l’ordre administratif intérieur*, Thèse de doctorat de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2000, p. 240 et s.

l'accomplissement de sa mission »⁸³. L'identification de ce lien relève de l'office du juge⁸⁴. Cette théorie a pour principal intérêt de fonder la légalité d'un pouvoir alors même qu'il ne repose sur aucune compétence explicitement établie⁸⁵. Par exemple, dans sa décision du 8 avril 2009⁸⁶, le Conseil d'État a justifié « par nécessité »⁸⁷ la portée réglementaire des « recommandations » émises par le CSA. Antérieurement à cette décision, il avait déjà eu l'occasion de faire une application de la théorie des compétences implicites concernant l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) dans sa décision du 26 juin 1998⁸⁸. En l'espèce, la loi du 26 juillet 1996⁸⁹ n'habilitait pas l'Autorité à définir les conditions et la procédure à suivre pour l'attribution de préfixes attachés aux numéros permettant la sélection du transporteur. Le commissaire du gouvernement, Patrick HUBERT, suggéra au Conseil de « découvrir dans la loi une habilitation semi-tacite, c'est-à-dire nécessairement voulue par le législateur, mais se traduisant par une rédaction ambiguë et, à la suite sans doute d'un oubli, non introduite par l'article L.36-6 du code »⁹⁰. Le Conseil d'État, à la lumière des travaux parlementaires et en cohérence avec les évolutions législatives ultérieures, privilégia donc une lecture constructive des dispositions réglementaires afin de combler ce qu'il convient d'appréhender dès lors comme une lacune du projet de loi⁹¹.

⁸³ J.-C. VENEZIA, « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administratives » dans *Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 795, cité par N. DECOOPMAN, « La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés », *RIDC*, 1980, vol. 32, n° 2, p. 125.

⁸⁴ P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration*, op. cit., p. 250.

⁸⁵ Le juge maîtrise donc l'établissement du lien comme le montre des arrêts relatifs à la reconnaissance, ou au contraire le refus de reconnaissance d'un pouvoir d'injonction implicite à des AAI. Pour un exemple de délégation implicite : CA de Paris, 28 avril, 1998, n° 97/17847 *S.A. France Télécom c/ Société Paris TV câble*, *AJDA* 1998, p. 835, note I. DE SILVA.

⁸⁶ CE, Ass., 8 avril 2009, n° 311136, *M. Hollande et M. Mathus*, Rec. Lebon p. 140 ; *RFDA*, 2009, p.351, conclu. C. de SALINS ; *AJDA*, 2009, p. 677 ; *AJDA*, 2009, p.1096, S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGI.

⁸⁷ S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGI, « Quand le président de la République parle, ça compte », commentaire sous CE, Ass., 8 avril 2009, n° 311136, *MM. Hollande et Mathus*, *AJDA*, juin 2009, vol. 20, p. 1098.

⁸⁸ CE, Ass., 26 juin 1998, n°s 194151, 194152 et 195427 à 195430, *AXS Télécom et Société Esprit Télécom*, Rec. Lebon p. 112 ; *AJDA*, 1998, p.636 ; *AJDA*, 1998, p.565, étude P. FOMBEUR et F. RAYNAUD ; *D*, 1998, p.184.

⁸⁹ Article L36-6 du CPT.

⁹⁰ Patrick HUBERT, conclusions sur CE, Ass., 26 juin 1998, n° 194151, *AXS Télécom et Société Esprit Télécom*, inédites.

⁹¹ En effet, dans les travaux préparatoires de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (*JORF*, n° 174, 27 juillet 1996, p. 11384), il apparaît que les députés avaient souhaité confier à l'ART la compétence pour établir un « plan national de numérotation », ce qui est indiqué à l'article L34-10 du CPC. Toutefois, l'article L36-6 du CPC relatif au pouvoir réglementaire dévolu à l'Autorité n'avait pas été modifié en ce sens. Dès lors, deux solutions se présentaient au Conseil d'État : soit ce dernier adoptait une lecture stricte de l'article L36-6 privilégiant ainsi une conception restrictive du pouvoir réglementaire des AAI ; soit il privilégiait au contraire une interprétation constructive, tenant compte de l'article L34-10. C'est cette seconde solution qui a eu la préférence du commissaire du gouvernement et qui a prévalu dans cette affaire. La solution contraire, il est vrai, comportait le risque de vider d'une partie de sa substance l'article L34-10 (P. FOMBEUR et F. RAYNAUD, « Procédure et conditions de l'attribution des préfixes téléphoniques », étude CE, Ass., 26 juin 1998, nos 194151, 194152 et 195427 à 195430, *AXS Télécom et Société Esprit Télécom*, *AJDA*, 1998, p. 567).

878. En définitive, sans nier les avantages en termes de souplesse et d'efficacité des actes à visée recommandationnelle, il convient de faire le départ entre l'utilité d'une forme souple et le risque que représentent ces actes en ce qu'ils demeurent situés hors du droit. En effet, le recul du droit dans la mise en œuvre des lois revient à nier les enjeux traditionnels de forme et de procédure des actes réglementaires au profit de la performance, de la souplesse et de l'effectivité supposées des actes à visée recommandationnelle. La souplesse revendiquée dans ce cas n'apparaît que comme l'expression d'une insécurité juridique plus ou moins assumée. Dans ce cas, on rejoindra les critiques selon lesquelles l'approche de la régulation néglige trop souvent la problématique de la stabilité de la norme et de la sécurité juridique⁹². L'octroi insuffisant de compétences doit s'analyser comme une imperfection structurelle qui, *in fine*, fragilise l'acceptation de l'intervention des AAI tant lors de l'exercice de leurs compétences décisionnelles que dans leur magistrature d'influence. En effet, sous prétexte de dépasser les rigidités propres au droit, cette pratique, dont le gain en termes de sécurité juridique interroge, revient en réalité à les prolonger en « inventant son double »⁹³. À cet égard, l'ouverture du recours contre les actes « souples » des « autorités de régulation » participe, dans une moindre mesure, à réaffirmer la nécessité de respecter certaines règles de procédures minimales assurant la sécurité des destinataires. Toutefois, il apparaîtrait surprenant, sur le plan de la cohérence juridique, de se satisfaire d'un recours aux exigences de moindre importance dès lors que l'acte remplit, en pratique, une fonction équivalente à celle d'un acte réglementaire.

Section 2. L'entre-deux fonctionnel des lignes directrices

879. L'attribution de compétences de décision individuelle à des AAI disposant par ailleurs d'une capacité d'émettre des avis et recommandations ne pouvait se faire sans susciter des interrogations quant à leur invocabilité et leur opposabilité dans le cas où elle participerait à encadrer l'exercice des compétences discrétionnaires. En effet, dans le cadre de la « régulation souple », nombreuses sont les autorités qui disposent d'une compétence discrétionnaire de décision individuelle. Cette compétence s'oppose par définition à la compétence liée. Elle désigne classiquement le pouvoir de l'administration d'agir, de s'abstenir ou de décider avec une marge plus ou moins grande de liberté, en fonction d'une appréciation d'opportunité⁹⁴. Ces

⁹² D. BRIAND-MELEDON, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 3/2007 (t. XXI, 3), p. 370

⁹³ D. MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », art. cit.

⁹⁴ Le pouvoir discrétionnaire peut résulter tant d'un choix du législateur, ou de l'autorité réglementaire, qui établit son existence par l'emploi du verbe « pouvoir ». Il peut aussi apparaître lorsque le législateur, après avoir

compétences appellent parfois un encadrement connu des administrés. L'autorité publique, investie d'un pouvoir discrétionnaire, peut se fixer à elle-même une ligne de conduite. À ce stade, il convient de préciser que les développements qui suivent consistent à montrer que les lignes directrices n'appartiennent pas aux instruments normatifs d'une magistrature d'influence.

880. Les AAI, à l'instar de n'importe quelle autorité administrative, sont susceptibles de soumettre l'exercice de leurs compétences décisionnelles discrétionnaires à des règles de fond, ce qui permet aux administrés d'anticiper la mise en œuvre d'une compétence décisionnelle discrétionnaire d'une AAI. Ces orientations se trouvent le plus souvent dans leurs avis, leurs recommandations ou autres instruments de communication, sans pour autant qu'elles ne s'apparentent à des normes recommandationnelles ou incitatives. Néanmoins, cet entre-deux des lignes directrices – elles n'imposent pas *a priori* mais encadrent l'exercice d'un pouvoir décisionnel – peut susciter des confusions avec les actes à visée recommandationnelle. Ces questions nous invitent à nous intéresser à la solution *Crédit foncier de France*⁹⁵ relative aux « directives administratives », création prétorienne du Conseil d'État qu'il convient désormais de nommer « lignes directrices » conformément à la formulation retenue dans la décision du 19 septembre 2014, *Mme. B.A. et M. A.*⁹⁶. Cette application de la jurisprudence des « lignes directrices » est susceptible d'apporter une clarification sur l'usage et la fonction remplis par certains actes *a priori* non décisifs des AAI.

881. Historiquement, les « lignes directrices » constituent une catégorie d'actes dégagée par le Conseil d'État dans sa décision du 19 septembre 1970 auxquels s'applique un régime singulier. L'objectif de ce régime, selon l'interprétation qu'en fait Bertrand SEILLER, consistait à « pallier le nombre insuffisant des titulaires du pouvoir réglementaire »⁹⁷. En effet, cette création fait suite au constat que les ministres, incompetents pour imposer des critères de

déterminé la mission et les objectifs de l'intervention, prévoit explicitement la marge d'action de l'autorité administrative indépendante.

⁹⁵ CE, Sect., 11 déc. 1970, n° 78880, *Crédit foncier de France c/ Delle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. Lebon p. 750, concl. L. BERTRAND ; *AJDA* 1971, p. 196, chron. H.T.C. ; *RDP*, 1971, p. 1224, note M. WALINE ; *D*, 1971, p. 674, note D. LOSCHAK ; *JCP G*, 1972, II, 17232, note M. FROMONT, *GAJA*, 19^e éd., 2013, n° 83 ; complété par l'arrêt CE, Sect., 29 juin 1973, n° 82870, *Société Géa*, Rec. Lebon p. 453 ; *AJDA*, 1973, p. 587, chron. M. FRANC et M. BOYON, note VIER ; *RDP*, 1974, p. 547, note M. WALINE ; *D*, 1974, p. 141, note A. DURUPTY.

⁹⁶ CE, 19 septembre 2014, n° 364385, *M. Jousselin*, Rec. Lebon p. 272 ; *JCP A*, 2014, act. 759, obs. F. TESSON ; *Droit administratif*, 2014, comm.70, J.-M. AUBY. Cette évolution fait suite à une proposition du Conseil d'État dans son étude *Le droit souple* (Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 141). Voir sur ce point : P. CASSIA, « Directives administratives ou lignes directrices ? Une drôle d'affaire ! », *JCP Administration et Collectivités territoriales*, 27 octobre 2014, n° 43, act. 821.

⁹⁷ B. SEILLER, « Art 2 - acte administratif unilatéral non décisif », *Répertoire de contentieux administratif - Dalloz*, janvier 2010, paragr. 231.

référence à leurs services lorsque ceux-ci prennent des décisions individuelles, continuaient néanmoins à diriger l'action de l'administration par l'émission de critères et d'orientations générales. Face à cette situation, deux solutions se présentaient à la haute Cour : soit celle-ci annulait pour un motif d'incompétence tout acte de l'administration tendant à encadrer ou rendre prévisible l'application d'un pouvoir discrétionnaire ; soit elle reconnaissait une compétence réglementaire générale à l'autorité compétente dans son domaine d'action comme cela lui avait été suggéré par un de ses commissaires du Gouvernement⁹⁸. Dans sa décision *Crédit foncier de France*, sur les conseils du commissaire du Gouvernement Louis BERTRAND, le Conseil d'État privilégia une troisième solution, une voie intermédiaire. Il opta pour un compromis en situant l'examen de ces actes sur le terrain d'un « pouvoir d'orientation »⁹⁹ et non plus sur celui du pouvoir réglementaire. Il était en effet apparu nécessaire de permettre à l'administration de définir et de faire connaître aux intéressés les critères objectifs fondant ses décisions individuelles et les conditions de fond auxquelles est soumis l'octroi de certains avantages.

882. Infirmant l'idée selon laquelle cette « théorie a tourné court »¹⁰⁰, il convient de s'intéresser à la nature hybride et au régime juridique spécifique des lignes directrices (§1) pour ensuite préciser l'intérêt de redécouvrir cette jurisprudence au profit des AAI (§2).

§1 Le caractère hybride des lignes directrices : entre règlement et recommandation ?

883. Les lignes directrices remplissent par définition une fonction équivalente à celle des actes réglementaires (A), mais disposent d'un régime spécifique qui les en éloigne sans les rapprocher pour autant des actes à visée recommandationnelle (B).

A. L'absence de spécificité fonctionnelle de la ligne directrice

884. Les « lignes directrices » ont pour finalité d'orienter et de rationaliser la liberté de décision des agents qui mettent en œuvre une réglementation ou une législation déterminée¹⁰¹. Dans ce cas, les « lignes directrices » s'inscrivent dans une dynamique fonctionnelle

⁹⁸ Dans sa décision *Distilleries Brabant* du 23 mai 1969, le Conseil d'État a dénié au ministre des Finances le pouvoir de prendre des mesures par voie réglementaire dans le domaine de l'intervention économique, et ce en contradiction avec les conclusions du Commissaire du gouvernement, Nicole QUESTIAUX, qui proposait alors de lui reconnaître la validité d'une compétence réglementaire générale (CE, Sect. 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant et Cie*, Rec. Lebon p. 264-275, concl. N. QUESTIAUX ; *AJ* 1969, p. 640, concl. QUESTIAUX, note TOURNIÉ ; *RDP* 1969, p. 1127, concl. N. QUESTIAUX ; *D*, 1970, p. 770, note M. FROMONT).

⁹⁹ J.-F. LACHAUME et al., *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. 241.

¹⁰⁰ D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 292.

¹⁰¹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 499.

d'application du droit qui les éloigne de la finalité directive des actes à visée recommandationnelle. En effet, les « lignes directrices » supposent l'existence d'actes juridiques en amont et en aval. Elles sont censées déterminer les détails d'application d'une mesure générale et de faciliter l'adoption de mesures particulières¹⁰². Cette fonction l'éloigne tant de l'acte à visée recommandationnelle qui se suffit à lui-même que de la circulaire, car la ligne directrice « ne comporte pas [uniquement] une interprétation du droit positif, mais contribue à forger le droit positif. En quelque sorte, la [ligne directrice] n'interprète pas, elle crée. Si [elle] ne créait pas indirectement du droit, elle ne serait plus alors une directive, mais une circulaire »¹⁰³.

885. Toutefois, les lignes directrices se rapprochent des actes à visée recommandationnelle en ce qu'elles sont normatives, c'est-à-dire qu'elles proposent un modèle de conduite, mais non impératives, car elles ne l'imposent pas. On définit une norme d'orientation, au contraire d'une norme impérative, en ce qu'elle n'apporte « aucun élément contraignant sur le processus de décision laissé généralement à des autorités subalternes, l'auteur de la directive pouvant être parfois celui qui l'applique »¹⁰⁴. Toutefois, si elle n'a en théorie qu'une valeur indicative¹⁰⁵, la « ligne directrice » est souvent présentée comme un entre-deux, un acte « hybride » : ni un acte impératif ni un acte purement indicatif¹⁰⁶. Comme le soulignait Marcel WALINE dans son commentaire sous la décision *Crédit foncier de France*, « il y a là un phénomène très curieux de pseudo-règle de droit »¹⁰⁷. Loin de n'être qu'indicative, elle comporte déjà une obligation¹⁰⁸. En effet, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, s'il est toujours possible pour l'administration de s'écarter des orientations générales qu'elle s'est données ou que son supérieur lui a adressées, elle doit toutefois le faire en se fondant sur un motif d'intérêt général, qu'elle doit précisément justifier, ou sur des circonstances particulières qu'elle est tenue de détailler¹⁰⁹. Le contenu des lignes directrices n'est donc pas impératif, mais doit être pris en

¹⁰² B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, op. cit., p. 210

¹⁰³ M. CLIQUENNOIS, « Que reste-t-il des directives ? À propos du vingtième anniversaire de l'arrêt *Crédit foncier de France* », *AJDA*, 1992, n° 1, p. 11.

¹⁰⁴ D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, op. cit., p. 88.

¹⁰⁵ P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, octobre 1974, p. 469 ; C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Limoges, Limoges, 2006, p. 203.

¹⁰⁶ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2013, paragr. 323 ; T. MOMMSEN, *Le droit public romain (1893)*, 3^e éd., Paris, De Boccard, 1889, vol. 7/7, p. 232.

¹⁰⁷ M. WALINE, « L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des « directives », note sous l'arrêt *Crédit foncier de France*, *RDP*, 1971, p. 1224-1231, spé. p. 1228 et p. 1231.

¹⁰⁸ Voir les développements de Nicole DECOOPMAN relatifs à la « portée des directives » dans N. DECOOPMAN, « La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés », art. cit., p. 131.

¹⁰⁹ M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 580.

considération et s'appliquer sauf circonstances particulières ou motif d'intérêt général. Dès lors, il convient de voir dans la « ligne directrice » une norme supplétive¹¹⁰. L'emploi de l'adjectif « supplétif » dans ce contexte s'avère idoine en ce qu'il désigne ce qui complète ou sert de supplément, ce qui est destiné à venir en aide à ce qui est incomplet ou insuffisant. Lorsque l'administration choisit de déroger aux dispositions d'une ligne directrice, elle exerce le choix autorisé par la ligne directrice même. Il est alors « raisonnable de penser que l'administration fait ainsi application de cet acte supplétif, en ce qu'il autorise cette alternative. En cela, la [ligne directrice] présente donc un caractère obligatoire »¹¹¹.

886. Pourtant, située sur le terrain de l'orientation, la ligne directrice s'éloigne aussi du règlement en ce qu'elle n'est pas une décision. La règle de l'examen individuel qui s'applique dès lors que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire s'oppose à ce que celle-ci ou son supérieur hiérarchique édicte par avance une règle de conduite impérative annihilant sa marge d'appréciation. Toutefois, par son inscription dans une dynamique d'application du droit, la ligne directrice dénote une finalité qui la rapproche sensiblement de l'acte réglementaire. L'enjeu fut dès lors de construire la distinction entre la simple orientation d'une part et la réglementation d'autre part. Néanmoins, force est d'admettre que sur le plan fonctionnel, il n'existe pas de différence entre une « ligne directrice » et un règlement. En effet, une ligne directrice « n'est autre chose qu'un moyen de réglementation préalable des décisions individuelles qui vont être prises par une autorité administrative dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Son caractère nécessairement général et impersonnel constitue un facteur d'égalité. Certes la directive n'est pas un règlement au sens propre du mot [car] des raisons d'ordre constitutionnel font obstacle à une telle assimilation. Il n'en est pas moins vrai qu'en tant que norme de référence la directive présente, du point de vue matériel, toutes les caractéristiques du règlement »¹¹². D'ailleurs, la nature contentieuse ambiguë de la ligne directrice, qui parfois recouvre l'exercice d'un pouvoir réglementaire « de fait »¹¹³, conforte l'idée d'une absence de spécificité fonctionnelle.

887. En définitive, la difficulté de cet acte réside donc dans l'indétermination de sa nature partagée entre les tenants d'une approche purement indicative de l'acte et ceux qui considèrent

¹¹⁰ M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Strasbourg, Strasbourg, 2012, p. 101 ; B. DEFOORT, *La décision administrative*, Paris, LGDJ, 2015, paragr. 430.

¹¹¹ M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, *op. cit.*, p. 101.

¹¹² P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978, p. 99.

¹¹³ N. DECOOPMAN, « La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés », *art. cit.*, p. 133.

que celui-ci a déjà dans une certaine mesure une portée obligatoire. Par sa fonction, la ligne directrice se distingue de la recommandation pour se rapprocher sensiblement de l'acte réglementaire. Le Conseil d'État, dans une décision du 4 février 2015, introduit une distinction nouvelle qui conforte l'absence de distinction fonctionnelle entre le règlement et la ligne directrice. Désormais, il y a d'un côté les lignes directrices auxquels il convient d'appliquer le régime *Crédit foncier de France* et de l'autre les simples « orientations générales »¹¹⁴ auxquelles il convient de reconnaître une portée purement indicative. L'espèce concernait la matière de la régularisation des étrangers. Le juge a refusé l'invocabilité des dispositions d'une circulaire au motif que celles-ci ne présentaient pas les qualités d'une ligne directrice¹¹⁵ puisqu'elles ne s'appliquaient pas un pouvoir discrétionnaire du préfet mais à un pouvoir purement gracieux – l'attribution d'un titre de séjour pour raisons exceptionnelles¹¹⁶. Si, dans cette espèce, les considérations d'opportunité ont manifestement pris le pas sur la cohérence du droit, il existe désormais deux types d'orientations en droit administratif : les orientations semi-contraignantes et les orientations indicatives en ce qui concerne l'encadrement des pouvoirs discrétionnaires de l'administration.

888. En définitive, la fonction directive peut être remplie de diverses manières par le règlement, la ligne directrice ou la recommandation, ce qui les distingue est précisément le régime qui leur est applicable.

B. La spécificité de la ligne directrice au regard de son régime contentieux

889. La singularité d'un acte en droit public se traduit généralement par son régime juridique. La solution de la jurisprudence *Crédit foncier de France* s'apprécie donc dans les conséquences de droit qu'il convient d'attacher aux lignes directrices. Elle apporte ainsi une réponse à la question de savoir comment une autorité publique investie d'un pouvoir discrétionnaire de décision individuelle peut se fixer à elle-même ou aux autorités sous sa tutelle une ligne de conduite. Le pouvoir discrétionnaire d'une autorité administrative n'est pas un pouvoir arbitraire dans la mesure où l'administration, même dans son exercice, demeure soumise au

¹¹⁴ CE Sect., 4 février 2015, n° 383267, *Ministre de l'intérieur c/ C. O.*, Rec. Lebon p. 17, concl. B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *RFDA* 2015, p.471, concl. B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *AJDA* 2015 p.191 ; *AJDA* 2015, p.443, chron. J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE.

¹¹⁵ Pour un exemple d'application de la distinction entre les « lignes directrices » et la catégorie des « orientations générales » : CE, ord., 9 juillet 2015, n° 391392, *Min. Intérieur c/ MM. A*, inédit au Rec. ; *JCP G*, 2015, n° 40, p. 1741, note G. MARTI.

¹¹⁶ J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'obligation, le choix, la grâce, chron. sur CE, sect., 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur*, n° 383267 », *AJDA*, 2015, p. 443 ; D. COSTA, « Des directives aux lignes directrices : une variation en clairs-obscur », *AJDA*, 2015, p. 806.

principe de légalité, sa marge de manœuvre ne permettant qu'un nombre plus ou moins large de choix entre des mesures et comportements légaux. La publication d'une ligne directrice consiste à faire connaître à l'avance à l'administré les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative et, du même coup, à lui assurer l'égalité de traitement avec les administrés se trouvant dans une situation analogue¹¹⁷.

890. À l'inverse des actes indicatifs ou à visée recommandationnelle, les lignes directrices, alors même qu'elles sont considérées comme ne modifiant pas par elle-même la situation juridique des intéressés, comportent un certain nombre de garanties au bénéfice des administrés générant ainsi un « contentieux de [leur] mise en œuvre »¹¹⁸. Comme l'explique Louis BERTRAND, cette solution vise à « garantir aux administrés un minimum d'égalité de traitement, l'autorité administrative investie d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire [peut définir] pour elle-même une doctrine d'action, pourvu que cette doctrine ne consiste pas en l'énoncé de règles proprement dites, à caractère contraignant »¹¹⁹.

891. D'abord, ces actes, dans le cas où leur légalité est avérée, sont largement invocables et opposables¹²⁰. Elles sont opposables à l'administré en ce sens qu'elles permettent à l'administration de justifier des décisions prises. L'autorité administrative peut faire valoir à l'administré ou au juge que la décision contestée est conforme à une ligne directrice¹²¹. Ensuite, elles sont invocables par les requérants devant l'autorité administrative ou devant le juge à l'encontre des décisions individuelles. Les administrés peuvent en effet, à l'appui d'un recours contre la décision prise en application d'une directive, se prévaloir de cette dernière et contester la décision au motif qu'elle ne respecterait pas les orientations définies dans cette directive. La jurisprudence considère en effet que l'Administration est liée par sa propre réglementation ainsi que par ses orientations de telle sorte qu'elle ne peut fonder sa décision sur un motif autre que ceux définis par ses directives même si sa portée est moindre que celle d'un acte réglementaire¹²². L'autorité administrative ne peut s'en écarter qu'en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général et le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste sur cette décision. On reconnaît là les motifs permettant de procéder à une différence de

¹¹⁷ P. WEIL, « Préface » dans *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978, p. XIX.

¹¹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 521.

¹¹⁹ L. BERTRAND, conclusions sur CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. Lebon, p. 753.

¹²⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 689 et s.

¹²¹ *Ibid.*, p. 521, §692.

¹²² CE 12 décembre 1997, n° 147007, *Oniflhor*, T. Lebon, p. 676 ; *Droit administratif*, 1998, chron. 4, concl. J.-H. STAHL.

traitement au regard du principe d'égalité et la vocation de la directive à assurer une mise en œuvre plus équitable du pouvoir discrétionnaire.

892. Enfin, sauf à considérer que les lignes directrices sont impératives¹²³, les recours dirigés contre elles ne sont pas recevables. Néanmoins, celles-ci demeurent susceptibles de faire l'objet d'une contestation de leur légalité par voie d'exception¹²⁴. Le requérant peut soulever le moyen tiré de l'illégalité de la ligne directrice au soutien d'un recours contre une décision l'appliquant. Ce régime juridique spécifique de la ligne directrice présente plusieurs avantages pour l'administré et pour l'autorité administrative. Il convient « d'assurer la cohérence de leur action dans le temps et l'espace et l'égalité de traitement des administrés »¹²⁵. Dans sa thèse, Prokópis PAVLOPOULOS identifie plusieurs finalités à ce régime médian de la « ligne directrice » : limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration¹²⁶ ; conséquemment, protéger les administrés contre l'arbitraire de l'Administration¹²⁷ ; et renforcer le contrôle juridictionnel de l'Administration dans l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires et de décision¹²⁸.

893. Tant leur régime juridique que la fonction qu'elles remplissent les placent en dehors du domaine d'exercice d'une magistrature d'influence.

§2 Un instrument adapté à la souplesse d'action des autorités administratives indépendantes

894. D'abord, avant même de poursuivre, il convient de rappeler qu'au regard de leur régime et du contexte fonctionnel de leur émission, les lignes directrices ne sont pas des actes à classer parmi les instruments normatifs d'une magistrature d'influence des AAI. Toutefois, celles-ci peuvent émettre des lignes directrices en mobilisant des actes dénommés de la même façon que ceux adoptés dans le cadre d'exercice d'une magistrature d'influence. L'identification des lignes directrices des autorités se fait par la négative. Il convient d'exclure les actes que les autorités émettent dans les matières où elles ne disposent que de pouvoirs d'investigation et d'expertise et non d'un pouvoir de décision. Par contre, dans les cas où une recommandation ou un avis est pris alors que l'autorité administrative indépendante bénéficie d'un pouvoir de décision, il semble que la notion de « ligne directrice » puisse s'appliquer, et soit même un

¹²³ Dans ce cas, le juge fait une application dans sa jurisprudence *Duvignères*.

¹²⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 521.

¹²⁵ D. TRUCHET, « Audiovisuel : les limites du pouvoir réglementaire d'une autorité indépendante. (Annulation d'une note de terminologie) », note sous CE, 16 novembre 1990, *S.A. « La Cinq »*, *RFDA*, 1991, p. 289.

¹²⁶ P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administratif*, op. cit., p. 51 et s.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 94 et s.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 107 et s.

instrument mis en avant par les AAI comme caractéristique de la souplesse de leur intervention (A) et ce, même si cette jurisprudence n'a pas pour l'instant fait l'objet d'une application (B). Or, l'application d'une telle jurisprudence permettrait, outre une sécurisation des rapports entre les autorités et les acteurs soumis à leur contrôle, une clarification des fonctions et des modes d'intervention des AAI.

A. Un instrument privilégié par les autorités administratives indépendantes

895. Dans le cadre d'une régulation souple, c'est-à-dire le cumul de compétences décisionnelles et d'attribution consultatives, les avis, recommandations ou autres communiqués des AAI sont amenés à jouer un rôle s'apparentant à celui des lignes directrices. Cette situation risque de générer des confusions quant à la portée de ces actes. Pourtant, la plupart des autorités ont devancé les préconisations du rapport du Conseil d'État sur *Le droit souple*¹²⁹. En effet, en rendant publics, via leur site Internet notamment, des documents qu'elles ont nommés « lignes directrices » et qui apportent des précisions quant à la manière d'appliquer leur pouvoir d'appréciation, les autorités détentrices d'un pouvoir de décision ont cherché à rendre plus prévisible et lisible leur manière d'appliquer le droit. Les exemples en ce sens sont nombreux.

896. Par exemple, il est fréquent de souligner que les avis de l'Autorité de la concurrence constituent des « guides d'analyse qui ont vocation à éclairer [sa] pratique décisionnelle »¹³⁰. Ainsi, l'Autorité révisé et publie régulièrement des lignes directrices en matière de contrôle des concentrations¹³¹. S'il est précisé que ces lignes directrices se présentent avant tout comme un « guide pédagogique à destination des entreprises », l'Autorité y détaille « les conditions d'application du contrôle des concentrations, tant en ce qui concerne la procédure suivie devant la nouvelle Autorité que les critères mis en œuvre dans l'analyse des effets des opérations sur la concurrence et la recherche des mesures correctives appropriées »¹³². En 2011, elle publiait un communiqué dit « de procédure » dans lequel elle expose « les grandes lignes de la méthode suivie [...] pour déterminer les sanctions pécuniaires imposées aux auteurs de pratiques

¹²⁹ Ainsi, pour des raisons de lisibilité normative, les rapporteurs préconisaient de clairement identifier les « lignes directrices » dans la production des AAI. En effet, si « la réunion dans un même document d'éléments de nature juridique diverse, telles que la présentation du droit législatif et réglementaire applicable, des lignes directrices au sens de la jurisprudence Crédit foncier de France et des recommandations sans caractère obligatoire se rencontre fréquemment. Elle peut se justifier par des raisons de pédagogie. Il est cependant souhaitable, dans un tel cas, que la portée juridique de chaque partie soit exposée clairement » (L. CYTERMANN, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France », art. cit., p. 167).

¹³⁰ P. SPILLIAERT, « Les avis de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 58.

¹³¹ Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2009*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 9-10.

¹³² *Ibid.*

anticoncurrentielles »¹³³. Ce communiqué avait pour objet d'exposer comment l'Autorité combine les différents éléments mentionnés par l'article L464-2 du Code de commerce pour déterminer le montant de la sanction. Ce qui revient *in fine* à soumettre l'exercice de ses compétences de sanction à des règles de fond.

897. On peut citer également l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) qui publie fréquemment des documents intitulés « lignes directrices » dont l'objet consiste précisément à expliciter les conditions de mise en œuvre des dispositions légales et réglementaires, et ce au regard de ses compétences de sanction. Par exemple, elle a publié en mars 2014 des « lignes directrices » relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme dans le domaine de la gestion de fortune, un « document de nature explicative »¹³⁴ dans lequel est exposée la définition retenue par l'autorité de la notion de « gestion de fortune ». Ce qui se lit en lien avec le fait que l'ACPR et la Commission des sanctions ont d'importants pouvoirs d'instruction et de sanction définis au Code monétaire et financier, allant du simple blâme au retrait partiel d'agrément accompagné d'une sanction pécuniaire¹³⁵. Notons, par ailleurs, que ces « lignes directrices » retrouvent les caractéristiques de l'acte réglementaire lorsque l'autorité prévoit une période de validité¹³⁶ ou plus généralement à partir d'une date donnée.

898. L'évocation dans le rapport parlementaire de 2010 sur les AAI d'une discussion sur l'opportunité d'une homologation par décret des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (ALDC) prévoyant les modalités d'application des dispositions relatives à son pouvoir de sanction illustre parfaitement l'idée selon laquelle les lignes directrices remplissent une fonction proche de celle des actes réglementaires, et ce sans les contraintes attachées à l'exercice de la compétence réglementaire¹³⁷. Lors de cette discussion, la question se posait de savoir si un décret devait avaliser ces lignes directrices pour leur conférer une valeur réglementaire. Malgré le fait que deux des « experts » auditionnés se prononçaient en faveur

¹³³ Autorité de la concurrence, communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, p. 3 (autoritedelaconcurrence.fr/doc/communique_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf, consulté le 12 avril 2016).

¹³⁴ ACPR, Lignes directrices relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme dans le domaine de la gestion de fortune, document de nature explicative, mars 2014, 15 p. (acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acpr/publications/registre-officiel/201403-LD-gestion-de-fortune.pdf, consulté le 12 avril 2016).

¹³⁵ Articles L612-38 et L612-39 du CMF.

¹³⁶ AMF, position/recommandation DOC-2013-04, du 12 février 2013 portant lignes directrices relatives à la tierce introduction en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, 12 p.

¹³⁷ Article L464-2 du Code de commerce.

d'un tel décret, cette proposition n'a pas fait l'unanimité. Le troisième membre de la mission considérait au contraire que les « lignes directrices adoptées par l'Autorité de la concurrence et ne liant qu'elle seule ne gagneraient pas d'une intervention du pouvoir exécutif. Cette dernière risquerait de mettre en doute l'indépendance de l'Autorité et ne se retrouve d'ailleurs pas dans les autres États membres. Des lignes directrices prises sans décret auraient pour cette raison plus de crédibilité »¹³⁸. Cette position était partagée par le représentant de l'Autorité lors des auditions¹³⁹. La principale critique à l'encontre de ce dispositif consiste à dénoncer le fait que la mise en place d'une homologation des lignes directrices par décret ferait perdre à l'instrument sa souplesse. Sur ce point, cette conception des lignes directrices se rapproche de celle des lignes directrices de la Commission européenne. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu une portée importante aux lignes directrices, encadrements ou communications, que la Commission adopte en matière de concurrence comme, par exemple, en droit des aides d'État. En vertu du traité, la Commission jouit, pour l'application de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE, « d'un large pouvoir d'appréciation dont l'exercice implique des évaluations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire » et la Cour n'exerce sur cette appréciation qu'un contrôle de l'erreur manifeste¹⁴⁰. Selon la formule consacrée, « l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aide avec le marché intérieur, au titre de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, relève de la compétence exclusive de la Commission, agissant sous le contrôle des juridictions de l'Union [...]. À cet égard, la Commission bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation dont l'exercice implique des évaluations complexes d'ordre économique et social [...]. Dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, la Commission peut adopter des lignes directrices afin d'établir les critères sur la base desquels elle entend évaluer la compatibilité, avec le marché intérieur, de mesures d'aide envisagées par les États membres »¹⁴¹. La CJUE considère que la Commission est tenue de se fonder sur ses lignes directrices pour adopter une décision en matière d'aides d'État¹⁴². En effet, « selon une jurisprudence bien établie, en adoptant de telles règles de conduite et en annonçant par leur publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, la

¹³⁸ J.-M. FOLZ, C. RAYSSEGUIER et A. SCHAUB, *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Paris, La Documentation française, 2010, p.37.

¹³⁹ Rapport d'information n° 2925 (2010-2011) de C. VANNESTE et R. DOSIÈRE, *op. cit.*, p. 120.

¹⁴⁰ CJCE, 7 mars 2002, *République italienne c/ Commission*, aff. C-310/99.

¹⁴¹ CJUE, 19 juillet 2016, *Kotnik e.a.*, aff. C-526/14, points 36-39 ; *RFDA*, 2017, p. 155, L. CLEMENT-WILZ ; F. MARTUCCI ; C. MAYEUR-CARPENTIER.

¹⁴² CJCE, 22 mars 2001, *France c. Commission*, aff. C-17/99 ; voir point 49, « la Commission était fondée, en l'absence d'un plan de restructuration crédible, à refuser l'autorisation des aides litigieuses en application des lignes directrices ».

Commission s'autolimites dans l'exercice dudit pouvoir d'appréciation et ne saurait, en principe, se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime »¹⁴³. En tout état de cause, les lignes directrices doivent respecter le traité. Une ligne directrice est donc une norme juridique supplétive particulièrement nécessaire lorsque l'autorité dispose d'une large marge d'appréciation dans l'application de ses compétences.

899. Paradoxalement, la souplesse revendiquée et la portée juridique indéniable n'accroissent pas moins la nature ambiguë de ces actes¹⁴⁴. Ceci est conforté par la proposition faite par Laurent CYTERMANN de renforcer les garanties¹⁴⁵ par un appel au législateur et d'en préciser les modalités de formation (publicité). Cette situation intermédiaire conforte dans l'idée du « caractère fictif de l'infra-droit où seraient reléguées, faute de véritable solution de rechange, les règles administratives »¹⁴⁶.

B. Une application de la jurisprudence des lignes directrices aux autorités administratives indépendantes

900. Redécouvrir cette théorie jurisprudentielle s'explique en partie par la nécessité de concilier la protection des administrés et, tenant compte de la nécessité d'assurer une régulation effective, de sortir du champ de l'annulation systématique des actes remplissant une fonction équivalente à celle de l'acte réglementaire, mais néanmoins utiles à l'action des AAI. Indirectement, l'application de cette jurisprudence permettrait de renforcer l'institution de la magistrature d'influence en distinguant les instruments de l'influence à proprement parler des actes de réglementation diversement contraignants.

901. La suggestion d'appliquer la jurisprudence *Crédit foncier de France* aux actes des AAI, lorsque les conditions sont réunies, est bien antérieure à l'étude du Conseil d'État sur *Le droit souple*. Dans sa décision *Société La Cinq*¹⁴⁷, le Conseil d'État a annulé un acte de la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), aussitôt constatée sa nature réglementaire, en raison de l'incompétence de son auteur. Didier TRUCHET, dans un

¹⁴³ CJUE, *Kotnik e.a.*, précité, point 40.

¹⁴⁴ B. DEFOORT, *La décision administrative*, op. cit., p. 359.

¹⁴⁵ L. CYTERMANN, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit foncier de France* », art. cit., p. 1126.

¹⁴⁶ F. HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégories des textes réglementaires », *McGill Law Journal*, 2001, vol. 47, p. 161 cité par D. MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », *Les Cahiers de droit*, 2003, vol. 44, n° 3, p. 336.

¹⁴⁷ CE, 16 novembre 1990, n° 97585, S.A. « La Cinq », Rec. Lebon p. 329 ; *AJDA*, 1991 p. 214, concl. B. STIRN ; *RFDA*, 1991, p. 636, D. TRUCHET ; *D*, 1991, p. 374, note P. HUET.

commentaire de la décision¹⁴⁸, critique cette solution qui ne tient pas suffisamment compte, selon lui, de la nécessité d'un tel acte et des circonstances de l'espèce à savoir la non-intervention du pouvoir normatif compétent. Dans cette affaire, la chaîne de télévision « La Cinq » attaquait une « note de terminologie » adoptée par la CNCL relative à certains termes ou expressions employés en matière de programmes télévisés. Elle ne critiquait véritablement que quatre définitions sur les vingt-trois présentes dans la note. Didier TRUCHET souligne dans son commentaire l'intention « louable »¹⁴⁹ de l'autorité d'explicitier des notions que ni le législateur ni l'autorité réglementaire n'ont pris soin d'établir alors que, précise-t-il, « les enjeux juridiques et pratiques sont énormes : toutes les contraintes de production et de programmation qui pèsent sur les exploitants de services [...] reposent sur des éléments très techniques [...] dont la définition détermine directement les obligations de ces exploitants »¹⁵⁰. Dès lors, il envisage les moyens qui se présentaient au juge pour ne pas annuler de manière stricte cet acte, autrement dit pour le « sauver de l'annulation » tout en respectant l'exigence du principe de légalité. Parmi elles, Didier TRUCHET allègue judicieusement la possibilité pour le Conseil d'État de considérer la note comme une « directive que [l'autorité] se serait donnée à elle-même, pour la cohérence de son action »¹⁵¹, échappant ainsi au recours pour excès de pouvoir direct.

902. Plus récemment, dans ses conclusions sur l'affaire *Casino*, Claire LEGRAS n'évoque pas le régime juridique spécifique qu'il conviendrait d'appliquer aux avis de l'Autorité de la concurrence lorsque ceux-ci s'apparentent à des « lignes directrices », se contentant d'envisager les cas où de tels actes sont impératifs. Néanmoins, dans les motifs de l'arrêt, le juge précise que « si [la position] était ultérieurement reprise par l'Autorité de la concurrence ou par une autre autorité dans le cadre d'une procédure aboutissant à une décision faisant grief, elle pourrait, à cette occasion, faire l'objet d'un débat contentieux »¹⁵². D'aucuns ont interprété cette précision comme une référence directe faite au régime propre aux lignes directrices¹⁵³. En effet,

¹⁴⁸ D. TRUCHET, note sous CE, 16 novembre 1990, *S.A. « La Cinq »*, *RFDA*, 1991, p. 638.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino*, Rec. Lebon p. 361 ; *AJDA*, 2012, p. 1925 ; *AJDA*, 2012, p. 2373, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *D*, 2013, p. 732, obs. D. FERRIER ; *RTD com.* 2013, p. 237, G. ORSINI ; *RTD com.*, 2012, p. 747, obs. E. CLAUDEL ; *D*, 2013, p. 46, note M. BAZEX ; *RDP*, 2013, p. 771, comm. L. CALANDRI.

¹⁵³ M. BAZEX, « Le régime juridique de la fonction de conseil de l'Autorité de la concurrence », note sous CE, 11 oct. 2012, n° 346378 et n° 346444, *ITM Entreprises et a.*, et CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, *Droit Administratif*, janvier 2013, n° 1, p. 27 ; L. CALANDRI, « La nature juridique et le

cette précision apportée à la détermination de la portée des avis de l'Autorité de la concurrence revient à dire que ses avis pourraient être considérés comme des lignes directrices susceptibles d'un recours par voie d'exception. Cette lecture est incontestablement intéressante et ne pose pas de difficulté si l'on rappelle que les « lignes directrices » constituent une sorte de « codification des motifs » pour reprendre l'expression du commissaire du gouvernement Louis BERTRAND¹⁵⁴. En effet, la jurisprudence *Crédit foncier de France* est étroitement liée à la jurisprudence *Société Maison Genestal*¹⁵⁵ qui reconnaît au juge administratif la possibilité d'exiger de l'administration qu'elle lui communique tous les éléments de fait et de droit propres à éclairer les motifs de la décision. Le juge compare la décision individuelle attaquée aux autres décisions individuelles précédemment prises par l'administration. S'il existe une ligne directrice, le juge pourra se contenter de confronter les motifs de la décision à l'orientation fixée dans la ligne directrice, en l'espèce, l'avis de l'Autorité de la concurrence. La ligne directrice constitue dès lors un moyen de faciliter le contrôle juridictionnel des motifs en portant à la connaissance des administrés et du juge les motifs sur lesquels les décisions administratives individuelles sont susceptibles d'être fondées¹⁵⁶.

903. Néanmoins, la généralisation de la jurisprudence des lignes directrices à l'ensemble des actes dénommés « recommandations » ou « avis » lorsqu'ils sont susceptibles de guider l'administration est parfois contestée en raison de la nature même des actes à visée recommandationnelle. Contrairement aux recommandations, les lignes directrices n'ont pas pour objet d'influencer le comportement des tiers à l'administration, mais constituent en principe des actes qui ressortent de la vie interne de l'administration. Elles s'adressent donc en premier lieu aux autorités chargées de prendre la décision, même si elles sont susceptibles d'intéresser les administrés concernés par la décision. Cette objection n'emporte pas l'adhésion dans la mesure où une ligne directrice doit être regardée comme s'adressant autant à l'administré qu'à l'administration¹⁵⁷. On peut même affirmer que les lignes directrices, par leur publication sur les sites internet des AAI, s'adressent d'abord aux administrés et remplissent ainsi une fonction se rapprochant de la recommandation. Comme le remarque Laurent

régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *RDP*, 2013, n° 4, p. 783.

¹⁵⁴ L. BERTRAND, conclusions sur CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader*, Rec. Lebon, p. 750-759.

¹⁵⁵ CE, Sect., 26 janvier 1968, n° 69765, *Société Maison Genestal*, Rec. Lebon p. 62, concl. L. BERTRAND.

¹⁵⁶ E. UNTERMAIER-KERLÉO, « Le droit souple, un regard circonspect sur la jurisprudence *Crédit foncier de France* », art. cit., p. 1036.

¹⁵⁷ N. DECOOPMAN, « La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés », art. cit., p. 133.

CYTERMANN à propos d'une recommandation de la CNIL prise sur fondement de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978, « elle vise certes à influencer le comportement des tiers, mais elle indique aussi par le même mouvement la manière dont elle entend appliquer la législation lorsqu'elle sera saisie formellement des traitements de données concernées »¹⁵⁸. L'attribution de pouvoirs de sanction à la CNIL par la loi du 6 août 2004 a modifié la portée de ses recommandations. Même si la CNIL ne peut fonder une sanction sur la seule méconnaissance d'une recommandation, l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée ne mentionnant que le non-respect « des obligations découlant de la présente loi », les responsables de traitement de données savent que les recommandations sont porteuses de critères d'interprétation de la loi telle qu'effectuée par la CNIL et qu'ils ont donc tout intérêt à s'y conformer¹⁵⁹. En d'autres termes, pour faire la différence entre une simple recommandation et une « ligne directrice », il convient d'établir un lien entre l'exercice d'un pouvoir de décision et l'émission d'un acte à visée recommandationnelle. Par exemple, le médiateur national de l'énergie et le médiateur du cinéma peuvent chacun déterminer des « lignes directrices » concernant leur activité. Toutefois, seules celles du Médiateur du cinéma, titulaire d'un pouvoir de décision (injonction), seront susceptibles de faire l'objet d'une qualification contentieuse de lignes directrices et, par suite, faire l'objet d'un recours par voie d'exception. Enfin, les autorités exerçant simplement une magistrature d'influence peuvent également adopter des lignes directrices concernant l'élaboration des avis ou des recommandations¹⁶⁰. On peut citer par exemple la « note de cadrage » éditée par la Haute autorité de santé relative à l'élaboration des « recommandations de bonnes pratiques »¹⁶¹. Toutefois, la grande majorité des avis et des recommandations de ces magistratures d'influence ne sont pas encore, en l'état de la jurisprudence, attaques directement ou indirectement par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. Par conséquent, un recours contre ces lignes directrices par voie d'exception est tout simplement irrecevable. Il en va autrement des avis ou des propositions émis dans le cadre d'une procédure d'édiction d'une décision¹⁶².

¹⁵⁸ L. CYTERMANN, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France », art. cit., p. 1124.

¹⁵⁹ Conseil d'État, *Le droit souple*, op. cit., p. 106.

¹⁶⁰ À l'instar des organismes consultatifs : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 519-520 ; M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 578.

¹⁶¹ HAS, *Guide méthodologique. Recommandations de bonne pratique. Note de cadrage*, Seine-Saint-Denis, Haute autorité de santé, décembre 2010 [mise à jour décembre 2014], 18 p.

¹⁶² Par exemple : CE, 27 octobre 1972, n° 82912, *Ministre de la Santé publique et de la sécurité sociale c/ Delle Ecarlat*, Rec. Lebon p. 682 ; RTDSS, 1972, p.542, note F. MODERNE.

904. Sur le terrain contentieux, toutefois, cette distinction perd quelque peu son intérêt. En effet, la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable* ouvre la contestation par voie d'action des lignes directrices émises par les « autorités de régulation » dès lors qu'elles remplissent les conditions posées par le juge – qu'elles produisent des « effets notables » ou influencent « de manière significative » les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent. Le Conseil d'État a ainsi admis dans une décision du 13 décembre 2017 la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé à l'encontre des lignes directrices de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) relatives aux contrats d'itinérance¹⁶³. Que ce soit par voie d'exception sur la base de la jurisprudence *Crédit Foncier de France* ou par voie d'action sur le fonnement de la jurisprudence *Fairvesta* et *Numericable*, le Conseil d'État n'a pas emprunté la voie d'un contrôle différent. Il opère dans les deux cas un contrôle de légalité classique, c'est-à-dire tant des vices de légalité externe qu'interne.

Section 3. L'entre-deux normatif des règles déontologiques

905. L'usage des instruments normatifs de la magistrature d'influence pour fixer un cadre normatif général, sans référence à une norme juridique, peut se justifier dans des domaines où la légitimité de l'intervention étatique est faible. En effet, « l'idée selon laquelle l'État régit tout et peut tout réglementer est certainement largement mythique »¹⁶⁴. Il existe d'autres systèmes normatifs à côté de celui du droit, allant des plus généraux aux plus spécifiques, de la morale *lato sensu* aux éthiques professionnelles. Par l'établissement de magistratures d'influence publiques, l'État trouve une place adaptée dans l'activité de normalisation des comportements. Elles constituent dès lors une réponse à l'incapacité du droit à réguler certains rapports sociaux. Ce dispositif des AAI participe ainsi à l'émergence de la figure d'un « État moralisateur »¹⁶⁵.

906. Le recours aux valeurs ou à des principes éthiques trouve un prolongement évident dans la prise en charge d'une fonction déontologique, c'est-à-dire par la détermination de « bonnes pratiques », de préceptes éthiques, permettant de normaliser les comportements au-delà du droit dans le cadre d'une profession ou d'un secteur d'activité déterminé. À cet égard, l'apparition

¹⁶³ CE, 13 déc. 2017, n° 401799, 401830 et 401912, *Sté Bouygues Télécom et a.* ; *AJDA*, 2018, p. 477, chron. P. IDOUX ; *AJDA*, 2018, p. 571, note L. DE FONTENELLE ; *Dr. adm.* 2018, comm. 26, note J. MOUCHETTE ; *Énergie-Env.-Infrastr.*, 2018, comm. 13, concl. X. DOMINO ; *JCP A*, 2017, act. 868, obs. F. TESSON ; *JCP A* 2018, 2137, note G. EVEILLARD.

¹⁶⁴ N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation », art. cit., p. 96.

¹⁶⁵ Voir sur ce sujet : C. GROULIER (dir.), *L'État moralisateur : regard interdisciplinaire sur les liens contemporains entre morale et action publique*, actes du colloque organisé par LARGOTEC, 31 janvier et 1^{er} février à Créteil, Paris, Mare & Martin, 2014, 250 p.

des AAI dans le secteur de l'audiovisuel ou encore de la régulation concurrentielle coïncide avec l'apparition d'une déontologie dont la teneur incite à ce qu'elle ne soit plus le fait exclusivement d'un ordre professionnel¹⁶⁶. Ainsi, l'autorité en charge de la concurrence « a exercé une mission très générale de moralisation des comportements des agents économiques et d'amélioration de l'économie concurrentielle »¹⁶⁷.

907. Existe-t-il dès lors un espace de régulation entre la simple autorégulation et la réglementation dans la matière éthique¹⁶⁸ ? Nicole DECOOPMAN considère que « la magistrature morale et le rôle joué par les AAI en matière de déontologie doivent être soulignés. Cette fonction découle autant de la mission qui leur est impartie que des moyens d'incitation de persuasion qu'elles utilisent »¹⁶⁹. Pour comprendre cette affirmation, il convient de revenir préalablement sur les raisons qui ont permis aux AAI, via notamment leur magistrature d'influence, d'intervenir dans le domaine de la déontologie (A), avant d'en étudier précisément les modalités de mise en œuvre et ses limites (B).

§1 Les conditions d'intervention des AAI dans la matière déontologique

908. L'intervention des AAI dans la détermination et l'application de préceptes déontologiques s'explique d'abord par l'émergence d'une « déontologie publique »¹⁷⁰, c'est-à-dire d'une déontologie tenant compte d'intérêts publics dépassant ceux propres à la profession (A) ; et ensuite, dans le même temps, par l'inadaptation d'une déontologie déterminée par les professionnels eux-mêmes (B).

A. La spécificité normative des règles déontologiques

909. Le terme « déontologie » est un néologisme que l'on doit au philosophe anglais Jérémy BENTHAM¹⁷¹, construit par la juxtaposition des mots grec *deon-ontos* – devoir ou « ce qu'il faut faire » – et *logos* – discours. Cette « science des devoirs professionnels »¹⁷² se distingue traditionnellement de la morale, conscience du bien et du mal propre à chaque individu, en ce

¹⁶⁶ H. MAISL, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 85.

¹⁶⁷ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », art. cit., p. 35.

¹⁶⁸ Cf. P2. T3. Ch.1.

¹⁶⁹ N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation », art. cit., p. 96.

¹⁷⁰ Formule empruntée à H. MAISL dans « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », art. cit., p. 85.

¹⁷¹ J. BENTHAM, *Déontologie ou Science de la morale*, trad. B. LAROCHE, Paris, Charpentier, 1834, 443 p.

¹⁷² B. BEIGNIER, « Déontologie » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 361.

qu'elle est la connaissance du bon comportement déterminé par un groupe particulier¹⁷³. Pour le dire autrement, si la morale permet de fonder une éthique individuelle, de diriger sa conduite et son comportement, la déontologie est l'éthique qui s'exprime dans les principes guidant une activité. La déontologie se rapproche *in fine* d'une fonction éthique *lato sensu* en ce qu'elle désigne « les normes [...] tendant généralement à provoquer plus qu'à imposer une adhésion au type de comportement souhaité par la persuasion morale, en exprimant la nécessité d'observer dans les pratiques professionnelles les exigences de loyauté, de transparence et de respect »¹⁷⁴. La déontologie, entendue traditionnellement comme une éthique professionnelle¹⁷⁵, se définit comme l'effort réalisé pour respecter les grandes valeurs partagées dans un champ d'action donné. Elle est donc « porteuse de valeurs et d'objectifs qui en constituent le fondement éthique »¹⁷⁶.

910. Partant, la discussion sur la définition de la déontologie se prolonge logiquement sur celle de la portée des règles déontologiques. Sont-elles juridiques ou relèvent-elles seulement de la morale ? Pour certains auteurs, la déontologie constitue une éthique dont le domaine va bien au-delà du strict droit professionnel¹⁷⁷, alors que, pour d'autres, elle est une éthique rendue obligatoire par le droit ou en attente de consécration juridique : « un infra-droit pouvant accéder à la juridicité à certaines conditions »¹⁷⁸. S'ils sortent du cadre strictement professionnel ou éthique, les principes déontologiques sont appelés à devenir contraignant ; pour le dire autrement, le pouvoir réglementaire doit intervenir. Néanmoins, cette question, si élémentaire soit-elle en apparence, appelle une réponse nuancée au regard des rapports complexes entre le droit et la morale. Par exemple, l'existence d'un Code de déontologie de la police nationale¹⁷⁹ interroge sur l'intérêt de mettre en place une Commission chargée de veiller au respect de la déontologie en matière de sécurité alors même qu'elle ne disposerait d'aucun pouvoir de sanction. La question posée est celle de savoir si l'on « peut [...] enfreindre la déontologie sans

¹⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, op. cit., p. 57.

¹⁷⁴ B. OPPETIT, « L'éthique », art. cit., p. 270.

¹⁷⁵ C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com.*, septembre 1989, vol. 3, n° 42, p. 424.

¹⁷⁶ D. TERRÉ, « Droit, morale et sociologie », *L'Année sociologique*, février 2004, n° 54, p. 500.

¹⁷⁷ D. GUTMANN, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 2000 Sirey, n° 44, p. 115.

¹⁷⁸ D. TERRÉ, « Droit, morale et sociologie », art. cit., p. 499.

¹⁷⁹ Avant le décret n° 86-592 du 18 mars 1986 portant Code de déontologie de la police nationale (*JORF*, 19 mars 1986, p. 4586), celui-ci était le Code de déontologie. Celui-ci été intégré depuis au Code de la sécurité intérieure au livre IV, titre 3, chapitre 4 de la partie réglementaire.

enfreindre un règlement ou une obligation sanctionnable par l'autorité disciplinaire ? »¹⁸⁰. Si on observe une extension incontestable du domaine de la déontologie – de la déontologie interne à l'institution policière à la « déontologie de la sécurité »¹⁸¹ –, certains ont émis des réserves quant à la mise en place d'une institution ne disposant que d'une magistrature d'influence au service de normes jugées floues car non codifiées¹⁸². Or, comme on peut le lire dans le rapport parlementaire relatif à la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), le rôle de cette institution était précisément de « mettre en exergue des comportements qui, pris individuellement, ne sont pas susceptibles de sanctions disciplinaires ou pénales mais heurtent régulièrement les citoyens dans leur vie quotidienne »¹⁸³. La déontologie ici ne consiste plus à sanctionner des comportements illicites, mais, plus largement, à garantir la qualité d'une activité¹⁸⁴.

911. Toutefois, on constate une extension du domaine de la déontologie dont l'un des effets s'observe dans une nouvelle codification du droit disciplinaire. Néanmoins, dans ce cas, la prégnance des valeurs dans ce domaine présente le risque de consacrer des normes juridiques imprécises. Il suffit de citer par exemple l'adoption du code de déontologie du service public pénitentiaire¹⁸⁵ dont la portée normative des normes, malgré leur nature réglementaire, suscite des critiques quant à leur précision¹⁸⁶. En effet, s'il existe en droit disciplinaire et en droit pénal des obligations dites « déontologiques », celles-ci n'apparaissent pas toujours claires. Le « droit d'origine déontologique », c'est-à-dire la transcription de valeurs sous forme d'obligations

¹⁸⁰ S. GOUHIER, « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens ? », *RFDA*, 2002, p. 385.

¹⁸¹ B. FROMENT, « Les contrôles de la police », *Pouvoirs*, mars 2002, n° 102, p. 56.

¹⁸² F. OCQUETEAU et S. ENDERLIN, « La commission nationale de déontologie de la sécurité : un pouvoir d'influence », *RFAP*, 2011/3, n° 139, p. 383.

¹⁸³ Rapport n° 173 (1999-2000) de H. de RICHEMONT, au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité, Sénat, 20 janvier 2000, p. 29. À l'occasion d'une présentation des « règles de bonne conduite » dans le secteur bancaire, François BORDAS propose une explication des normes déontologiques comme étant nécessaires dès lors que « le simple respect des obligations juridiques n'apparaît plus comme, à lui seul suffisant ». De la sorte, les normes déontologiques ne devraient être édictées ni par des lois ni par des textes réglementaires (F. BORDAS, « DEVOIRS PROFESSIONNELS DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT. – Déontologie en matière d'opérations de banque. – Conflits d'intérêts », *JC Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 140, 20 septembre 2011, paragr. 6).

¹⁸⁴ On peut citer l'exemple de la Haute autorité de santé dont la mission consiste à « promouvoir la qualité dans les établissements de santé et de réaliser les certifications de ces derniers prône une régulation par la qualité, le discernement de l'éthique dans le champ hospitalier » (N. SALVI, « L'Hôpital (en)quête d'éthique » dans *L'État moralisateur. Regards interdisciplinaires sur les liens contemporains entre la morale et l'action publique*, Bruxelles, Mare & Martin, 2014, p. 96).

¹⁸⁵ Décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant Code de déontologie du service public pénitentiaire, *JORF*, n° 0303, 31 décembre 2010, texte n° 44.

¹⁸⁶ C. de NANTOIS et O. RAZAC, « Déontologie et fonction publique: les ambiguïtés d'une nécessité. L'exemple du code de déontologie du service public pénitentiaire », *Les chroniques du CIRAP*, octobre 2011, n° 12, p. 1-4.

ayant une portée disciplinaire, peut parfois être jugé contraire à la sécurité juridique, car la formulation des normes, souvent par l'emploi de termes généraux, leurs sens multiples et parfois même leurs ambiguïtés, nuisent à leur caractère obligatoire¹⁸⁷. Un compromis consiste généralement à affirmer que les règles déontologiques sont à la source d'obligations de portée simultanément morale et juridique¹⁸⁸, c'est-à-dire une norme de l'entre-deux¹⁸⁹. Cet état des choses conforte l'idée que la déontologie, entendue comme un ensemble de valeurs, doit s'entendre au-delà d'un droit strictement disciplinaire et réside dans la montée en puissance d'une exigence de qualité, de justesse des comportements qui ne s'apprécie pas seulement par rapport aux règles de la légalité. Par exemple, à propos du Médiateur de la République, Bénédicte DELAUNAY précise que la « maladministration » échappe au contrôle juridictionnel, car il s'agit de saisir « des lenteurs, des négligences, de la mauvaise volonté, de la passivité, du mauvais accueil du public ou encore d'une mauvaise utilisation par l'administration de son pouvoir discrétionnaire »¹⁹⁰. Le bon fonctionnement du service administratif nécessite de s'attarder sur les pratiques des administrateurs au-delà de la stricte légalité. La plupart des AAI mises en place pour garantir l'application effective d'une certaine déontologie déploient une action située en dehors du champ de la stricte légalité. Il s'agit avant tout de créer un état d'esprit favorable au respect de certaines valeurs. Dans sa présentation de la déontologie de la sécurité, le Défenseur des droits considère qu'elle « relève à la fois du droit et de la morale. Elle vise à créer un état d'esprit respectueux des personnes et protecteur des libertés individuelles »¹⁹¹.

912. Par voie de conséquence, ces prescriptions déontologiques, non obligatoires, insaisissables pour le juge comme pour l'autorité disciplinaire ouvrent la voie à la mise en place de magistratures d'influence chargées de veiller à la détermination et au respect de normes comportementales relevant de l'éthique. La déontologie s'apparente bien ici à « l'art de savoir ce qu'il faut faire en pratique en l'absence de dispositions juridiques utilisables »¹⁹². Dès lors, si elle emprunte parfois les formes du droit, la déontologie trouve néanmoins sa source première dans la morale et se prête idéalement à une régulation par la persuasion plutôt que la

¹⁸⁷ F. RENAUDIN, *Les inspections générales dans le système administratif français*, *op. cit.*, p. 188-189.

¹⁸⁸ D. TERRÉ, « Droit, morale et sociologie », art. cit., p. 499.

¹⁸⁹ F. OCQUETEAU et S. ENDERLIN, « La commission nationale de déontologie de la sécurité », art. cit., p. 383.

¹⁹⁰ B. DELAUNAY, *Le Médiateur de la République*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹¹ Cette information est disponible sur le site Internet de l'institution à la rubrique consacrée aux questions/réponses relatives à la déontologie de la sécurité (defenseurdesdroits.fr/connaitre-son-action/la-deontologie-de-la-securite/faq, consulté le 12 janvier 2016).

¹⁹² S. GOUHIER, « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens ? », art. cit., p. 386.

contrainte¹⁹³. En effet, la déontologie a essentiellement « une valeur pédagogique et normative. Au plan du fait, elle est destinée à imprégner les esprits, à éduquer et modeler les comportements »¹⁹⁴. La déontologie relève donc de l'ordre moral. On parle d'ailleurs généralement de devoir plutôt que d'obligation.

913. Ensuite, ce qui caractérise la déontologie, outre sa mise en rapport de l'éthique et du droit, est précisément la démarche inductive dans la détermination des normes. Pour le dire autrement, les normes déontologiques sont généralement le fruit d'une réflexion menée au sein d'une profession : elles sont adoptées en concertation avec les acteurs d'un secteur d'activité en particulier. Cette démarche se justifie, car il s'agit de déterminer comment une profession ou une activité peut respecter des valeurs au regard des contraintes spécifiques liées à son exercice. Cela explique que certains codes de déontologie, issus uniquement des autorités publiques, puissent être mal acceptés par les acteurs d'un secteur d'activité ou par les professionnels dès lors qu'ils n'auraient pas été conviés à son élaboration¹⁹⁵. En effet, par un texte à valeur réglementaire, l'autorité normative impose des normes à une profession alors que d'ordinaire ces mêmes codes reposent sur des normes fixées par les professionnels eux-mêmes. La déontologie s'avère *a priori* impropre à une régulation qui se pratique « de façon exogène, notamment par des prescriptions d'ordre public de régulateur »¹⁹⁶ ; elle est généralement le fruit de l'autorégulation d'un secteur. Est considéré s'autoréguler le secteur qui se maintient et se transforme en partie selon ses propres règles et non pas seulement en fonction de facteurs externes. L'« autorégulation déontologique »¹⁹⁷ se manifeste par des prescriptions endogènes des acteurs, par exemple via des codes de bonne conduite, des recueils de bonnes pratiques ou des chartes déontologiques.

914. Cette forme de régulation, qui consiste à confier aux acteurs d'un secteur donné la tâche d'élaboration de règles dont ils assurent ensuite eux-mêmes l'application¹⁹⁸, présente de nombreux avantages en tant qu'elle est « décentralisé[e], non hiérarchique et extrêmement

¹⁹³ Ce qui fait écho à l'idée développée par Jérémy BENTHAM, selon qui « la ligne qui sépare le domaine du législateur de celui du Déontologiste est suffisamment distincte et visible » (J. BENTHAM, *Déontologie ou Science de la morale, op. cit.*, p. 36).

¹⁹⁴ C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », art. cit., p. 424.

¹⁹⁵ C. (de) NANTOIS et O. RAZAC, « Déontologie et fonction publique : les ambiguïtés d'une nécessité. L'exemple du code de déontologie du service public pénitentiaire », art. cit., p. 3.

¹⁹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation, op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RFAP*, 2004, vol. 109, n° 1, p. 84.

adaptable »¹⁹⁹. Toutefois, elle est conditionnée à la capacité d'initiative des professionnels ou des membres du secteur à créer une structure légitime en vue d'établir et d'appliquer une base de principes communs. Dans ce domaine, la carence de l'initiative privée légitime l'intervention de l'autorité publique qui peut dès lors y suppléer. Dans l'hypothèse où il n'existe pas de carence de l'initiative privée, l'autorité publique peut tout de même intervenir afin de tenir compte d'exigences plus larges que les clivages professionnels vis-à-vis de l'activité concernée²⁰⁰ : l'État n'abandonne pas aux seuls acteurs sectoriels le soin de déterminer les principes encadrant leur activité lorsque d'autres valeurs appellent une intervention ou une surveillance spécifique. Toutefois, cette intervention ne peut se faire, dans un souci de légitimation du rôle et de l'acceptation des normes émises, qu'en développant une « régulation empirique »²⁰¹, pour reprendre l'expression d'Herbert MAISL. Cela signifie qu'il n'est pas possible dans ce domaine d'élaborer des règles sans tenir compte des contraintes liées au secteur d'activité et sans consulter toutes les personnes concernées ou intéressées. L'élaboration de référentiels normatifs perçus comme légitimes ainsi que la volonté de conserver un certain contrôle étatique sur leur développement forcent les pouvoirs publics à trouver une solution qui permette de conserver les avantages de l'autorégulation tout en garantissant la prise en compte des intérêts publics. Pour le dire autrement, dans ce schéma, la référence à un pouvoir de police est nécessairement proscrite au profit de la mise en place d'une régulation permettant un regard de l'État tout en préservant la nature inductive des normes.

915. En définitive, bien que la déontologie soit généralement définie comme un ensemble de règles de conduite – codifiées ou non – applicables à une catégorie de professionnels²⁰², les usages du mot débordent l'étroitesse de cette définition. Plutôt qu'une profession identifiée, la déontologie s'applique désormais plutôt à un secteur susceptible de recouvrir plusieurs professions. Par exemple, à la déontologie de la police se superpose désormais une « déontologie de la sécurité » ; à celle des fonctionnaires, les règles relatives à la « bonne administration »²⁰³ ou la « déontologie de l'administration »²⁰⁴. La déontologie devient donc

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ C'est précisément l'existence d'une « déontologie publique », telle que précédemment définie, qui va favoriser l'intervention étatique dans le domaine de la déontologie.

²⁰¹ H. MAISL, « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? », art. cit., p. 85.

²⁰² C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières: contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », art. cit., p. 420.

²⁰³ W. YENG-SENG, « Le Médiateur européen, artisan du développement du droit à une bonne administration communautaire », *RTDH*, 2004, n° 58, p. 536). Voir également : R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010, 566 p.

²⁰⁴ J.-P. DIDIER, *La déontologie de l'administration*, Paris, PUF, 1999, 127 p.

interprofessionnelle en se mettant au service de la régulation d'un secteur ; ce qui conduit à rejeter l'assimilation traditionnelle de la déontologie à un ensemble de règles s'appliquant uniquement à un ordre professionnel²⁰⁵. Cette extension du domaine de la déontologie exprime un besoin de normaliser au-delà d'un droit disciplinaire par une référence à un ensemble de valeurs attachée à la qualité et au bon déroulement d'une activité²⁰⁶. De cette évolution de la matière déontologique, il résulte logiquement que le rôle des organismes professionnels dans la détermination de cette déontologie ne peut plus être exclusif. Comme le souligne Nicole DECOOPMAN, il est désormais question d'« une mission de régulation plus large qui dépasse les clivages professionnels et ne saurait être remplie par des institutions professionnelles »²⁰⁷. L'internormativité recherchée dans le domaine de la déontologie s'exprime dès lors dans la mise en place d'« institutions ambivalentes qui participent à la fois de la société civile et de l'État »²⁰⁸.

B. La co-régulation comme correctif des insuffisances de l'autorégulation déontologique

916. Se situant à mi-chemin entre la réglementation et l'autorégulation, la co-régulation est une expression qui désigne un mode de gouvernance politique où coexistent autorégulation par des acteurs privés et supervision par des instances publiques. Malgré un emploi fréquent du terme, la définition diffère quelque peu d'un auteur à l'autre. La variation des définitions correspond à peu près à l'espace qui existe entre autorégulation et réglementation étatique. Ainsi la co-régulation peut désigner aussi bien un modèle où les « régulateurs publics et privés sont en situation d'égalité substantielle »²⁰⁹ que l'accompagnement ou la supervision d'un mécanisme d'autorégulation par l'État. Ce qu'il convient de retenir de ce type de régulation est qu'il consiste, d'une part, à associer l'ensemble des acteurs d'un secteur donné (public et privé ; régulateur et régulés) pour l'élaboration des règles gouvernant ce secteur ; et, d'autre part, à ne pas leur imposer des règles qu'ils n'auraient pas préalablement discutées et admises.

917. La co-régulation fait donc office de compromis entre les promoteurs d'une régulation par les acteurs eux-mêmes – auto-régulation – et les partisans de la régulation étatique –

²⁰⁵ D. TERRÉ, « Droit, morale et sociologie », art. cit., p. 500.

²⁰⁶ N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation », art. cit., p. 87.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 96.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 89.

²⁰⁹ F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, 2004, n° 109, p. 23-35.

autrement dit la réglementation²¹⁰. Si la coopération de tous les acteurs se situe à l'origine du compromis, les modalités d'une telle coopération n'en demeurent pas moins indéterminées. Bertrand DE MARAIS considère que la co-régulation consiste dans le fait de « créer un lieu d'échange, où se compareraient les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations ». Il ajoute que ce « lieu » pourrait « également servir d'instance de médiation »²¹¹. Un lieu de rencontre où le consensus entre les différentes exigences primerait sur la décision unilatérale et permettrait de trouver des solutions amiables aux conflits potentiels. Les caractéristiques de ce « lieu » recouvrent précisément ceux d'une magistrature d'influence, à savoir l'adhésion et la persuasion plutôt que la contrainte ou l'unilatéralité du pouvoir. Parmi les manifestations de la co-régulation, figure également la mise en place d'une institution indépendante capable de traiter les questions posées avec rapidité et pertinence en association étroite avec l'ensemble des acteurs du secteur concerné.

918. Paradoxalement, le choix d'une autorité administrative indépendante dans ce domaine ne s'est pas imposé. Cela s'explique notamment en raison : du développement d'une conception stricte de la co-régulation, d'une part ; et d'une conception réductrice de la catégorie institutionnelle des AAI, d'autre part. En effet, si l'on privilégie une conception de la co-régulation entendue comme un « lieu d'échange » alors il convient de privilégier les structures permettant une représentation strictement égalitaire des intérêts. Ainsi, concernant la régulation de l'Internet et des réseaux, le Conseil d'État, dans son étude sur ce sujet, voyait dans la mise en place d'une association loi de 1901²¹² la figure appropriée permettant d'assurer une co-régulation respectueuse des différents intérêts au contraire de la figure des AAI²¹³. La forme associative doit permettre d'écarter le soupçon d'une régulation juridique unilatérale et elle fournit la structure d'une association des acteurs publics et privés sans qu'aucun ne prédomine sur l'autre dans la détermination des référentiels normatifs. Cette position du Conseil d'État négative à l'encontre de la forme « AAI » s'explique en raison de la conception qu'il adopte

²¹⁰ Les promoteurs de l'autorégulation partent du postulat que l'État n'est pas à même de réguler les activités et en déduisent qu'il revient aux professionnels ou aux acteurs du secteur concerné d'élaborer et d'assurer le respect de codes éthiques. Au contraire, les partisans de la réglementation étatique soutiennent que les institutions de régulation publique, forte d'une légitimité démocratique et au regard du principe de responsabilité publique, sont les seules légitimes dans l'élaboration d'un corpus normatif et pour trancher les questions juridiques posées.

²¹¹ B. DU MARAIS, « Régulation de l'internet », art. cit., p. 84-85.

²¹² Dans son rapport, le Conseil d'État parle d'association « d'intérêt général » ; il semble toutefois que cette formule n'ait pas de portée spécifique. Il convient de ne pas confondre la notion d'« association d'intérêt général » évoquée ici par le Conseil d'État avec son homologue en matière fiscale. La réduction d'impôt accordée au titre des dons faits par les particuliers est régie par l'article 200 du Code général des impôts relatif aux dons et versements aux œuvres d'intérêt général sont reproduites.

²¹³ Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998, p. 153.

d'une telle structure. Il estime que l'AAI doit être avant tout « garant[e] de l'application d'une réglementation, indépendant[e] de l'État, lui-même acteur »²¹⁴ dans le domaine soumis à sa surveillance. Il en ressort qu'une AAI ne pourrait pas assurer la confrontation équitable des intérêts lors de la détermination des référentiels normatifs, car l'application de la réglementation dont elle a la charge nécessite que le législateur lui confère des prérogatives qui pèseront *in fine* sur l'équilibre de la discussion au sein de l'institution. Cet argument du Conseil d'État est repris un an plus tard dans un rapport parlementaire. L'organisme de co-régulation ne peut pas être une AAI, car il « ne fixe pas de règles, ne labellise pas de codes déontologiques et ne statue pas sur des cas individuels. Son rôle est de favoriser l'adaptation de l'ensemble du droit et de ses pratiques au contexte nouveau de la société de l'information »²¹⁵. Force est de constater qu'il s'agit d'une conception réductrice en ce que la possibilité d'établir une AAI exerçant uniquement une magistrature d'influence n'est pas mentionnée, et ce malgré les nombreux exemples dans ce domaine.

919. Tant les rapporteurs du Conseil d'État que les parlementaires privilégient à cette époque le modèle d'une structure privée – l'association – « à condition [toutefois] qu'elle puisse se “teinter” d'un caractère public lui permettant d'asseoir sa légitimité et de faciliter sa constitution »²¹⁶. La forme associative doit donc permettre d'associer les différents acteurs sur une base volontaire tout en respectant une stricte égalité entre les acteurs publics et privés. La « teinte » publique s'appréciera principalement par les sources de financement. Notons que la forme associative est généralement celle des structures privées d'autorégulation telle que l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP)²¹⁷. Or celle-ci n'empêche en rien la mise en œuvre d'une régulation plus contraignante ; et ce, sans les garanties spécifiques attachées à une structure publique. Ainsi, presque exclusivement financé par l'État²¹⁸,

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ C. PAUL (rap.), *Du droit et des libertés sur l'internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier Ministre, mai 2000, Paris, La documentation française, 2001, p. 19.

²¹⁶ *Ibid.*, p.154

²¹⁷ Par ailleurs, l'exemple de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), structure d'autorégulation, montre les limites du modèle associatif. En effet, lorsque la régulation privée d'un secteur tend à imiter celui de la régulation publique (dénomination, mise en garde, injonction, etc.) sans les garanties attachées à une telle structure, elle ne peut plus être laissée à l'écart de la régulation organisée par l'État. Or le modèle associatif ne dispose pas de garanties propres à une AAI, en témoigne l'évolution interne de l'ARPP (L. ARCELIN-LÉCUYER, « L'opportunité de transformer l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) en autorité administrative indépendante (AAI) », *D*, 2012, p. 1028).

²¹⁸ Le 7 décembre 2010, l'Assemblée générale extraordinaire de l'association annonce sa dissolution anticipée, l'État n'ayant pas renouvelé pour 2011 la subvention du FDI qui la faisait vivre à 80 %. (FDI, « Le Forum des droits sur l'internet est dissout », Communiqué de presse du FDI le 7 décembre 2010).

l'organisme « expérimental »²¹⁹ de co-régulation en matière d'Internet voit le jour en décembre 2000 sous l'intitulé : le Forum des droits d'Internet. Cette association comptait jusqu'à sa dissolution en 2010 près de 70 membres, organismes publics, associations et entreprises privées confondus. Son activité consistait à exercer une magistrature d'influence par l'émission de recommandations générales sur la déontologie, par l'adoption d'avis sur les services particuliers et leur labellisation²²⁰. À la suite de son autodissolution, le Forum a été remplacé par un organisme consultatif créé le 29 avril 2011²²¹ : la Commission nationale du numérique (CNNum). La formule de la commission administrative consultative constitue un entre-deux inconfortable entre l'association et l'AAI. Outre une représentation des intérêts soucieuse de refléter le pluralisme qui règne dans le secteur, cette institution risque d'apparaître « comme l'illustration classique du centralisme administratif français »²²². De plus, l'indépendance de l'organisme n'est plus assurée. En effet, si la commission a, au terme du second décret²²³, « pour mission de formuler de manière indépendante et de rendre publics des avis et des recommandations sur toute question relative à l'impact du numérique sur la société et sur l'économie » ; son statut réglementaire ne lui permet pas d'assurer « de manière indépendante » sa mission.

920. L'indépendance d'esprit et le principe d'action fondé sur la discussion et la suggestion font des AAI le pendant public des associations les plus à même de remplir cette mission de co-régulation. Le modèle de l'AAI présente l'avantage, contrairement à l'association, de combiner une intervention par des pouvoirs d'influence et des compétences décisionnelles. En effet, s'il s'agit d'orienter, de baliser les comportements en associant les acteurs privés à l'édiction de la norme, il s'agit en retour de maintenir les prérogatives de contrôle des pouvoirs publics ainsi que parfois celles de sanction²²⁴. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCNDH), dans un avis du 12 février 2015 relatif à la lutte contre les discriminations sur internet, préconise de créer une nouvelle AAI. Il s'agirait dans un premier temps d'en faire la clef de voûte du mécanisme de co-régulation de l'Internet tout en lui permettant dans un second

²¹⁹ Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 151.

²²⁰ B. DU MARAIS, « Réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour Internet ? » dans *Les Cahiers Français*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 67.

²²¹ Décret n° 2011-476 du 29 avril 2011 portant création du Conseil national du numérique, *JORF*, n° 0101, 30 avril 2011, p. 7530, texte n° 27.

²²² Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, *op. cit.*, p. 153.

²²³ Décret n° 2012-1400 du 13 décembre 2012 relatif au Conseil national du numérique, *JORF*, n° 0291, 14 décembre 2012, p. 19550, texte n° 38.

²²⁴ J.-P. FOEGLE et R. MÉDARD, « De l'art du funambulisme : La CNCNDH se saisit des « discours de haine » sur internet », *REVDH* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 mai 2015, consulté le 30 mars 2016 (revdh.revues.org/1088, consulté le 30 mars 2016).

temps d'exercer des compétences administratives traditionnelles (pouvoir de police). L'institution serait chargée d'élaborer, en collaboration avec les entreprises, des chartes et conditions générales d'utilisation respectueuses des droits fondamentaux. Par la négociation avec les prestataires privés, l'autorité participerait ainsi à la définition d'un socle commun de règles en matière de prévention et de signalement des contenus offensants²²⁵. En résumé, la CNCDH propose de créer une AAI qui pourrait tout à la fois exercer une magistrature d'influence²²⁶ et une régulation juridique à proprement parler. Par ailleurs, la présence au sein du collège des autorités de membres provenant de la société civile ou de professionnels du secteur régulé participe de la légitimation du rôle des autorités indépendantes dans la délimitation et l'application d'une déontologie publique. Certes, au contraire du modèle de l'association, la stricte égalité disparaît au profit de l'acteur public, néanmoins, les conditions d'élaboration des règles manifestent le souci de ne pas recommander de règles ou pratiques qui n'auraient pas été préalablement discutées avec les acteurs eux-mêmes. L'avantage du choix de l'AAI, contrairement à celui de l'association, réside dans le fait de mettre en place un « interlocuteur unique, indépendant et impartial »²²⁷ dont le rôle est tant celui d'un observatoire, d'une magistrature d'influence que d'une administration de contrôle.

921. En définitive, par leur composition pluraliste, leur statut d'indépendance et leur magistrature d'influence, le choix d'une autorité administrative indépendante, quel que soit le domaine concerné, va apparaître comme la formulation idoine permettant l'élaboration d'une déontologie à la fois respectueuse de sa nature inductive et facilitant le contrôle de l'État sur le développement de ces référentiels normatifs. Cela permet de tenir compte d'intérêts autres que ceux liés à la profession ou internes au secteur en question²²⁸. Cette prédisposition à concilier intérêt du secteur et intérêt public s'exprime par exemple dans la proposition – non retenue – de la commission d'enquête parlementaire Outreau de faire du Médiateur de la République

²²⁵ CNCDH, Ass. plén., avis du 12 février 2015 sur la lutte contre les discours de haine sur internet, § 29-31.

²²⁶ Elle reprendrait ainsi les compétences de la CNNum.

²²⁷ CNCDH, Ass. plén., avis du 12 février 2015 sur la lutte contre les discours de haine sur internet, p. 19.

²²⁸ Dès lors, sans nier le rôle des inspections générales dans la matière déontologique, « [o]n notera que la plupart des inspections générales ayant une vocation pédagogique, comme l'IGEN, ont aussi une vocation déontologique, quasiment inscrite dans les statuts de l'Inspection. Toutes les inspections exerçant des fonctions de notation ont une vocation déontologique ou « déontologisante ». L'IGF et l'IGAS s'évertuent à rendre plus sensibles les gestionnaires à la déontologie financière (...), l'IGAS cherche à inculquer des valeurs morales relatives à l'hygiène agroalimentaire, etc. » (F. RENAUDIN, *Les inspections générales dans le système administratif français*, op. cit., p. 342). Les AAI s'en distinguent précisément par l'apport d'une expertise qui tient compte d'un point de vue externe à l'administration. La composition, l'indépendance de l'institution et son pouvoir d'influence font que « la mission des [AAI] est plus de délimitation et d'application d'une déontologie que l'élaboration d'une réglementation et de police d'un secteur considéré » (N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation », art. cit., p. 96).

l'« échelon déontologique » de la justice, étant entendu que ce dernier aurait été plus proche des justiciables tout en étant extérieur à l'institution judiciaire²²⁹. Les AAI offrent ainsi « un niveau d'observation des pratiques de régulation sociale, intermédiaire entre les instances purement professionnelles et les instances administratives »²³⁰.

§2 Les AAI comme structure de co-régulation

922. Traditionnellement laissée à l'autorégulation, la déontologie trouve un encadrement public sans pour autant conduire à une réglementation étatique. Le travail des instances publiques consiste dès lors à « reconnaître » et « faire connaître » les principes déontologiques plutôt que de les définir (A). Si la co-régulation s'analyse comme la coopération des acteurs publics et privés, la magistrature d'influence exercée par les AAI cède parfois devant le modèle d'une régulation juridique d'initiative partagée (B).

A. Les manifestations de la co-régulation par les autorités administratives indépendantes

923. La coopération entre les différents acteurs dans le cadre d'une co-régulation réside d'abord dans le principe même d'une magistrature d'influence – susciter l'adhésion du sujet à la norme déontologique plutôt que de la lui imposer. On parle parfois d'une « rhétorique de la suggestion »²³¹. Sébastien GOUHIER soulignait à propos de l'ancienne Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) que l'« accumulation des avis et des recommandations ainsi que la politique de tri que la Commission pourrait appliquer aux requêtes qui lui sont adressées pourraient permettre de dégager certains principes déontologiques »²³². Dans cette hypothèse, si les acteurs du secteur soumis à la surveillance de l'autorité en question ne sont pas systématiquement associés en amont de l'élaboration de la norme, ils peuvent néanmoins accepter ou refuser de respecter les principes émis par l'autorité²³³. Il s'agit ainsi d'une doctrine qui vient enrichir les pratiques des acteurs en matière de déontologie. Il en va ainsi du Défenseur des droits, ou du Médiateur européen, qui, dans leurs recommandations issues du traitement des

²²⁹ *Médiateur-Actualités*, juillet/août 2006, n° 20, p.2.

²³⁰ P. LASCOURMES, « La C.O.B. : entre magistrature économique et gestion du droit des affaires », *Déviance et société*, 1985, vol. 9, n° 1, p. 3.

²³¹ Pour un exemple dans le domaine de la santé : N. SALVI, « L'Hôpital (en)quête d'éthique », art. cit., p. 97.

²³² S. GOUHIER, « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens ? », art. cit., p. 390 ; de la même manière concernant le CSA : B. ADER, « Éthique et déontologie à la télévision. La doctrine du CSA », *LEGICOM*, 1 février 1996, n° 11, p. 25-35.

²³³ Pour un exemple : CSA, délibération n° 2007-234 du 4 décembre 2007 relative au port du préservatif dans les programmes pornographiques diffusés par des services de télévision, *JORF*, n° 0006, 8 janvier 2008, texte n° 38.

réclamations, pose les principes d'une « bonne administration »²³⁴ que les administrations seront libres d'adopter ou d'écarter.

924. Toutefois, la rhétorique de la suggestion ne suffit pas dans la matière déontologique à produire des effets. Le respect des principes déontologiques suggérés par les AAI est d'autant plus assuré, c'est-à-dire que la recommandation a d'autant plus de chance d'être respectée et appliquée, que le processus de collaboration ou de négociation avec des représentants du secteur concerné intervient en amont de l'édition des recommandations de bonnes pratiques. La norme déontologique repose ainsi « sur un consensus qui en fait une règle déontologique professionnelle »²³⁵.

925. En effet, l'intérêt de l'intervention des AAI dans la matière déontologique réside dans la souplesse de leur structure qui permet l'établissement de contacts avec les acteurs des secteurs qu'elles régulent. Cette coopération en amont est plus ou moins formalisée. Si le législateur en prévoit parfois l'existence, il n'en définit pas pour autant les modalités, évitant ainsi de figer le processus inductif d'émergence des règles déontologiques. Cela peut se faire par la reconnaissance et la diffusion des règles élaborées par les acteurs du secteur surveillé, par leur accompagnement dans l'élaboration des codes de bonne conduite ou par une méthodologie d'élaboration des règles déontologiques associant les acteurs du secteur à tous les stades de l'élaboration des principes directifs. Les autorités œuvrent ainsi « dans les coulisses »²³⁶ pour reprendre l'expression de Nicole DECOOPMAN.

926. La reconnaissance du travail des acteurs du secteur surveillé est le premier facteur d'émergence et d'effectivité des règles déontologiques. Depuis la modification de la loi du 6 janvier 1978 en 2004²³⁷, la CNIL dispose de la faculté, à la demande notamment des organisations professionnelles, de valider des projets de règles professionnelles ainsi que des produits ou procédures tendant à la protection des personnes. Elle peut notamment rendre un avis sur les projets de règles professionnelles²³⁸. On peut citer également le Conseil supérieur

²³⁴ Voir sur ce point : W. YENG-SENG, « Le Médiateur européen, artisan du développement du droit à une bonne administration communautaire », art. cit. ; R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, op. cit.

²³⁵ J. FRAYSSINET, « Les recommandations de la CNIL et le contrôle de légalité du juge administratif », note sous CE, 27 septembre 1989, nos 74548 à 74550, *JCP G*, 1990, n° 26, 21525, paragr. 20.

²³⁶ N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation », art. cit., p. 88.

²³⁷ Article 11, 3° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 telle que modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, *JORF*, n° 182, 7 août 2004, p. 14063, texte n° 2.

²³⁸ CNIL, délibération n° 2005-051 du 30 mars 2005 portant avis sur un projet de code de conduite présenté par l'Union Française du Marketing Direct (UFMD) sur l'utilisation de coordonnées électroniques à des fins de prospection directe [consultable sur legifrance.fr].

de l'audiovisuel qui, aux termes de l'article 14 de la loi du 1986 relatif au contrôle sur l'objet, le contenu et les modalités de programmation des émissions publicitaires diffusées par les services de communication audiovisuelle, est invité par le législateur à prendre en compte les recommandations des autorités d'autorégulation mises en place dans le secteur de la publicité²³⁹. À ce titre, il a renforcé ses liens avec l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), association de droit privé anciennement dénommée le Bureau de vérification de la publicité (BVP). Comme en témoigne une rencontre organisée entre les deux instances sur la question de l'image des femmes dans les publicités en juin et en décembre 2015. Le CSA a, lors de cette rencontre, suggéré la modification de la Recommandation de l'ARPP « Image de la personne humaine » sur certains points. De la même façon, le 18 mai 2011, l'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'ARPP ont signé une convention de partenariat pour renforcer la régulation de la publicité sur les produits financiers. Cette convention est une illustration de l'incursion d'une AAI dans un secteur généralement autorégulé. Il est prévu notamment à l'article 4 de la Convention que l'AMF contribue, en collaboration avec l'ARPP, à dégager les « bonnes pratiques existantes et recommander leur application à l'ensemble des adhérents de l'ARPP »²⁴⁰. Cette démarche collaborative permet de « joindre leurs expertises pour renforcer et diffuser les bonnes pratiques auprès des professionnels concernés »²⁴¹. Ainsi, lorsque l'ARPP publie le 28 janvier 2014 une recommandation portant sur la « Publicité des produits financiers et d'investissement, et services liés », l'AMF en assure immédiatement une diffusion spécifique plus large via ses propres canaux de diffusion, notamment par la publication d'un communiqué sur son site Internet. Ainsi, comme l'observait Nicole DECOOPMAN, le rôle des AAI est « prépondérant lors de leur réception, qu'il "reçoive" ou qu'il "ignore" les règles déontologiques élaborées par des instances non étatiques »²⁴².

927. Ensuite, les AAI accompagnent ou encouragent l'émergence des normes déontologiques. À ce titre, la méthodologie d'élaboration des recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé (HAS) est exemplaire. En plus d'assurer la participation des professionnels, la HAS organise la possibilité pour les professionnels de santé de réaliser eux-mêmes des recommandations de bonnes pratiques (RBP). Pour ce faire, elle diffuse un guide méthodologique aux professionnels qui souhaitent élaborer des RBP et attribue un label

²³⁹ Article 14 tel que modifié par l'article 39 de la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, *JORF* n° 0056 du 7 mars 2009, p. 4321, texte n° 2.

²⁴⁰ AMF et ARPP, Convention de partenariat entre l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité, 18 mai 2011, p.3 (amf-france.org et arpp-pub.org, consulté le 12 avril 2015).

²⁴¹ AMF, *Rapport annuel 2011*, Paris, Autorité des marchés financiers, 2012, p. 21.

²⁴² N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation », art. cit., p. 88.

aux recommandations lorsque celles-ci sont conformes à ladite méthodologie²⁴³. Le label méthodologique de la HAS est attribué en fin de projet par le Collège de l'autorité, sur avis de la Commission en adoptant une recommandation de bonne pratique, formalisée au moyen de la grille dérivée de la grille d'évaluation de la qualité des RBP appelée AGREE II (*Appraisal of Guidelines for REsearch & Evaluation*). L'élaboration des RBP doit répondre à une procédure bien définie, marquée notamment par la transmission des déclarations d'intérêts des experts par le promoteur. Cet outil permet d'évaluer la rigueur méthodologique et la transparence du processus d'élaboration des RBP. Cet accompagnement ou cet encouragement se traduit aussi par la réunion des différents acteurs ainsi que par le dialogue. Le CSA, par exemple, dans le cadre de sa mission « pluralisme et éthique de l'information » participe directement à la définition d'une déontologie de l'information et des programmes²⁴⁴. Pour remplir sa mission, il s'appuie bien évidemment sur les définitions et les compétences données par les textes légaux, mais il s'est également doté d'outils jugés plus « efficaces »²⁴⁵. Outre une intervention qui consiste à guider la rédaction des conventions des éditeurs privés et rendre des avis et des recommandations sur les cahiers des charges des éditeurs publics, le Conseil a également engagé un processus de dialogue avec les professionnels du secteur sur des sujets fondamentaux comme la déontologie de l'information ou la responsabilisation des éditeurs concernant les émissions dites de télé-réalité²⁴⁶.

928. Enfin, en ce qui concerne le développement d'une méthodologie d'élaboration des règles déontologiques associant les divers acteurs du secteur à tous les stades de l'élaboration des principes directifs, celle-ci s'apprécie le plus souvent dans la consultation des acteurs du secteur lors de la phase d'élaboration des RBP. Cette consultation peut être spontanée, selon le domaine concerné, ou formalisée *via* la mise en place au sein de l'autorité d'une commission consultative ou d'un groupe de travail dont la composition reflète généralement les écoles, les courants de pensée ou la diversité des opinions du secteur concerné. La CNIL, par exemple, met en place des groupes de travail dont la vocation est de proposer des solutions pour inciter les entreprises à un meilleur respect des règles de protection de données, qu'il s'agisse

²⁴³ Haute autorité de santé, *Si vous souhaitez réaliser des recommandations de bonnes pratiques*, document d'information, Seine-Saint-Denis, Haute autorité santé, décembre 2010 ([has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2011-11/si_vous_souhaitez_realiser_des_recommandations_de_bonne_pratique_-_4_pages.pdf](http://has.sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2011-11/si_vous_souhaitez_realiser_des_recommandations_de_bonne_pratique_-_4_pages.pdf), consulté le 15 mars 2016).

²⁴⁴ CSA, *Rapport d'activité 2000*, Paris, Conseil supérieur de l'audiovisuel, mai 2001, p.98

²⁴⁵ Cette information est disponible sur le site Internet du Conseil (csa.fr/Television/Le-suivi-des-programmes/La-deontologie-de-l-information-et-des-programmes, consulté le 14 février 2016).

²⁴⁶ *Idem*.

d'élaborer des codes de déontologie, c'est-à-dire des règles internes d'entreprise²⁴⁷. Cette démarche collaborative s'observe également dans le secteur public. Ainsi, le 7 décembre 2013, la ministre de la fonction publique et le Défenseur des droits ont signé une charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique. Cette charte était présentée comme le « fruit d'une riche concertation entre les organisations syndicales et les employeurs publics des trois versants de la fonction publique »²⁴⁸ dans le cadre du Conseil commun de la fonction publique avec les organisations syndicales de fonctionnaires représentatives et avec les employeurs des trois versants de la fonction publique.

B. Les limites de la co-régulation par les AAI : exemple dans la matière bancaire et financière

929. La structure des AAI permet l'exercice par une même instance, à deux moments différents, d'une magistrature d'influence, d'une part, et, le cas échéant, de compétences classiques de l'action administrative (police préventive et répressive, régime d'autorisation, etc.), d'autre part²⁴⁹. Si certains considèrent que la co-régulation est l'art de conjuguer toutes les sources possibles d'instruments issus de la réglementation et de l'autorégulation²⁵⁰, la pratique des AAI invite au contraire à relativiser cette affirmation. Il existe une certaine confusion des niveaux de régulation en ce que la magistrature d'influence n'est parfois mobilisée que comme un préalable à l'action contraignante. À cet égard, le domaine économique – bancaire et financier – offre la possibilité d'observer de façon nette la place qu'occupe une AAI dans la réflexion éthique du secteur qu'elle régule. L'émergence d'une déontologie dans ce secteur a connu plusieurs étapes au cours desquelles la part de travail des AAI a gagné en importance jusqu'à placer les professionnels dans l'attente d'une approbation, voire de la norme même. Contrairement à une co-régulation égalitaire, il s'est établi progressivement une relation d'autorité au profit de la structure étatique.

930. Historiquement, les discours sur l'éthique et la déontologie en matière financière et bancaire se sont développés à mesure que le législateur ouvrait et déréglementait les marchés. Dans ce processus, les AAI ont d'abord aidé à la formalisation de ces règles avant de participer

²⁴⁷ Pour un exemple, voir le groupe de travail sur la délocalisation des centres d'appels ainsi que sur l'externalisation informatique : CNIL, *Rapport d'activité 2007*, Paris, La Documentation française, 2008 p.77.

²⁴⁸ Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique du 17 décembre 2013, DGAFP, Bureau de la communication, Mars 2014, p. 8.

²⁴⁹ B. DU MARAIS, « Réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour Internet ? », art. cit..

²⁵⁰ D. BRIAND-MELEDON, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RIDE*, 12 octobre 2007, t. XXI, 3, n° 3, p. 369.

de façon plus directe à la détermination de ces principes²⁵¹. Le premier moment est donc marqué par la place prépondérante accordée aux professionnels dans la détermination et l'application des normes déontologiques. Dans la matière financière d'abord, la Commission des opérations de bourse (COB), ancêtre de l'Autorité des marchés financiers (AMF), avait mis en place un groupe de travail, le groupe Brac de la Perrière, en mars 1988, suivi par un deuxième groupe chargé de déterminer la déontologie boursière²⁵². La composition de ces groupes se distinguait notamment par leur ouverture à des acteurs du marché bancaire²⁵³. Ces principes, énoncés en deux temps²⁵⁴, en 1988 et en septembre 1989, étaient conformes au caractère inductif d'une démarche d'élaboration d'une déontologie. Le législateur, suivant en ce sens la position de la COB, n'a d'ailleurs pas jugé utile de les transcrire dans un texte spécifique. Cette position s'expliquait notamment « dans la mesure où la démarche déontologique est culturelle avant d'être juridique »²⁵⁵. C'est donc aux professionnels, en premier lieu, qu'il revenait d'élaborer les règles déontologiques. Dans la matière bancaire ensuite, il a pu être observé, plus tardivement, au milieu des années quatre-vingt-dix, le développement important de chartes et de code de conduite ou de déontologie élaborés par les professionnels eux-mêmes dans un but clair de renforcer la confiance des clients²⁵⁶. Toutefois, les pouvoirs législatif et réglementaire n'ont pas longtemps ignoré cette production normative : parfois par une reprise dans un texte de portée juridique des principales dispositions de ces codes²⁵⁷, le plus souvent par l'organisation d'une réception juridique de ces productions normatives notamment en les homologuant par la technique de l'arrêté ministériel²⁵⁸. L'AMF et l'Autorité de contrôle

²⁵¹ J. ASSOULY, *Morale ou finance ? La déontologie dans les pratiques financières*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, p. 44.

²⁵² Voir sur ce point : G. ELIET, « Définir la déontologie financière », *Revue d'économie financière*, 1995, vol. 33, n° 2, p. 327-344.

²⁵³ COB, *Bilan de l'application des propositions du groupe présidé par M. Gilles Brac de la Perrière*, Supplément au bulletin mensuel, n° 228, septembre 1989, p. 8.

²⁵⁴ COB, rapport général du groupe de déontologie des activités financières, Supplément au Bulletin mensuel n° 212, COB, mars 1988, 81 p.

²⁵⁵ F. BORDAS, « DEVOIRS PROFESSIONNELS DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT. – déontologie en matière d'opérations de banque. – Conflits d'intérêts », *JCI Banque Crédit Bourse*, Fasc. 140, mis à jour le 20 Septembre 2011, §13.

²⁵⁶ Voir sur ce point : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai 2014, n° 3, dossier 21, p. 98.

²⁵⁷ Par exemple, les articles 533-4 et s. du CMF

²⁵⁸ Il en va ainsi par exemple des codes de conduites ainsi que des conventions régissant les rapports entre les producteurs et les distributeurs en matière de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne et d'assurance sur la vie depuis une ordonnance du 5 décembre 2008 (Ordonnance n° 2008-1271 du 5 décembre 2008 relative à la mise en place de codes de conduite et de conventions régissant les rapports entre les producteurs et les distributeurs, en matière de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne et d'assurance

prudentiel et de résolution ne sont néanmoins pas en reste puisque le pouvoir législatif a renforcé leur fonction de supervision de cette production normative.

931. Contrairement à la CNIL qui se contente d'émettre un avis dans lequel elle approuve symboliquement les codes, l'ACPR peut, depuis la loi régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010²⁵⁹, approuver tout ou partie des codes de bonne conduite que l'organisme professionnel a élaborés en matière de commercialisation et de protection de la clientèle²⁶⁰. L'AMF a également instauré une procédure²⁶¹ d'approbation des codes de conduite à l'article 314-2 de son règlement général. Ces pouvoirs ont clairement une incidence sur la portée obligatoire de ces règles. En effet, l'approbation et la diffusion a pour effet de les rendre obligatoires. Par exemple, les « règles de bonne conduite » visées par le règlement général de l'AMF, qui portent sur la définition des « comportements acceptables » envers les clients et sur les marchés²⁶², appartiennent aux obligations professionnelles que doivent respecter à tout moment les personnes mentionnées au II de l'article L621-9 du Code monétaire et financier (CMF), à savoir toute entité intervenant sur un marché²⁶³. Concernant l'ACPR, le caractère obligatoire résulte principalement des pouvoirs dont le législateur a investi l'Autorité : un pouvoir de contrôle, de prendre des mesures de police administrative et de sanction à l'égard des personnes soumises à son contrôle. L'ACPR et l'AMF se sont dès lors imposées au fil des années comme les instances centrales de la réception des règles de « bonnes conduites » émises par les organismes professionnels. Il est désormais acquis que la plupart des règles de déontologie en matière bancaire et financière auxquelles se réfèrent les professionnels se trouvent dans les textes de l'AMF et de l'ACPR²⁶⁴. Le choix discrétionnaire de l'autorité publique de valider ou non, d'accorder, de donner une portée juridique spécifique aux dispositions déontologiques par leur homologation ou en les approuvant s'apparente à une fonction de réglementation dont l'initiative quant au contenu relève des organismes professionnels. En effet, contrairement aux simples recommandations des organismes

sur la vie, *JORF*, n° 0284, 6 décembre 2008, p. 18612, texte n° 21). Ils font l'objet d'une homologation par le ministre en charge de l'Économie.

²⁵⁹ Article 36 de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF*, n° 0247, 23 octobre 2010, p. 18984, texte n° 1.

²⁶⁰ Article L612-29-1 du CMF.

²⁶¹ Conformément à l'article L621-7 du CMF relatif au règlement générale.

²⁶² Règlement général de l'Autorité des marchés financiers en vigueur au 1^{er} août 2016, Chapitre IV, articles 314-1 et s.

²⁶³ La méconnaissance de ces dispositions est susceptible de donner lieu au prononcé d'une injonction ou d'une sanction conformément aux articles L621-14 et L621-15 du CMF.

²⁶⁴ J. ASSOULY, *Morale ou finance ? La déontologie dans les pratiques financières*, *op. cit.*, p. 53.

professionnels, les codes homologués par le ministre ou les bonnes pratiques approuvées par l'ACPR ou l'AMF constituent des normes professionnelles au sens de l'article L. 613-1 du Code monétaire et financier ou de l'article 314-2 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Il se révèle erroné d'associer une méthode participative ou négociée d'édiction du droit avec la co-régulation – lieu d'échange et de réflexion sur l'émergence des normes déontologiques. À la co-régulation se substitue donc une régulation juridique d'initiative partagée dont le dernier mot revient en définitive à l'autorité administrative indépendante.

932. En dépit de cet accroissement des compétences juridiques, les autorités continuent d'exercer une magistrature d'influence lorsqu'elles déterminent elles-mêmes le contenu des règles déontologiques via leurs recommandations. Ainsi, l'ACPR, conformément à l'article L619-29-1 du CMF, est en droit « de constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle »²⁶⁵. De son côté, en vertu de l'alinéa 2 de l'article L621-6 du CMF, l'AMF rédige parfois des recommandations sous la forme de codes de bonne conduite. Il en va ainsi de la recommandation du 18 mars 2011 qui se présente sous la forme d'un code de bonne conduite à l'attention des émetteurs de conseils de vote²⁶⁶. À l'instar des circulaires ou des instructions, les recommandations de l'AMF sont des actes indicatifs sans autre portée que recommandationnelle. Dès lors, si ces recommandations peuvent avoir une portée générale, elles n'ont toutefois pas de valeur réglementaire. L'AMF rappelle d'ailleurs que ses recommandations constituent uniquement une invitation « à adopter un comportement ou à se conformer à une disposition »²⁶⁷. Néanmoins, entre droit et morale, la valeur juridique des normes déontologiques contenues dans les recommandations de bonnes pratiques n'apparaît pas toujours évidente. Lorsqu'elles comblent un vide juridique, c'est-à-dire qu'elles viennent en remplacement d'une règle de droit, les recommandations de l'AMF ou de l'ACPR sont le plus souvent considérées comme obligatoires par les professionnels du secteur. Certains y voient d'ailleurs un « droit semi-dur »²⁶⁸ ou en voie de « durcissement »²⁶⁹.

²⁶⁵ Article L612-29-1 al.2 du CMF.

²⁶⁶ AMF, recommandation AMF n° 2011-06 du 18 mars 2011 sur les agences de conseil en vote, 4 p.

²⁶⁷ AMF, Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF, 17 juillet 2014, *précités*.

²⁶⁸ E. JOUFFIN, « Le droit mou est-il en train de durcir ? Brèves réflexions au sujet de la soft law bancaire et de sa disparition » dans A. GOURIO et J.-J. DAIGRE (dir.), *Mélanges AEDBF-France*, Paris, Revue banque édition, 2013, vol. VI, p. 279.

²⁶⁹ E. JOUFFIN, « Le droit mou est-il en train de durcir ? Brèves réflexions au sujet de la soft law bancaire et de sa disparition », art. cit.

933. La configuration de la relation entre les AAI et les acteurs soumis à leur surveillance et plus largement à leur rôle dans l'élaboration et le respect d'une certaine déontologie interroge sur la frontière entre une norme déontologique obligatoire et une norme déontologique non obligatoire : entre un devoir de l'ordre de la morale et une obligation juridique. Ce qui revient plus largement à poser la question de la frontière entre l'influence et l'injonction exercée par l'autorité qui émet la norme²⁷⁰, et ce malgré le rappel par l'autorité que la nature invitative des recommandations implique que le constat de leur méconnaissance ne donne pas lieu de fait à une sanction disciplinaire²⁷¹ et qu'à ce titre elles « ne doivent pas se confondre avec les dispositions légales ou réglementaires obligatoires »²⁷². Il convient de relativiser le caractère non obligatoire des recommandations de l'ACPR en rappelant leur contexte d'émission. En effet, en ce qui concerne les recommandations de bonnes pratiques émises par l'ACPR, celles-ci peuvent néanmoins donner lieu à des mesures de police, à savoir des mises en garde individuelle, lorsque l'autorité constate qu'une personne contrôlée a des pratiques non conformes susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients, assurés, adhérents ou bénéficiaires²⁷³. Or, le non-respect d'une mise en garde peut donner lieu à l'ouverture d'une procédure disciplinaire²⁷⁴. Cette situation a suscité des critiques quant à la cohérence de la procédure mise en place²⁷⁵. Il est généralement fait le constat qu'en l'espèce l'ACPR « commande plus qu'elle ne recommande »²⁷⁶. Par ailleurs, il convient de relever que l'autorité entretient une confusion formelle entre acte réglementaire et acte à visée recommandationnelle²⁷⁷.

²⁷⁰ Cf. P2. T2. Ch.1. Sect.1. §2.

²⁷¹ ACPR, « Les recommandations de l'ACPR », *Revue de l'ACPR*, n° 23, Paris, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, mai-juin 2015 (acpr.banque-france.fr/publications/revue-de-lacpr/revue-de-lacpr-n23-sommaire/protection-de-la-clientele/les-recommandations-de-lacpr.html, consulté le

²⁷² ACP, *Politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel*, document de nature explicative, juillet 2011, p. 4 (acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/2011-Politique-de-transparence-de-l-ACP.pdf, consulté le 18 mars 2015).

²⁷³ Article L612-30 du CMF.

²⁷⁴ Articles L612-38 et L612-39 du CMF.

²⁷⁵ En effet, l'absence de sanction disciplinaire a été critiquée au motif que « la valeur juridique de ces pratiques justifierait pourtant une position inverse. Sans doute faut-il déceler dans le choix du régulateur un signe destiné à rassurer les professionnels qui globalement, redoutent ce nouvel arsenal normatif. Aussi est-il prévu que l'ACP prenne vis-à-vis du contrevenant une mesure de police administrative en la forme d'une mise en garde qui, si elle n'est pas suivie d'effet pourrait déboucher sur une procédure disciplinaire » (P.-G. MARLY, S. GOSSU, « Bancassurance », *Banque et droit* 2011, n° 136, p. 57).

²⁷⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », art. cit., p. 100.

²⁷⁷ Il est régulièrement fait le constat que l'ACPR ne se contente pas de recommander des bonnes pratiques mais décide également de leur durée d'application par la prévision notamment de leur date d'entrée de vigueur. Par l'emploi de la notion d'entrée en vigueur, l'autorité se comporte dès lors comme si elle disposait d'un authentique

pouvoir réglementaire (Cf. T. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, 469 p).

Chapitre 2. L'impuissance de la magistrature d'influence dans le contrôle des comportements

934. De façon générale, l'avis ou la recommandation apparaît plutôt comme l'expression d'une fonction d'étude ou de conseil et non comme l'expression d'une fonction de contrôle. Pour autant, ainsi que l'a montré dès 1973 Alain-Serge MESCHERIAKOFF dans sa thèse sur le contrôle non juridictionnel de l'administration, un avis peut parfaitement constituer une « décision de contrôle »¹ en tant qu'il est « le résultat d'une confrontation entre la norme de référence et l'objet contrôlé »². À l'issue d'une activité de contrôle, les AAI peuvent ne formuler que des critiques, des observations publiques, des recommandations ou encore des mises en gardes³. Dans ces hypothèses, l'autorité constate la situation et la dénonce sans imposer d'obligation à l'intéressé de se conformer à un comportement déterminé⁴ ; « la prise de décision de contrôle n'entraînera aucun effet juridique sur l'objet du contrôle et épuiserait les compétences des contrôleurs sur cet objet »⁵. Tel est le cas par exemple du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) ou encore de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) qui ne peuvent rendre qu'un avis à l'issue de leur contrôle.

935. À l'opposée d'un contrôle consultatif, on trouve le contrôle correctif basé sur l'injonction et la sanction. L'injonction se situe à un degré supérieur et, outre la constatation et la critique de la violation de la norme, elle ordonne à l'intéressé d'adopter tel ou tel comportement. L'injonction et la sanction constituent donc à la fois l'exercice d'un pouvoir de contrôle et la manifestation d'un pouvoir de rétablissement des comportements tranchant avec le simple exercice d'une magistrature influence. La mission de contrôle, c'est-à-dire de vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une pratique, d'un comportement⁶,

¹ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, op. cit., p. 291.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 292.

⁴ N. DECOOPMAN, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 5.

⁵ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, op. cit., p. 100.

⁶ N. DECOOPMAN, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *La Semaine Juridique - Édition Générale*, n° 44, 3303, paragr. 5.

assurée par les autorités administratives indépendantes (AAI), recouvre donc plusieurs formes. Si la grande majorité des autorités dispose d'importants moyens d'investigation ainsi que des compétences d'enquête spécifiques⁷, certaines autorités sont dotées d'un pouvoir de sanction là où d'autres ne disposent que de la faculté de formuler des avis ou des recommandations pour régler les difficultés ou prévenir leur survenance.

936. La mise en place d'une instance de contrôle n'exerçant qu'une magistrature d'influence, en ce qu'elle est censée combler les lacunes du système de contrôle correctif, s'inscrit en complémentarité de l'action répressive⁸ ; les insuffisances dans le système français de la prévention des atteintes aux droits et libertés ont été parfois soulignées⁹. Par exemple, à propos du Médiateur de la République, René PLEVEN considérait que la nouvelle institution complétait ou prolongeait « l'action des organes de contrôle existants – juridictions et Parlement – sans entrer en concurrence ou faire double emploi avec eux »¹⁰.

937. Pour autant, face à des violations flagrantes ou à des situations jugées graves, c'est l'impuissance de ces institutions qui est généralement critiquée. L'absence de pouvoirs coercitifs est régulièrement dénoncée comme constituant une limite sérieuse de leur action, et ce alors même qu'ils seraient le prolongement logique de leurs importantes compétences d'information ou d'enquête. À cet égard, certains reprochaient que la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) ne dispose que d'un pouvoir d'exhortation comme complément à ses importantes compétences d'enquête¹¹. Les insuffisances de l'appareil juridictionnel peuvent renforcer, le cas échéant, les opinions négatives à l'encontre de l'établissement d'une magistrature d'influence, lui reprochant de n'être qu'un alibi permettant de tenir à distance le juge¹². Ces critiques se fondent notamment sur le décalage qui existe entre la faiblesse des pouvoirs de ces autorités et la tendance à l'évitement du juge¹³. Dans son étude de 2001, le Conseil d'État ne rappelait-il pas à ce sujet le principe selon lequel en matière de « protection de la liberté individuelle ou des libertés publiques, [...] la solution naturelle est le

⁷ cf. PI. TII. Chp.1. Sect.2.

⁸ G. BRAIBANT, « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », art. cit., p. 283.

⁹ J. RIVÉRO, *Les libertés publiques*, 8e éd., Paris, PUF, 1997, vol.1, p. 228.

¹⁰ R. PLEVEN, ministre de la Justice, compte-rendu des débats, Assemblée nationale, 1972, *JORF*, p.6209.

¹¹ D. D'ALLIVY KELLY, « Dénoncer les violences policières. Mais après ? », *Plein droit*, mars 2009, n° 82, p. 27.

¹² Voir : S. TRAORÉ, « La commission consultative du secret de la Défense nationale : une autorité administrative indépendante sui generis ? », *Revue administrative*, 1999, n° 311, p. 508-515.

¹³ F. BRUNET, « De la procédure au procès: le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, janvier-février 2013, n° 1, p. 113-126.

recours au juge »¹⁴. Dans ce schéma, les discussions parlementaires relatives à l'attribution de pouvoirs coercitifs – d'injonction ou de sanction – aux autorités administratives indépendantes n'exerçant qu'une magistrature d'influence sont l'expression des hésitations du législateur quant au type de régulation qu'il souhaite mettre en place. Pourtant, force est de constater que l'attribution de tels pouvoirs marque irrémédiablement le basculement du procédé de régulation dans une démarche répressive.

938. Les autorités exerçant une magistrature d'influence trouvent d'abord dans l'établissement de collaborations étroites avec les instances de contrôle disposant d'un pouvoir de sanction le moyen de renforcer la puissance qui leur fait défaut (Section 1). Ensuite, le législateur répond à ce constat d'impuissance par l'attribution d'un pouvoir d'injonction, au risque de dénaturer leur magistrature d'influence (Section 2). Enfin, le renforcement des compétences répressives parallèlement au développement des pratiques d'influence génère des risques de confusion entre les finalités poursuivies et des compétences de natures différentes (Section 3).

Section 1. L'instrumentalisation de la transmission des informations aux autorités de contrôle

939. Dans le cadre d'une mission de contrôle, l'exercice d'une magistrature d'influence consiste principalement à alerter, à dénoncer et enfin à signaler les situations problématiques afin que les organes disposant de compétences de redressement des comportements interviennent. Cet aspect de leur mission ne se confond pas avec un pouvoir de saisine. Ainsi, tant le signalement au procureur des faits susceptibles de trouver une qualification pénale que la transmission des informations aux autorités internationales et européennes de contrôle ne s'apparentent pas à un pouvoir de saisine au profit des AAI¹⁵. Dans ce cas, les autorités répressives, qui disposent du pouvoir de sanction, demeurent libres quant aux suites à donner aux informations transmises.

940. Dans l'hypothèse où elles détiendraient un pouvoir de saisine, les autorités n'agiraient plus dans le cadre d'une magistrature d'influence, mais seraient directement associées à la procédure de contrôle par son déclenchement, dont elles maîtriseraient dès lors l'opportunité. Ainsi, dans le cas de la mise en œuvre d'une prérogative de saisine du juge pénal, les autorités

¹⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 377.

¹⁵ Par exemple, le Défenseur des droits parle de « saisine du Parquet » dans son rapport pour l'année 2014 (*Rapport annuel d'activité 2014*, Paris, Défenseur des droits, 2015, p. 43).

sont considérées opérer un « contrôle semi-contentieux »¹⁶. La détention d'une telle prérogative rapproche le contrôle des autorités en question de celui du ministère public en leur conférant, sous certaines conditions, une « compétence d'accusation »¹⁷. Pour ce qui est des institutions exerçant à titre principal une magistrature d'influence, hormis les cas où l'autorité dispose d'une capacité générale d'ester en justice liée à l'attribution de la personnalité morale, ce pouvoir de saisine entraîne un changement de nature de leur mission¹⁸. D'une évaluation préventive des situations, celle-ci se transforme en une mission de contrôle correctif. À ce titre, on peut citer l'exemple de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR). Conformément au 2° de l'article L841-1 du Code de la sécurité intérieure, la Commission peut saisir le Conseil d'État, par l'intermédiaire de son président ou d'au moins trois de ses membres, lorsque le Premier ministre ne donne pas suite aux avis ou aux recommandations ou que les suites qui y sont données sont estimées insuffisantes. Dans ce cas, contrairement à ce qui était prévu pour la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), on quitte le terrain d'un mécanisme de contrôle consultatif, dont le principe d'action est une magistrature d'influence, pour un mécanisme de contrôle plus contraignant, mais dont la mise en œuvre implique l'intervention de plusieurs acteurs.

941. La transmission des informations aux autorités de contrôle s'inscrit donc dans un processus visant à assurer la cohérence entre les fonctions d'alerte des magistratures d'influence et le pouvoir de répression des organes de contrôle. Ce pouvoir de transmission agit ainsi à la manière d'un catalyseur. Toutefois, les autorités utilisent l'obligation de transmission

¹⁶ A. LEGRAND, *L'ombudsman scandinave*, op. cit., p. 283

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ La question s'est posée au niveau du Conseil de l'Europe à propos du Commissaire des droits de l'homme. Pour pouvoir lutter efficacement contre les violations graves et systématiques, Alvaro GIL-ROBLES, alors Commissaire aux droits de l'homme, avait proposé lors des travaux préparatoires du Protocole n° 14 d'inscrire une nouvelle disposition dans la Convention lui permettant de « saisir la Cour d'une requête, qui soulève une question grave de caractère général, dirigée contre une ou plusieurs Hautes Parties contractantes, afin de faire constater par la Cour une violation des droits reconnus par la Convention imputable à cette ou à ces Hautes Parties contractantes » (Comité Directeur pour les Droits de l'Homme, CDDH-GDR (2003)027, 24 septembre 2003). L'Assemblée du Conseil de l'Europe reprit cette proposition dans un avis dans lequel elle salue la consécration de la tierce intervention prévue par l'article 14 du projet de protocole n° 14, toutefois elle considère que cela n'est pas suffisant pour permettre de faire face à des cas de violations massives alléguées des droits de l'homme (Assemblée parlementaire, Avis n° 251, 2004, *Projet de protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, assembly.coe.int/). Cette proposition ne sera pas retenue jugeant qu'une telle procédure bouleverserait les équilibres institutionnels au sein de l'Organisation, « en lui permettant de dresser l'agenda des droits de l'homme à l'échelle du système, sans passer par les canaux diplomatiques habituels », ce qui présupposerait un stade de maturation, voire d'intégration du Conseil de l'Europe, que l'Organisation n'a pas encore acquis (L.-A. SICILIANOS, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », dans H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pédone, 2005, p. 147, cité par L. HENNEBEL, « Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n° 71, p. 648).

des informations au parquet (§1) et la transmission des informations aux instances internationales et européennes (§2) pour accroître leur influence, du moins la visibilité de leur position.

§1 L'obligation de transmission des informations au parquet : objet de stratégies de maximisation de leur influence

942. Aux termes de l'article 40 al. 2 du Code de procédure pénale (CPP), disposition ancienne héritée du Code pénal de brumaire an IV, toute « autorité constituée [...] qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenue d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Par la référence aux autorités constituées – expression indéfinie, cette obligation de dénoncer au parquet s'impose *a priori* à l'ensemble des AAI qui ont connaissance, dans l'exercice de leurs missions de contrôle ou de traitement de réclamations, de crimes ou de délits¹⁹. Aucune disposition du Code pénal ou du Code de procédure pénale ne prévoit de sanction dans le cas où l'autorité constituée s'abstiendrait de porter à la connaissance du procureur des faits susceptibles d'une qualification pénale²⁰. De cette absence de sanction, on pouvait déduire que cette obligation de dénonciation ne constituait qu'un simple devoir moral, mais une grande majorité de pénalistes inclinaient à voir dans cet article une véritable obligation imposée à l'administration sans toujours en définir le contenu exact²¹. Et ce, même si cette lecture se heurtait à une conception traditionnelle selon laquelle le « choix de l'administration d'informer ou non l'autorité judiciaire a toujours relevé, sauf texte expressément contraire, d'une décision d'opportunité »²². Cette lecture conduit à considérer cette information que comme un simple « devoir moral »²³.

943. Cette conception neutralisante est rapidement apparue inopportune face au phénomène des AAI. En effet, le glissement d'une obligation d'information (simple obligation

¹⁹ M. GUYOMAR et P. FOMBEUR, « Étendue de l'obligation de la CNIL de dénoncer au parquet les infractions pénales dont elle a connaissance », *AJDA*, 1999, p. 1002-1007.

²⁰ Cet état du droit a d'ailleurs trouvé une confirmation dans l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. crim. 13 octobre 1992, Bull. crim. n° 320).

²¹ Sur ce point : G. CHALON, « L'article 40 du code de procédure pénale et le fonctionnaire : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP*, 2003, p.31.

²² M. GUYOMAR et P. FOMBEUR, « Étendue de l'obligation de la CNIL de dénoncer au parquet les infractions pénales dont elle a connaissance », art. cit., p. 1004.

²³ J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, t. II, 1927, p. 179 cité par J.-D. COMBRESSELLE, « Le refus d'une autorité administrative indépendante de transmettre une plainte au parquet, conclusions sur CE, Sect., 27 octobre 1999, Solana », art. cit., p. 826. Voir également : R. GASSIN, « L'obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 mars 1997, Solana) », art. cit., p. 8.

d'information) à un moyen d'action à la disposition des autorités a rendu cette lecture dépassée. Au regard des conséquences qui peuvent résulter de la transmission et de l'instrumentalisation de la procédure par les autorités, il est apparu nécessaire de ne pas laisser hors de tout contrôle l'appréciation portée par l'autorité administrative. Le Conseil d'État, qui s'était pendant longtemps refusé à admettre la portée contraignante de l'alinéa 2 de l'article 40 du CPP pour l'administration²⁴, a fini par reconnaître, dans une décision du 28 mars 1997 *Solana* rendue à propos de la CNIL, la pleine portée de l'obligation juridique contenue dans cet article²⁵. Il a ainsi admis la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision de classement sans suite prise par cet organisme, sans toutefois se prononcer sur l'étendue et la portée de l'obligation²⁶. Les relations entre l'autorité judiciaire et les AAI sont depuis lors déterminées par cette disposition, véritable obligation juridique même si elle n'en a pas les caractéristiques traditionnelles.

944. En résumé, cette obligation ne nécessite aucune reprise ou rappel dans les textes constitutifs des autorités pour trouver à s'appliquer²⁷. Toutefois, le législateur n'en a pas moins estimé nécessaire pour certaines d'entre elles d'en reprendre le contenu. Il en va ainsi, entre autres, pour le Défenseur des droits²⁸, la CNIL²⁹, le CSA³⁰, l'Autorité des marchés financiers (AMF)³¹, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP)³², l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)³³ ou encore l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)³⁴. Dans certains

²⁴ CE, 11 janvier 1935, *Colombino*, Rec. Lebon, p. 14 ; CE, 7 mai 1971, *Min. éco et fin. et ville de Bordeaux c/ Sastre*, Rec. Lebon p.335, avec les concl. M. GENTOT.

²⁵ CE, 28 mars 1997, n° 182912, *Solana*, Rec. Lebon p. 333 ; *D.*, 1997, p. 107 ; *JCP* 1997, II, n° 22880, concl. J.-D. COMBREXELLE ; *RGCT*, 1998, p. 40, note J. FRAYSSINET.

²⁶ Cf. P3. T1. Sect.2. §2.

²⁷ Le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer l'application de l'alinéa 2 de l'article 40 à la Commission des sondages dans une décision du 8 février 2012 (CE, 8 février 2012, n° 353357, *Mélenchon*, Rec. Lebon p. 31 ; *AJDA*, 2012, p. 294 ; *RFDA* 2012, p. 520, note R. RAMBAUD).

²⁸ Article 33 al. 3 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (*JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1).

²⁹ Article 11, 2° e) de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, version consolidée au 23 février 2015.

³⁰ Article 42-11 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard).

³¹ Articles L621-15 et L621-15-1 du CMF.

³² Article L52-15 al.4 du Code électoral.

³³ Article L36-10 du Code des postes et des communications électroniques.

³⁴ Article L612-28 du Code monétaire et financier.

cas, notamment pour le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL)³⁵, le législateur fait explicitement référence à l'article du Code de procédure pénale.

945. Plus qu'une simple transmission, il s'agit donc d'une obligation qui pèse sur l'autorité constituée, et ce même si elle porte uniquement sur le fait de porter à la connaissance du procureur de la République des faits laissant présumer l'existence d'une infraction pénale. La portée de cette obligation et les pratiques développées par les AAI, surtout si celles-ci ne disposent pas de compétences propres leur permettant de faire appliquer la loi, conduit à s'interroger sur la signification et la fonction de cette obligation dans le cadre d'une magistrature d'influence. En effet, en tant qu'obligation, la transmission au procureur devrait marquer la limite de l'intervention des AAI (B). Toutefois, dans la plupart des cas, et au regard d'une jurisprudence favorable aux AAI, la transmission au procureur fait partie des moyens d'action des AAI³⁶ plus qu'elle ne constitue une contrainte pesant sur leur action (A).

A. L'obligation de signalement au parquet comme moyen d'action des autorités administratives indépendantes

946. Sans dénaturer la magistrature d'influence des AAI, la menace du signalement apparaît comme un argument, plus que comme une obligation, pour renforcer le poids de leur intervention (1). Elle favorise surtout des stratégies d'influence reposant sur la collaboration avec les institutions judiciaires (2) et s'inscrit, parfois, dans une stratégie de communication de l'autorité visant à renforcer son influence (3).

1) Le signalement comme outil d'une stratégie dissuasive

947. D'abord, en ce qui concerne les autorités dont la « décision de contrôle »³⁷ se réduit à un avis ou une recommandation, cette faculté est d'autant plus nécessaire qu'elles ne disposent d'aucun pouvoir de sanctionner les personnes contrôlées. Elles peuvent apparaître comme des

³⁵ Article 9 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, version consolidée au 1^{er} août 2016 ; ce qui était également le cas pour l'ex-CNDS à l'article 8 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, précitée.

³⁶ J.-D. COMBEXELLE, « Le refus d'une autorité administrative indépendante de transmettre une plainte au parquet, conclusions sur CE, Sect., 27 octobre 1999, Solana », conclusions sur CE, 28 mars 1997, n° 182912, Solana, *RFDA*, 2000, p. 825.

³⁷ Alain-Serge MESCHERIAKOFF, dans sa thèse sur le contrôle non juridictionnel de l'administration, définit la décision de contrôle comme « le résultat d'une confrontation entre la norme de référence et l'objet du contrôle. [...] elle a pour objet de mettre en évidence l'existence ou l'absence d'un écart entre le "devoir être" incarné dans la norme de référence et l'"être" que constitue l'action contrôlée. Cette confrontation conduit à l'établissement d'un rapport entre les deux termes du contrôle. Il est le contenu intellectuel de la décision de contrôle que l'on peut par ailleurs exprimer sous diverses formes » (A.-S. MESCHERIAKOFF, *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, Thèse de doctorat, Université Robert Schuman, Strasbourg, France, 1973, p. 75).

institutions faibles face à des violations graves ou comme des institutions inadaptées lorsque les faits soumis à leur examen sont susceptibles de faire l'objet d'une qualification pénale³⁸. Si elles n'ont pas les moyens d'assurer le respect de l'application du droit, le signalement au procureur leur permet donc de ne pas laisser une violation de la loi sans suite. Dans ce cas, plus qu'une obligation pesant sur leur action, cette disposition apparaît comme la contrepartie de leurs importants pouvoirs d'investigation. Par ailleurs, ce signalement permet de conforter leur identification dans le paysage de la garantie des droits comme des acteurs de premier plan. En effet, cette disposition et ces divers rappels revêtent une fonction de légitimation d'instances de contrôle dont l'intervention se résume à l'exercice d'une magistrature d'influence.

948. Ensuite, et surtout, le signalement au parquet constitue un outil efficace de dissuasion ou de pression à l'encontre du destinataire des avis et recommandations des autorités. L'instance n'hésitera pas à brandir cette menace dès qu'elle le jugera opportun afin de renforcer le poids de son intervention. L'obligation de signalement s'inscrit dès lors dans une gradation de la régulation : c'est l'étape qui est censée suivre l'échec de la démarche pédagogique de l'autorité exerçant la magistrature d'influence. Par exemple, il est rappelé qu'il est loisible à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) de privilégier des solutions intermédiaires³⁹. Une simple mise en garde face à un comportement antisocial peut parfois s'avérer plus efficace que la mise en œuvre de la répression pénale lorsque les faits ne sont pas d'une particulière gravité⁴⁰. De plus, en tant que le signalement ne constitue pas une saisine, il ne dénature pas la magistrature d'influence de ces instances en leur donnant un rôle de ministère public *bis*.

949. Cette relation de coopération entre l'autorité constituée et le parquet peut faire l'objet d'une institutionnalisation de la relation entre la démarche persuasive, fondée sur la pédagogie d'une part et la démarche répressive incarnée par le juge pénal d'autre part. Suivant cette approche, la magistrature d'influence, dans le cadre d'une mission de contrôle, fait office de mécanisme de prévention efficace au regard de la menace de sanction potentielle qui

³⁸ En effet, via les plaintes qui leur sont adressées ou lors de la phase de recueil de l'information, les autorités sont amenées à identifier des actes ou des faits susceptibles de trouver une qualification pénale.

³⁹ Jean-Louis NADAL, premier président de la HATVP, rappelle que la Haute autorité « ne dispose pas uniquement de l'alternative entre ne rien faire ou transmettre un dossier au parquet mais peut privilégier des solutions intermédiaires, telles que la formulation d'appréciations rendues publiques ou de recommandations générales ou individuelles, relatives à toutes questions déontologiques » (J.-L. NADAL, « Le rôle de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique », *L'Éna Hors les Murs*, septembre, n° 444, p. 16).

⁴⁰ Il convient néanmoins de veiller à ce moment que l'impératif d'efficacité ne soit pas un « argument ou un alibi justifiant la non-application du droit » (F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit » dans CURAPP (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 131).

l'accompagne. Cette situation confirme l'idée selon laquelle la « négociation et la persuasion ne sont rendues possibles que parce que la contrainte se profile à l'horizon de l'action étatique »⁴¹. Toutefois, la préservation de la pertinence de la démarche pédagogique et préventive nécessite que celle-ci soit attribuée à une entité distincte, ce qui évite les risques liés au cumul des pouvoirs de sanction et d'investigation aux mains d'une même instance de contrôle et l'instrumentalisation des différentes compétences.

950. Sur ce point, la création avec la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) par la loi création et internet du 12 juin 2009⁴² d'une « troisième voie », entre pédagogie et répression⁴³, offre une illustration emblématique d'une telle démarche. Celle-ci consiste principalement en un dispositif de rappel à la loi mis en œuvre par la Commission de protection des droits (CDP) de la Haute autorité. Toutefois, celle-ci n'a pas manqué de susciter des incompréhensions quant à la finalité et aux attributions de l'institution⁴⁴. Les recommandations de la Haute autorité ont ainsi suscité un débat contentieux sur leur véritable nature. S'agit-il d'une mise en demeure de respecter la loi avec pour sanction le signalement au procureur ou, plus simplement, d'une invitation à se conformer au comportement visé par la loi ?

951. Conformément aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle et du décret établissant la HADOPI⁴⁵, la commission de protection des droits (CPD) peut envoyer une recommandation lorsqu'il est avéré que l'abonné a manqué à l'obligation de sécurisation de son accès à internet. En plus d'un rappel à la loi⁴⁶, cette recommandation comporte des informations sur l'offre légale de contenus culturels en ligne ainsi que sur l'existence de moyens de sécurisation. Elle a donc une vocation pédagogique de prévention des manquements à l'obligation de surveillance, ainsi que d'information des dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit

⁴¹ C.-A. MORAND, *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, op. cit., p. 160.

⁴² Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *JORF*, n° 0135, 13 juin 2009, p. 9666.

⁴³ C. GEIGER, « "HADOPI", ou quand la répression devient pédagogique. Une analyse critique du dispositif juridique de lutte contre le téléchargement sur les réseaux "de pair à pair" », *D*, 2011, p. 773.

⁴⁴ Voir également : H. DELZANGLES, « Le Conseil d'État se prononce en creux sur les actes de l'HADOPI dénommés « recommandations » par le législateur », commentaire de CE, 19 oct. 2011, n° 342405, *French Data Network*, art. cit.

⁴⁵ Articles R331-39 et R331-40 du Code de la propriété intellectuelle. Voir également : décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L331-29 du Code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet », *JORF*, n° 0056, 7 mars 2010, p. 4680, texte n° 19.

⁴⁶ Il est rappelé à l'abonné les dispositions de l'article L336-3 du Code de propriété intellectuelle lui enjoignant de respecter l'obligation et il est averti des sanctions encourues.

d'auteur et les droits voisins. La Commission peut, en cas de renouvellement des faits, dans un délai de six mois, adresser une nouvelle recommandation comportant les mêmes informations, mais assortie d'une lettre remise contre signature. Face à une nouvelle négligence de la part de l'abonné, la Commission l'informe que les faits sont susceptibles de poursuite et initie une phase contradictoire. Enfin, elle décide à la majorité des membres si les faits sont constitutifs d'une infraction prévue par le Code et, en cas de réponse affirmative, transmet au procureur de la République compétent. Ainsi, la HADOPI indique, dans son rapport d'activité pour l'année 2014, qu'au 30 juin 2014, la CPD a envoyé 3 249 481 premières recommandations et 333 723 deuxièmes recommandations⁴⁷ contre seulement 116 transmissions au parquet⁴⁸. Ce bilan a naturellement suscité les critiques des ayants droit de l'audiovisuel et de membres du Gouvernement qui souhaitent renforcer la répression dans ce domaine. Cependant les critères de transmission ont été définis par la CPD en accord avec l'esprit de la loi tel que rappelé dans la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009⁴⁹. Le signalement au procureur doit être vu comme un « ultime recours »⁵⁰. Le Conseil d'État conforte cette analyse portée par les membres de l'institution⁵¹ lorsqu'il considère que les recommandations de la HADOPI ne sont ni des décisions individuelles ni des sanctions administratives⁵². Elles ont uniquement pour objet d'indiquer les comportements susceptibles de mettre en péril l'ordre établi. Cette structuration de la procédure, partagée entre le CPD et le procureur, permet d'éviter les risques liés à l'association de la démarche pédagogique avec une démarche répressive⁵³.

⁴⁷ HADOPI, *Rapport d'activité 2013-2014*, Paris, Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, 2014, p. 15.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 79.

⁴⁹ Le Conseil Constitutionnel estime « qu'à la suite de la censure [des dispositions relatives au constat des infractions et à la menace de la sanction], la commission de protection des droits ne peut prononcer les sanctions prévues par la loi déférée ; que seul un rôle préalable à une procédure judiciaire lui est confié ; que son intervention est justifiée par l'ampleur des contrefaçons commises au moyen d'internet et l'utilité, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de limiter le nombre d'infractions dont l'autorité judiciaire sera saisie » (Cons. const., décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, consid. 28) .

⁵⁰ HADOPI, *Rapport d'activité 2013-2014*, *op. cit.*, p. 82.

⁵¹ Mireille IMBERT-QUARETTA, présidente de la Commission de protection des droits, en défense des attaques reprochant à la Commission de ne pas suffisamment sanctionner, rappelle que « l'objectif de la Hadopi n'est pas de faire de la répression. Si l'objectif était celui-ci, ce n'était pas la peine de faire une loi puisque le délit de contrefaçon est toujours possible » [...] « Lorsque vous voyez les précautions prises dans l'envoi des recommandations, ajoute-t-elle, vous vous rendez compte que l'objectif est la sensibilisation et la pédagogie des gens » (M. IMBERT-QUARETTA, « je ne joue pas contre mon camp », entretien mené par M. RESS, *NextINpact*, 9 octobre 2014 (nextinpact.com/news/90343-mireille-imberty-quaretta-hadopi-je-ne-joue-pas-contre-mon-camp.htm, consulté le 10 avril 2016)).

⁵² CE, 19 oct. 2011, n° 342405, *French Data Network*, Rec. Lebon p. 493 ; *AJDA*, 2011, p. 2038.

⁵³ Cf. P3. C2. Sect.3. §3.

952. Dans ce schéma, la menace de la transmission est plus importante que la transmission elle-même. Comme le remarque Sophie DUBITON⁵⁴, le succès de la mission des autorités administratives indépendantes ne doit pas se mesurer au nombre de dossiers transmis au Parquet, mais *a contrario* au nombre de dossiers non transmis. Dans le cadre d'une magistrature d'influence, chaque autorité établit donc une pratique du signalement visant soit à privilégier la pédagogie préventive soit à assurer un signalement systématique. Par exemple, la HALDE privilégiait une démarche *a priori* systématique « chaque fois que les conditions d'un délit lui paraissaient réunies, et que cela allait dans le sens de l'intérêt de la victime, elle a transmis les faits au parquet »⁵⁵, là où la CNIL ne transmettait que « les cas typiques qui se veulent dissuasifs »⁵⁶. La CNIL semble donc avoir préféré mener une politique de dissuasion s'appuyant sur ses pouvoirs de contrôle, plutôt que de rentrer dans une logique plus répressive en saisissant le Parquet⁵⁷.

2) *Le signalement comme outil d'une stratégie collaborative*

953. Si les dispositions dans les textes constitutifs des AAI semblent, au premier abord, accessoires en ce qu'elles ne créent pas d'obligation nouvelle ni de pouvoir spécifique de saisine. Leur reprise exprime surtout le souci du législateur d'encourager la coopération la plus étroite possible entre les AAI et les autorités judiciaires⁵⁸. Cette obligation devient le rouage principal d'un véritable dispositif de coopération. Ce dispositif est complet lorsque le législateur impose au Procureur l'obligation de tenir l'autorité informée des suites données aux transmissions, comme en témoigne la modification en 2014 de la loi de 2007 établissant le Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵⁹. Le développement de relations avec le parquet permet de surmonter l'aspect *a priori* contraignant de l'obligation de signalement pour l'inscrire dans une véritable collaboration tendant à une meilleure application du droit⁶⁰. Cela

⁵⁴ S. DUBITON, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, Paris, LGDJ, 2016, vol. 293, p. 369.

⁵⁵ HALDE, *Rapport annuel 2005*, Paris, La Documentation française, 2006, p.12

⁵⁶ CNIL, *Dix ans d'Informatique et libertés*, Paris, Economica, 1988, p. 69.

⁵⁷ R. PERRAY, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL? », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, janvier 2008, n° 34, p. 83.

⁵⁸ J.-D. COMBREXELLE, « Le refus d'une autorité administrative indépendante de transmettre une plainte au parquet » (conclusions), art. cit. ; S. VIDAL, « Information du parquet par une autorité administrative et compétente de la juridiction administrative », conclusions sur CAA de Paris, 26 avril 2011, n° 09PA05749, M. Sarkis Bedoian, *RFDA*, 2012, p. 91.

⁵⁹ Article 5, 3° de la loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 modifiant la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

⁶⁰ À ce titre, depuis sa création en 2007, le Contrôleur général des lieux de privation de libertés, dans le cadre de ses missions de contrôle et de vérifications sur place, a signalé treize situations au titre de l'article 40 al. 2 du Code

passé notamment par la mise en place au sein de l'institution d'un service en charge du traitement des réclamations pénales afin de coordonner les relations avec les juridictions, et de dispenser une expertise en matière pénale⁶¹.

954. Les relations avec les juridictions pénales ont été établies de telle sorte que les interventions des autorités ne constituent jamais un substitut au procès pénal. Ainsi, en ce qui concerne le Défenseur des droits, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 33 de la loi organique, s'il juge nécessaire d'entamer un processus de médiation pour un crime ou un délit, il doit en informer le procureur. La mise en place de procédures alternatives par des instances tierces implique donc de prévoir des garanties afin de fermer la voie à toute mise en concurrence entre instances administrative et judiciaire. Ces garanties procédurales désamorcent la crainte que les AAI participent à une déjudiciarisation de la lutte contre les violations des droits et libertés pénalement répréhensibles. Au contraire, une circulaire du 23 juillet 2013 de la ministre de la Justice⁶² mentionne le Défenseur des droits comme un interlocuteur privilégié des parquets en matière de discrimination. Pour ce fait, la circulaire incite à établir davantage de protocoles dont l'objet est de développer « les échanges d'informations entre les signataires et d'assurer la coordination des actions afin de mieux lutter contre toutes les formes de discriminations de nature pénale. Fondées sur la désignation de référents et la coordination des actions, elles permettent au Défenseur des droits de proposer son expertise et de structurer les échanges et offrent un cadre de travail pour assurer que le Défenseur des droits soit mieux identifié dans les juridictions »⁶³. À l'occasion des réunions du pôle anti-discrimination, le Défenseur des droits peut également soumettre à l'examen du parquet les procédures dont il est lui-même saisi. Ainsi, la circulaire du 11 juillet 2007 du ministère de la Justice impose que soit créé au sein de chaque parquet un pôle anti-discrimination réunissant tous les acteurs intervenant en matière de discrimination. Ces derniers sont compétents pour examiner les procédures judiciaires à soumettre au parquet. Ces structures sont des lieux permettant au parquet et à l'autorité de définir une stratégie commune. Une collaboration s'est ainsi instaurée entre l'ancienne HALDE et le parquet sur tous les sujets pénaux, l'enquête de la première étant destinée à vérifier la pertinence de la réclamation avant transmission au second pour qu'il mène lui-même sa propre

de procédure pénal (1 en 2008 ; 1 en 2009 ; 0 en 2010 ; 2 en 2011 ; 1 en 2012 ; 3 en 2013 ; 4 en 2014 ; 1 en 2015 (Source : courriel échangé avec l'institution).

⁶¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 62.

⁶² Circulaire du 23 juillet 2013 portant sur la réponse pénale aux violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, Bulletin officiel du ministère de la Justice (BOMJ), n° 2013-08 du 30 août 2013, p. 1-3.

⁶³ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p.114.

enquête⁶⁴. Dans les faits, ces relations avec ces pôles se traduisent par des réunions trimestrielles ou annuelles au cours desquelles les divers protagonistes (parquet, Défenseur des droits, maisons de justice et du droit, policiers, gendarmes, associations...) se rencontrent, évoquent leurs saisines respectives, en apprécient la pertinence juridique et coordonnent leurs actions.

955. De façon plus nette encore, une pratique consiste à accompagner le signalement au parquet d'observations ou d'un avis⁶⁵. Dans une circulaire relative à la sécurité financière, il est par exemple clairement indiqué que les dispositions aux termes desquelles les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent appeler le président de l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou son représentant à déposer des conclusions⁶⁶ auront « naturellement »⁶⁷ vocation à recevoir application dans l'hypothèse où la procédure pénale aurait pour origine ou aurait été nourrie d'éléments transmis par l'AMF. Le Défenseur peut, quant à lui, combiner le signalement au parquet et la faculté dont il dispose de déposer des conclusions « de droit », conformément à l'article 33 de la loi du 29 mars 2011⁶⁸. Si le dépôt des observations n'est pas « de droit », l'autorité peut, à l'instar de la pratique de la HALDE, rappeler dans le courrier de transmission cette possibilité au procureur⁶⁹. Le Défenseur peut donc intervenir dès lors que le dossier présente une question de droit, de principe, ou une situation particulière, qui rentre dans l'un de ses domaines de compétences⁷⁰. Dans le rapport du Défenseur pour l'année 2013, on peut lire que le 18 avril 2013, une audience dédiée au droit de la discrimination a été organisée au tribunal correctionnel de Bobigny. Ces situations avaient été transmises au parquet de ce tribunal, dans le cadre de la coopération avec le pôle anti-discrimination, par le Défenseur des droits, qui a présenté ses observations à l'audience⁷¹. Ce brief compte-rendu avait comme

⁶⁴ S. LATRAVERSE dans *HALDE : Actions, Limites, et Enjeux*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 63.

⁶⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 114.

⁶⁶ Aux termes de l'article L621-20 du CMF, il est prévu que « pour l'application des dispositions entrant dans le champ de compétence de l'AMF, les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent appeler le président de l'AMF ou son représentant à déposer des conclusions et à les développer oralement à l'audience sans préjudice de l'article L466-1 du CMF ».

⁶⁷ Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces, Signalisation des circulaires du 1^{er} juillet au 30 septembre 2004, Circulaire de présentation des dispositions pénales ou à incidence pénale de la loi du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière, de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, et de l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises CRIM 2004-14 G3/14-09-2004, BOMJ n° 95 (1^{er} juillet - 30 septembre 2004).

⁶⁸ Article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497, texte n° 1.

⁶⁹ Dans le courrier de transmission de la procédure au parquet, le procureur était avisé qu'il pouvait solliciter les observations de la HALDE, conformément à l'article 13 de la loi portant création de la HALDE (HALDE, *Rapport annuel 2006*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 181).

⁷⁰ Cf. P3. T1. Ch.2. Sect.1. §2. A.

⁷¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p.115.

objectif de communiquer sur les vertus de la coopération entre les différentes instances, à la fois pour souligner l'importance des initiatives du Défenseur et de l'influence de son expertise auprès des juridictions.

3) *Le signalement comme outil d'une stratégie de communication*

956. Un aspect non moins important réside dans le fait que la transmission des informations au parquet s'accompagne généralement d'une publicité du signalement, parfois prévue par la loi⁷². Le signalement, au regard de l'écho qu'il est susceptible de trouver dans les médias, permet à l'autorité d'élargir l'audience de son intervention d'une part et de l'affaire qu'elle souhaite médiatiser d'autre part. Comme le souligne André LEGRAND, cette faculté de signalement à la juridiction répressive présente l'intérêt de donner « un certain caractère public aux motifs de poursuivre ou de ne pas poursuivre »⁷³ une personne déterminée. Dès lors, même si la sanction pénale n'intervient que tardivement ou que le procureur décide le classement sans suite – et ce conformément au principe d'opportunité des poursuites⁷⁴ – l'intervention de l'autorité aura eu plus de poids dans la mesure où elle ne se contente pas de communiquer sur le signalement, mais aussi sur les faits susceptibles de recevoir une qualification pénale. Ce signalement s'inscrit dès lors dans une démarche de stigmatisation dans la mesure où la dénonciation peut être lourde de conséquences, notamment sur la réputation⁷⁵. Tel est le cas, par exemple, de la publication d'un communiqué de presse par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP). Celui-ci comporte deux paragraphes, l'un annonçant la saisine du procureur, l'autre portant une appréciation explicite de l'absence de sincérité des déclarations de patrimoine⁷⁶. Dès lors qu'il vise à rendre publique une appréciation négative portant sur le dossier d'un déclarant, ce communiqué s'apparente à une forme de stigmatisation. Au regard des personnalités concernées par le contrôle de la Haute autorité, ce signalement fait généralement l'objet d'une large reprise par les médias avant même que le procureur ne s'en saisisse, augmentant la portée de celui-ci. Ce fut le cas, par exemple, de l'affaire du patrimoine

⁷² Article L621-15, I al. 6 du CMF.

⁷³ A. LEGRAND, « Médiateur », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2001, n° 42, p.8

⁷⁴ Articles 40 et 40-1 du Code de procédure pénale.

⁷⁵ Cf. P.1. T.2. Ch.2. Sect.2.

⁷⁶ Haute autorité pour la transparence de la vie publique, communiqué de presse du 21 décembre 2015 relatif aux décisions de la Haute Autorité relatives aux déclarations de situation patrimoniale de M. Jean-Marie Le Pen et Mme Marine Le Pen, 1 p. (hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/Communique-21-12-2015-1.pdf, consulté le 12 avril 2016).

des députés européens Marine et Jean-Marie LE PEN⁷⁷ qui ont en retour attaqué la décision de signalement⁷⁸.

957. Parfois, l'intérêt du signalement se limite uniquement à accroître l'efficacité de l'action de l'autorité, la perspective d'une condamnation n'étant qu'hypothétique. Ainsi, l'unique signalement au procureur de la République de la Commission des sondages au cours des dix dernières années s'inscrit précisément dans cette stratégie de stigmatisation⁷⁹. Conformément aux dispositions de la loi du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, lorsque la Commission juge problématiques les méthodes d'un institut de sondage ou identifie des déformations affectant la présentation ou la diffusion d'un sondage, elle peut prononcer des mises au point que les organes de presse ont l'obligation de publier⁸⁰. Dans une affaire relative à un média de l'île de la Réunion, le média visé refusait obstinément de publier une « mise au point ». La Commission décida de publier un communiqué de presse dans lequel elle annonçait avoir pris la décision de signaler l'affaire au procureur. Elle y mentionnait notamment sa décision de mise au point concernant le sondage et dénonçait l'attitude contestataire du média visé. En l'occurrence, le signalement au procureur était considéré comme un moyen utile pour « muscler » le communiqué de presse que la Commission avait publié et qui a été repris par tous les concurrents de la presse écrite et audiovisuelle de l'île de la Réunion. L'objectif de la transmission au parquet par la Commission n'était pas, dans ce cas, d'obtenir le prononcé d'une sanction pénale à l'encontre de ce média, celle-ci ne pouvait d'ailleurs intervenir que trop tard⁸¹, mais de permettre une information rapide et forte du corps électoral sur le caractère problématique du sondage. Dans ce cas, le signalement n'était en somme qu'un moyen au service d'une meilleure audience de la position de la Commission⁸².

⁷⁷ Pour un exemple repris le jour même : [Anon.] « Les déclarations de patrimoine de Marine et Jean-Marie Le Pen transmises à la justice », *Le Monde*, 21 décembre 2015 (lemonde.fr/politique/article/2015/12/21/la-justice-appellee-a-se-pencher-sur-sur-le-patrimoine-de-marine-le-pen-et-jean-marie-le-pen_4836079_823448.html, consulté le 1^{er} août 2016) ; pour un exemple quelques mois après la publication du communiqué : A. BERDAH et E. GALIERO « Les Le Pen soupçonnés d'abus de confiance par la HATVP », *Le Figaro*, 25 février 2016 (lefigaro.fr/politique/le-scan/coulisses/2016/02/25/25006-20160225ARTFIG00106-les-le-pen-soupconnes-de-detournement-de-fonds-publics-par-la-hatvp.php, consulté le 27 février 2016).

⁷⁸ CE, 4 mai 2016, n° 395386, *Marine et Jean-Marie Le Pen*, inédit au Rec. Lebon ; *AJDA*, 2016, p. 1579 ; *AJDA*, 2016, p. 1579, comm. M. TABOUI.

⁷⁹ Source : entretien avec Jean-Pierre PILLON, secrétaire permanent de la Commission des sondages.

⁸⁰ Article 9 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion tel que modifié par loi n° 2016-508 du 25 avril 2016 de modernisation de diverses règles applicables aux élections (*JORF* n° 0098, 26 avril 2016, texte n° 3).

⁸¹ Quelques mois après l'élection, le procureur informa la Commission du classement sans suite de l'affaire.

⁸² Source : entretien avec Jean-Pierre PILLON, secrétaire permanent de la Commission des sondages.

B. L'obligation de signalement au parquet comme limite de l'action des autorités administratives indépendantes

958. La « renaissance »⁸³ de cette obligation – sa redécouverte récente⁸⁴ – s'apprécie dans un contexte de répartition des rôles et de recherche d'une plus grande efficacité de la régulation des comportements. Le choix de modes souples de traitement des situations (avertissement, mise en garde, recommandations, etc.) pose nécessairement la question d'une déjuridictionnalisation des matières pénales fondée sur le postulat de l'inefficacité du juge. Ils s'inscrivent donc dans un mouvement d'alternative aux poursuites au nom de l'effectivité des principes défendus⁸⁵. Ainsi, face à des procédures judiciaires longues et des tribunaux encombrés, les AAI, dans certains cas, apparaissent plus rapides dans le traitement des situations pour lesquelles elles se sont vu attribuer des pouvoirs de sanction. Toutefois, il y a une contradiction entre l'obligation des AAI de transmettre les affaires constituant des délits ou des crimes aux procureurs et la possibilité de prononcer une sanction administrative. Ainsi, chaque fois qu'une AAI privilégie son pouvoir de sanction c'est une illustration de l'extension du domaine des sanctions administratives au détriment du droit pénal voire, parfois, une substitution aux sanctions pénales. Par exemple, proposer une transaction pour les mêmes faits implique l'existence d'une concurrence entre les prérogatives du juge et celles de l'autorité. Raymond GASSIN voit dans l'établissement des AAI une version moderne de la « justice retenue »⁸⁶ en ce qu'elle ôte potentiellement au juge pénal la maîtrise exclusive dans les faits de son pouvoir d'opportunité de classement des poursuites. Il s'établit une sorte de concurrence entre les AAI et les juridictions pénales, alors même que les moyens d'investigation des premières sont limités par rapport à ceux du juge pénal et qu'elles ne peuvent infliger une peine de privation de liberté. Face à ce constat, l'obligation de signalement est apparue comme une disposition permettant d'éviter une déjuridictionnalisation non souhaitée par l'accaparement de certaines matières par les AAI, afin de lutter contre « les difficultés posées par la concomitance des procédures »⁸⁷.

⁸³ J.-D. COMBEXELLE, « Le refus d'une autorité administrative indépendante de transmettre une plainte au parquet », (conclusions), art. cit., p. 827.

⁸⁴ Jusqu'aux premières décisions relatives à la CNIL dans la fin des années 90, le Conseil d'État négligeait l'existence de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale (R. GASSIN, « L'obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires » (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 mars 1997, *Solana*) », *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, janvier 1998, n° 539, p. 14).

⁸⁵ S. BÉNICHOU, *Le droit à la non-discrimination « raciale »*, op. cit., p. 394.

⁸⁶ R. GASSIN, « Le droit pénal de l'informatique », *D*, 1986, chron.V, p. 41.

⁸⁷ Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, op. cit., p. 129. Il est parfois proposé une « repénalisation » sur le fondement de cette obligation de dénoncer. Voir sur ce sujet le Rapport COULON relatif à l'AMF qui contrairement à son titre ne prône par la dépénalisation (Jean-

959. Les seuls recours ouverts face à une administration récalcitrante à transmettre de tels faits au procureur sont le recours pour excès de pouvoir ou le recours en responsabilité lorsque les victimes d'un crime ou d'un délit établissent qu'elles ont subi un préjudice spécifique, distinct de celui causé par l'infraction elle-même. Est-il possible d'imputer une défaillance à l'autorité si celle-ci n'a pas transmis l'affaire au parquet ou, à l'inverse, si les informations transmises sont erronées ? Si l'on observe les pratiques des autorités en la matière, cette question n'est pas purement hypothétique. En effet, la plupart des autorités ne transmettent que les cas qu'elles jugent les plus graves. Elles se réservent ainsi la possibilité d'apporter une solution par le biais de leur magistrature d'influence (recommandation, conciliation, etc.) ou par la mise en œuvre de leur pouvoir de sanction. Enfin, à l'inverse, la transmission de faits erronés peut porter préjudice aux intérêts de la personne visée, surtout lorsque ce signalement s'inscrit dans une stratégie de renforcement de l'audience des motifs de poursuite.

960. Tenant compte de la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif, l'étude des recours ouverts implique de distinguer le cas où l'autorité constituée dénonce une situation au procureur de la République (1) de celle où elle donne l'impression de « retenir » l'affaire (2), c'est-à-dire entre les conséquences d'une décision de signalement et celles d'un refus.

1) Le contrôle des signalements abusifs

961. Les demandes tendant à la réparation d'éventuelles conséquences dommageables de l'acte par lequel une autorité administrative avise le procureur de la République nécessitent au préalable de déterminer qui, entre l'autorité judiciaire ou le juge administratif, est compétent pour examiner la décision de dénonciation de l'autorité en question. Les enjeux d'une telle question ne sont pas mineurs, car le juge judiciaire, compétent pour connaître de la « dénonciation calomnieuse », réprimée par l'article 226-10 du nouveau Code pénal, a jugé, à propos du président de la CNIL, que la responsabilité pénale d'une autorité administrative, ayant agi en application de l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale, ne peut pas être recherchée sur le fondement de ce délit, et ce même si les faits dénoncés sont inexacts⁸⁸.

Marie COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires, Groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon*, Paris, La Documentation Française, 2008, p. 67). Cette proposition vise à éviter les inconvénients issus des doubles sanctions – administratives et judiciaires ; afin d'éviter que « l'indépendance de ces commissions administratives ne conduise à autant de politiques répressives particularistes et arbitraires » (R. GASSIN, « L'obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 mars 1997, *Solana*) », art. cit., p. 11).

⁸⁸ Cass. crim., 3 février 1998, n° 3 février 1998, *bull. crim.* n° 40 ; *D.*, 1998, p. 443, note R. GASSIN.

962. La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire s'agissant du service public judiciaire repose traditionnellement sur la distinction entre l'organisation et le fonctionnement de ce service public⁸⁹. L'organisation relève de la compétence de la juridiction administrative. Cette organisation est l'œuvre du pouvoir exécutif : alors que l'exercice de la fonction juridictionnelle judiciaire échappe à la compétence de la juridiction administrative. La notion d'exercice de la fonction juridictionnelle recouvre tout ce qui a trait au fonctionnement de l'autorité judiciaire, mais aussi toutes les activités qui ont un lien suffisamment étroit avec une procédure judiciaire. Les demandes tendant à la réparation d'éventuelles conséquences dommageables de la décision de dénoncer les faits au parquet se heurtent à la distinction opérée par le juge administratif entre la décision positive de saisir l'autorité judiciaire et la décision négative de ne pas saisir une telle autorité. En résumé, l'incompétence du juge administratif pour connaître des décisions positives se fonde sur le fait que ces décisions sont inséparables de la procédure judiciaire. En revanche, les décisions de refus relèvent de la compétence du juge administratif, et ce sans que cela ne prête à discussion. La décision de dénoncer des faits au procureur de la République⁹⁰ « perd [...] son caractère administratif par une sorte d'effet attractif de la procédure à laquelle il concourt et dont il n'est pas détachable »⁹¹. Cette solution n'est pas fidèle à la distinction entre un pouvoir de saisine proprement dit et le simple signalement au parquet. Toutefois, en pratique, la distinction ne produit pas d'effet majeur. En raison du principe d'opportunité des poursuites, le procureur dispose du droit tant d'engager des poursuites en l'absence de toute plainte que de celui de ne pas donner suite à une plainte, sauf à considérer qu'elle soit assortie d'une constitution de partie civile⁹². Néanmoins, si l'on admet que la transmission sur le fondement de l'article 40 al. 2 du Code de procédure pénale ne s'analyse pas comme un pouvoir de saisine en ce qu'elle n'initie pas par elle-même la procédure juridictionnelle, alors, l'affirmation selon laquelle le signalement au parquet, par le collège d'une AAI notamment, n'est pas détachable de la procédure pénale s'avère discutable. C'est sur le plan des conséquences que cela peut s'avérer

⁸⁹ T. confl., 27 novembre 1952, n° 01420, *Préfet de la Guyane*, Rec. Lebon p. 642 ; *JCP G*, 1953, II, 7598, G. VEDEL.

⁹⁰ T. confl., 2 juillet 1979, *Agelasto*, Rec. Lebon p. 573 ; concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE ; *D*, 1979, p.553, obs. P. DELVOLÉ.

⁹¹ B. SEILLER, « Acte administratif : identification », *Répertoire de contentieux administratif - Dalloz*, octobre 2015, paragr. 144.

⁹² G. ÉVEILLARD, commentaire sous T. confl., 8 déc. 2014, n° 3974, *Droit administratif*, n° 5, mai 2015, comm.33, p. 35.

désavantageux pour le justiciable s'agissant d'une action en responsabilité sur le terrain de la faute.

963. En effet, même s'il est compétent pour connaître des dénonciations calomnieuses telles que réprimées à l'article 373 du Code pénal, le juge judiciaire a estimé, dans l'hypothèse où l'autorité applique l'article 40 al. 2 du CPP, que sa responsabilité pénale était expressément exclue, faute d'élément intentionnel. Le juge judiciaire refuse de sonder les intentions de l'autorité, car celle-ci sont dépassées par l'obligation qui pèse sur l'autorité⁹³. En l'espèce, malgré le constat fait par le tribunal de première instance d'un « acharnement » de la part du président de la CNIL à l'encontre du requérant, la Cour d'appel a néanmoins jugé que « dès lors que les agissements poursuivis s'inscrivent dans le cadre des dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale, la responsabilité pénale du prévenu ne saurait être recherchée sur le fondement de la dénonciation calomnieuse »⁹⁴. Cette solution a été vivement critiquée au motif qu'elle crée « une caste d'intouchables »⁹⁵. Autrement dit les agents ou les membres d'une autorité constituée peuvent dénoncer sans vérification tout en se prévalant des dispositions du Code de procédure pénale pour se prémunir de toute conséquence négative. Suivant ce constat, la compétence du juge administratif est dès lors apparue souhaitable⁹⁶. Toutefois, le présupposé d'une telle solution nécessite de revenir sur la jurisprudence antérieure selon laquelle seules les décisions négatives, c'est-à-dire celles qui s'abstiennent ou refusent d'engager des poursuites pénales, relevaient de la compétence de la juridiction administrative. Il est permis de penser que ce revirement présenterait l'avantage de la cohérence en ce qu'il situerait « la responsabilité où a été commise la faute »⁹⁷.

964. Dans une décision du 23 avril 2007, *Mme Bitirim*⁹⁸, le Tribunal des conflits a semblé vouloir revenir sur la distinction faite entre décision positive et négative en considérant que « la transmission au procureur de la République des informations recueillies à l'occasion de cette activité, telle que prévue par l'article 40 du code de procédure pénale n'a pas par elle-même pour effet d'ouvrir une des procédures relevant du service public de la justice ». Tirant les

⁹³ CA de Paris, 11^e Ch. ap. corr. A, 15 mai 1996, *D*, 1998, p. 196 ; *D*, 1998, p. 197, R. GASSIN.

⁹⁴ Cette solution a été confirmée en cassation : Cass. crim., 3 février 1998, n° 96-82665, Bulletin criminel 1998 n° 40 p. 102 ; *D*, 1998, p. 443 ; *D*, 1998, n° 32, p. 444, R. GASSIN.

⁹⁵ R. GASSIN, commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 15 mai 1996, *D*, 1998, p. 198.

⁹⁶ M. GUYOMAR et P. FOMBEUR, « Étendue de l'obligation de la CNIL de dénoncer au parquet les infractions pénales dont elle a connaissance », art. cit., p. 1004.

⁹⁷ S. VIDAL, « Information du parquet par une autorité administrative et compétente de la juridiction administrative », conclusions sur CAA de Paris, 26 avril 2011, n° 09PA05749, *M. Sarkis Bedoian*, art. cit..

⁹⁸ Tribunal des conflits, 23 avr. 2007, n° 3451, *Mme Bitirim c. CHU de Dijon*, Rec. Lebon p. 596 ; *AJDA* 2007, p. 946 ; *RDSS* 2007, p.900, obs. D. CRISTOL.

conséquences de cette solution, la Cour administrative d'appel de Paris, dans un arrêt du 26 avril 2011⁹⁹, abandonna la distinction maintenue jusque là. Il estima donc que le juge administratif était compétent pour examiner la responsabilité de la Commission bancaire – devenue par la suite l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) – à propos de la lettre du 29 janvier 1992 par laquelle celle-ci a avisé le procureur de la République de faits d'abus de biens sociaux, d'abus de pouvoir et de recel et lui a transmis le rapport d'enquête. En effet, le requérant, qui avait entre-temps bénéficié d'un non-lieu en l'absence de charges suffisantes, demandait à l'État de réparer le préjudice résultant selon lui de la mise en œuvre injustifiée de l'article 40 al. 2 du Code de procédure pénale, ainsi que de la volonté de nuire dont la Commission aurait témoigné en se portant partie civile et en contestant l'ordonnance de non-lieu. La Cour d'appel a donc jugé que la juridiction administrative était compétente pour se prononcer sur la responsabilité encourue par l'État à raison des préjudices que le requérant estimait avoir subis en conséquence de la transmission à l'autorité judiciaire par le secrétaire général de la Commission bancaire, des informations recueillies à son encontre. Cette solution se justifie en tant que le préjudice résultait de faits dissociables du fonctionnement du service public de la justice. La Cour a suivi en ceci les conclusions de sa Rapporteur publique, Sylvie VIDAL, qui précisait que ce choix était « compatible avec le fait de [...] proposer un régime de faute lourde s'agissant de la responsabilité de l'État découlant de la transmission fautive de ces mêmes faits »¹⁰⁰.

965. Cependant, dans sa décision du 8 décembre 2014 à propos de la même affaire, le Tribunal des conflits réaffirma dans son considérant de principe la solution selon laquelle « les demandes tendant à la réparation d'éventuelles conséquences dommageables de l'acte par lequel une autorité administrative, un officier public ou un fonctionnaire avise, en application des dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale, le procureur de la République relèvent de la compétence du juge judiciaire, dès lors que l'appréciation de cet avis n'est pas dissociable de celle que peut porter l'autorité judiciaire sur l'acte de poursuite ultérieur »¹⁰¹. Néanmoins, le Tribunal ne fait pas un demi-tour complet. Il oppose à une distinction figée entre la décision positive et négative une distinction plus proche de la réalité de la cause du préjudice. En effet, dans le considérant de principe, il précise que le requérant n'a pas demandé

⁹⁹ CAA de Paris, 26 avril 2011, n° 09PA05740, *M. Sarkis Bedoian*, inédit au Recueil ; *RFDA*, 2012, p.97.

¹⁰⁰ S. VIDAL, « Information du parquet par une autorité administrative et compétente de la juridiction administrative », art. cit., p. 95.

¹⁰¹ T. confl. 8 décembre 2014, n° 3974, *M. Bedoian c/ Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, Rec. Lebon p. 475 ; *AJDA*, 2014, p. 2445 ; *Droit administratif*, 2015, comm. 33, note G. EVEILLARD.

« l'indemnisation de préjudices qu'il aurait subis du fait du fonctionnement défectueux de la commission bancaire, mais des seules conséquences dommageables » qu'il impute à l'acte de signalement par la Commission bancaire au parquet. En d'autres termes, le recours dirigé contre l'acte de signalement ne peut se porter devant le juge administratif que dans l'hypothèse où c'est à raison d'une erreur interne de l'autorité dans le traitement des données que celle-ci a cru, sur le fondement d'informations matériellement inexacts ou inexactement décrites, à l'existence de faits susceptibles de constituer une infraction pénale et les a en conséquence dénoncés au ministère public. Au contraire, si le caractère erroné du signalement résulte uniquement d'une appréciation incorrecte de la part de l'autorité administrative de faits qui avaient été correctement portés à sa connaissance par ses services, alors le recours devra être porté devant le juge judiciaire.

966. En définitive, la compétence du juge judiciaire est maintenue sauf lorsque le fait dommageable ne résulte pas du signalement lui-même, mais d'un fonctionnement défectueux de l'autorité constituée. Le contentieux de l'annulation est équivalent sur ce point¹⁰². La distinction entre les deux catégories de fautes permet, au regard de la jurisprudence judiciaire, de protéger l'autorité transmettant les faits dans ses stratégies de signalement, aussi insistante soit-elle.

2) *Le contrôle de la rétention des affaires*

967. Contrairement à la transmission de faits erronés, l'absence de dénonciation pose la question des conséquences de la rétention d'une affaire par une autorité administrative indépendante¹⁰³. Dans cette hypothèse, la compétence du juge administratif ne soulève pas de difficulté. Pour autant, de façon pragmatique, on peut s'interroger sur l'intérêt qu'il y a pour une personne de former un recours contre la décision de refus d'une autorité de signaler des faits au procureur alors qu'elle dispose de la faculté de déposer elle-même et en son nom une plainte devant le juge pénal ; surtout si l'on tient compte du fait que l'annulation contentieuse de cette décision est sans incidence sur l'engagement éventuel de poursuites pénales¹⁰⁴. Pour répondre à cette interrogation, et lever les doutes quant à l'utilité du recours, il convient de

¹⁰² Pour un exemple : CE, 4 mai 2016, n° 395386, *Marine et Jean-Marie Le Pen*, inédit au Rec. Lebon ; *AJDA*, 2016, p. 1579 ; *AJDA* 2016, p. 1579, comm. M. TABOUI.

¹⁰³ R. GASSIN, « Chapitre 2 - Commission nationale de l'informatique et des libertés », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale - Dalloz*, janvier 1987, paragr. 542 et s.

¹⁰⁴ S. VIDAL, « Information du parquet par une autorité administrative et compétente de la juridiction administrative », art. cit., p. 94.

rappeler que les informations recueillies par une autorité au regard de ses pouvoirs d'investigation (rapports d'enquête, etc.) ainsi que son expertise juridique¹⁰⁵ sont autant d'éléments susceptibles d'influencer la décision du procureur d'engager ou pas des poursuites qu'un particulier n'est pas en mesure de mobiliser. De plus, sur un plan plus général lié à une juste répartition des rôles et compétences, il existe le risque qu'une autorité privilégie systématiquement l'émission de simples recommandations voire l'organisation d'une conciliation plutôt que la transmission des informations au parquet. Cette seule possibilité confirme la pertinence du recours contre la décision de refus¹⁰⁶.

968. Si l'obligation a fait l'objet de reprises selon des termes plus ou moins équivalents dans les textes constitutifs des autorités, sa portée n'en demeurerait pas moins incertaine jusqu'à la décision du 27 octobre 1999, *Solana*¹⁰⁷. Saisi d'un refus de la CNIL de transmettre au parquet la plainte de M. Solana relative au fonctionnement de la bibliothèque municipale de Bordeaux, le juge administratif, à la suite du juge judiciaire, a dû répondre à la question de savoir si l'autorité administrative en vertu de l'alinéa 2 de l'article 40 du CPP avait l'obligation de dénoncer tout délit ou crime dont elle a eu connaissance ou si, au contraire, elle disposait de la liberté d'apprécier l'opportunité d'une telle dénonciation¹⁰⁸.

969. Plusieurs directions étaient dès lors envisageables : l'affirmation d'une véritable compétence liée ; la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire ; ou l'existence d'un pouvoir d'appréciation exercé sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. À première vue, si l'on s'en tient à la lettre du texte du Code de procédure pénale, l'autorité constituée « est tenue » de saisir le procureur de la République « sans délai » : il s'agit d'une obligation au sens juridique

¹⁰⁵ Sophie LATRAVERSE, adjointe du directeur juridique de l'ancienne HALDE, indique l'autorité transmet ainsi au parquet « sa délibération motivée et assortie des éléments de fait et des pièces qu'elle a recueillies » (S. LATRAVERSE dans *La HALDE : Actions, limites et enjeux*, Paris, La documentation française, 2007, p. 67).

¹⁰⁶ R. GASSIN, « L'obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires », art. cit., p. 11.

¹⁰⁷ CE, Sect., 27 octobre 1999, n° 196306, *Solana*, Rec. Lebon p. 333 ; *AJDA* 1999, p. 1042 ; *RFDA*, 2000, p. 825, concl. J.-M. COMBEXELLE ; *AJDA*, 1999, p. 1002, chron. P. FOMBEUR et M. GUYOMAR.

¹⁰⁸ Dans un arrêt du 3 février 1998, la chambre criminelle de la Cour cassation avait déjà pu se prononcer sur l'étendue de l'obligation de la CNIL tel qu'elle résulte des dispositions de la loi l'établissant et de l'article 40 al. 2 du CPP (Cass. crim., 3 février 1998). Ainsi, « la Commission nationale informatique et libertés, autorité administrative chargée de veiller au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 dispose du pouvoir d'apprécier la suite à donner aux plaintes qui lui sont adressées, quelle que soit la décision prise ensuite par les autorités judiciaires, saisies en application des articles 21-4 de ladite loi et 40 du code de procédure pénale » ; mais selon Pascale FOMBEUR et Mattias GUYOMAR « cet arrêt ne tranche pas véritablement la question de l'obligation juridique ou de l'absence d'obligation qui pèserait sur cette autorité administrative indépendante, en vertu des articles 40 du Code de procédure pénale et 21 de la loi du 6 janvier 1978. Il s'agissait davantage, à notre sens, pour la Cour de cassation de reconnaître à la CNIL une liberté dans l'appréciation des infractions portées à sa connaissance par rapport aux décisions prises ensuite par les autorités judiciaires » (M. GUYOMAR et P. FOMBEUR, « Étendue de l'obligation de la CNIL de dénoncer au parquet les infractions pénales dont elle a connaissance », art. cit., p. 1004).

du terme¹⁰⁹. Néanmoins, la Section du contentieux a souhaité, comme l'expliquait le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, éviter un double écueil : « celui où l'administration se verrait reconnaître l'entière liberté, en fonction de critères de pure opportunité, de dénoncer ou non au Parquet les crimes ou délits dont elle a eu à connaître dans l'exercice de sa mission, et inversement celui où l'on pourrait à tout moment faire grief à un service de ne pas avoir donné suite à tout courrier, voire à toute information simplement verbale, faisant état de faits, plus ou moins établis, susceptibles de recevoir une qualification pénale »¹¹⁰. Dès lors, entre le souci que les AAI ne deviennent pas « une simple boîte à lettres du parquet »¹¹¹ et la crainte de l'exercice d'un pouvoir totalement discrétionnaire en la matière, le Conseil d'État a tranché en faveur d'une solution « médiane et équilibrée »¹¹² qui consiste à reconnaître un pouvoir d'appréciation à l'autorité administrative sous la réserve d'un contrôle opéré par le juge administratif dans l'hypothèse où celle-ci refuse de dénoncer les faits. Procédant ainsi à une lecture combinée des dispositions de l'ancien article 21, 4^o la loi de 1978 et de l'article 40 al. 2 du CPP, le Conseil d'État en a déduit qu'« il appartient à la CNIL d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses attributions, si ces faits lui paraissent suffisamment établis et si elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application »¹¹³. Aucune disposition n'imposait à la CNIL de transmettre systématiquement des faits portés à sa connaissance, et ce malgré l'emploi de l'indicatif dans les textes visés.

970. L'appréciation sur les faits portée par l'autorité administrative n'en demeure pas moins encadrée par deux conditions, définies par le juge, permettant de déterminer les situations dans lesquelles un signalement au Parquet, ou un refus, est justifié. Dès lors que les faits sont « suffisamment établis » et « l'atteinte suffisamment caractérisée », l'autorité doit en informer le procureur. L'obligation de signalement au procureur ne sera applicable que si l'autorité administrative considère ces deux conditions remplies¹¹⁴. À cet égard, la position de Dominique

¹⁰⁹ Pour une analyse allant dans le même sens : R. GASSIN, « L'obligation de dénonciation des crimes et délits par les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires », art. cit., p. 8.

¹¹⁰ J.-D. COMBREXELLE, « Le refus d'une autorité administrative indépendante de transmettre une plainte au parquet », art. cit., p. 829.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, p. 830.

¹¹³ CE, Sect., 27 octobre 1999, n° 196306, *Solana*, précitée.

¹¹⁴ J.-D. COMBREXELLE, « Le refus d'une autorité administrative indépendante de transmettre une plainte au parquet », art. cit., p. 830-831.

BAUDIS, premier Défenseur des droits, qui consiste à ne transmettre que les affaires graves apparaît conforme à la jurisprudence *Solana*¹¹⁵.

971. Enfin, en ce qui concerne l'étendue du contrôle opéré sur la décision de refus de signalement, le juge a suivi la proposition de son commissaire du Gouvernement qui préconisait de ne pas exercer un contrôle normal sur le refus de signalement, alors même que la nature législative de l'obligation le justifiait¹¹⁶. En effet, un tel contrôle conduirait inmanquablement le juge « à porter des appréciations [...] sur la qualification pénale des faits qui relèvent de la compétence naturelle du juge pénal »¹¹⁷. L'appréciation discrétionnaire est donc considérée être encadrée dans la mesure où elle est soumise à un contrôle restreint par le juge quant à l'établissement des faits et à leur caractère suffisamment motivé. En l'espèce, dans l'arrêt *Solana*, le juge a constaté que les informations communiquées à la CNIL ne permettaient pas d'établir l'existence d'une infraction pénale.

972. En définitive, les AAI conservent une large marge d'appréciation, comme en témoigne le fait qu'en 2007, la CNIL a reçu 4455 plaintes et n'a effectué que 5 dénonciations au parquet¹¹⁸. Deux affaires relatives à la Commission des sondages apportent également une illustration concrète de la marge d'appréciation des autorités et de ses conséquences. Dans sa décision *Avrillier* du 29 décembre 2014¹¹⁹, le Conseil d'État réaffirme le caractère restreint de son contrôle au regard de l'étendue du pouvoir d'appréciation de la Commission dans la détermination de son action et, plus particulièrement, en matière de transmission des faits au parquet. En l'occurrence, la Commission des sondages a le pouvoir d'exiger la publication ou la diffusion d'une mise au point appropriée lorsque les conditions de réalisation ou de publication d'un sondage ont, en compromettant, préalablement à des consultations électorales, la qualité, l'objectivité ou la bonne compréhension par le public de ce sondage, porté une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions législatives et réglementaires dont elle a pour mission d'assurer l'application. En l'occurrence, pour arrêter la réponse qui lui paraît, dans chaque cas de manquement, la plus appropriée, le Conseil d'État rappelle que Commission dispose « d'un large pouvoir d'appréciation, tenant compte de la gravité des manquements

¹¹⁵ D. BAUDIS et E. DREYER, « Entretien entre Dominique Baudis et Emmanuel Dreyer, "Le Défenseur des droits et le parquet" », art. cit.

¹¹⁶ J.-D. COMBEXELLE, « Le refus d'une autorité administrative indépendante de transmettre une plainte au parquet », art. cit., p. 831.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ CNIL, *28^e rapport d'activité 2007*, Paris, La documentation française, 2008, p. 94.

¹¹⁹ CE, 29 décembre 2014, n° 384445, *M. Avrillier*, T. Lebon p. 670 ; *AJDA*, 2015, p. 613 ; *AJDA*, 2015, p. 1058, étude R. RAMBAUD.

observés et de l'ensemble des intérêts dont elle a la charge ». Par conséquent, il n'appartient « au juge de l'excès de pouvoir de censurer l'appréciation ainsi portée par la commission qu'en cas d'erreur manifeste ». Alors que dans une affaire précédente, les défauts relevés n'avaient pas justifié l'édition d'une mise au point¹²⁰, ce qui avait conduit logiquement au rejet de la demande de saisine du procureur. Les choses se présentent différemment dans la décision *Avrillier*. En effet, les faits ont donné lieu à l'édition d'un communiqué, mais au refus de saisir le procureur. La mise en œuvre de la sanction pénale des infractions à la loi du 19 juillet 1977¹²¹, prévue à l'article 12 de cette loi, ne doit donc pas être considérée comme étant systématique : la commission dispose toujours du pouvoir d'apprécier si la saisine du procureur est pertinente ; elle n'est pas liée par la qualification de la situation. Cette solution révèle la façon dont le champ de l'action administrative tend à se développer « à côté du droit pénal, voire à sa place »¹²².

973. Au vu de l'état de la jurisprudence et de la pratique des AAI, il apparaît de façon nette que cette obligation de signalement au procureur apparaît plus comme un moyen renforçant le poids de leur autorité que comme une contrainte à leur action.

§2 La transmission des informations aux autorités internationales et européennes de contrôle : des sources d'information privilégiées

974. Les AAI sont généralement associées par l'État à la rédaction ou à la préparation de rapports d'information sur la mise en œuvre et sur le respect des normes internationales à l'attention des instances internationales ou européennes de contrôle¹²³. Toutefois, les AAI vont progressivement chercher à distinguer leur production de celle du Gouvernement. En d'autres termes, la transmission directement, et parfois de façon spontanée, aux organisations internationales des informations sur l'état de l'application des normes internationales dans

¹²⁰ CE, 8 février 2012, n° 353357, *Mélenchon*, Rec. Lebon p. 31 ; *AJDA*, 2012, p. 294 ; *RFDA*, 2012, p. 520, note R. RAMBAUD.

¹²¹ Loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, version consolidée au 03 octobre 2017.

¹²² R. RAMBAUD, note sous CE, 29 décembre 2014, n° 384445, *AJDA*, 2015, p. 1058.

¹²³ Par exemple, dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 2009/71/Euratom du Conseil du 25 juin 2009 relative à l'établissement d'un cadre communautaire pour la sûreté nucléaire des installations nucléaires, les États ont l'obligation de soumettre à la Commission européenne tous les trois ans sur la mise en œuvre des dispositions et objectifs de la directive (Article 9 de la Directive 2009/71/Euratom du Conseil du 25 juin 2009 établissant un cadre communautaire pour la sûreté nucléaire des installations nucléaires, JOUE, L 172, juillet 2009, p.21). Ainsi, fin juillet 2014, les autorités françaises ont envoyé leur premier rapport national à la Commission européenne sur la mise en œuvre de la directive dont la préparation avait été confiée à l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), autorité indépendante en charge du contrôle de la sûreté nucléaire (ASN, *Rapport de l'ASN sur l'état de la sûreté nucléaire et de la radioprotection en France en 2014*, asn.fr, 2014, p. 215). Depuis novembre 2013, cette dernière dirige le secrétariat du comité de transposition de la directive Euratom sur les normes de base en matière de radioprotection (ASN, *op. cit.*, p. 117 et 135).

l'ordre juridique interne, participe à élargir de façon non négligeable leur champ d'influence. Le développement de cette pratique s'explique en raison du renforcement de la contrainte qui pèse sur les pouvoirs publics dans l'intégration des normes internationales et européennes.

975. En ce qui concerne le système international de protection des droits, ce dernier est composé de nombreux mécanismes de plaintes, d'enquête ou encore d'assistance aux États comprenant notamment des comités d'experts dont la mission est de surveiller la mise en œuvre des principales conventions. À côté de ces mécanismes conventionnels¹²⁴, il convient de mentionner l'émergence de magistratures d'influence spécifiques, pour ne pas dire *sui generis*, telles que le Haut-Commissaire des Nations unies pour les droits de l'homme, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ou encore, dans le cadre de l'Union européenne, l'Agence européenne des droits fondamentaux, dont l'action repose également sur le recueil d'une information pertinente sur la situation des États.

976. Ce système, aussi vaste soit-il, demeure tributaire de la bonne volonté des États¹²⁵. En effet, à l'exception de certaines instances internationales exerçant une fonction juridictionnelle par laquelle elles constatent des violations par des arrêts obligatoires, comme la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour pénale internationale et les juridictions *ad hoc*¹²⁶, la protection internationale conserve une nature principalement non juridictionnelle. Elle repose sur le « contrôle sur rapports »¹²⁷, ou dans sa formulation anglo-saxonne *monitoring and reporting*¹²⁸. La plupart des textes instituant un tel mécanisme prévoient une obligation d'information à la charge des États. Ce suivi de l'exécution des obligations internationales consiste à examiner la compatibilité des pratiques et des lois nationales avec les obligations internationales sur la base de rapports émis par les États membres. Ce contrôle est donc confié aux États eux-mêmes. Ces derniers sont tenus de fournir des renseignements sur les mesures législatives, administratives ou judiciaires prises pour mettre en œuvre les dispositions internationales¹²⁹. L'accès à l'information par les organisations internationales ne peut se

¹²⁴ A. WEBER, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, éd. A. Pédone, 2008, 411 p. ; M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, éd. A. Pédone, 2012, 678 p.

¹²⁵ CNCDDH et S. GUILLET, *Diplomatie et droits de l'homme*, Paris, La Documentation Française, 2008, p. 50.

¹²⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, France, Presses universitaires de France, 2011, paragr. 487.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Sur la notion de « monitoring » : M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 487.

réaliser qu'avec la coopération des sujets qui y sont soumis¹³⁰. En définitive, si l'efficacité du suivi repose sur la qualité de l'information transmise, les organisations internationales vont chercher à recueillir « à distance » des informations complémentaires afin de leur permettre de mettre en perspective les rapports des États. Pour ce faire, les organes de suivi vont varier leurs sources d'information, en s'autorisant à recourir à des renseignements provenant d'autres instances que les Gouvernements soumis à leur surveillance¹³¹.

977. Les organisations internationales établissent dès lors des contacts avec la société civile ainsi qu'avec des institutions publiques nationales lorsqu'elles existent, à condition toutefois que ces dernières soient indépendantes du Gouvernement¹³². Comme l'observe Mihaela AILINCAI, les organes de suivi recherchent avant tout la « neutralité de l'information nécessaire à l'évaluation des situations nationales »¹³³. La méthode qui consiste à recueillir les informations auprès de la société civile, aussi pertinente soit-elle, est parfois « perçue comme une marque de défiance à l'égard des États soumis au suivi »¹³⁴. Dans ce cas, les informations transmises par les instances étatiques indépendantes constituent un matériel pertinent susceptible de renforcer l'examen de la situation et le suivi de l'application des dispositions

¹³⁰ *Ibid.*, p. 354. L'autorité du contrôle international ne saurait disposer du pouvoir d'imposer mais seulement du pouvoir de convaincre. Autrement dit, elle ne peut pas émaner de l'extérieur, mais seulement de l'intérieur, c'est-à-dire de la légitimité acquise par la procédure de contrôle elle-même (M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 72). Ces dispositifs de suivi ne reposent que très rarement sur des procédures d'inspection, dont le caractère inquisitorial cadre mal avec le mandat des mécanismes internationaux. Seuls le CPT (Article 1^{er} de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, CPT/Inf/C (2002) 1 [FR] (Partie 1), Strasbourg, 26.XI.1987) et le Commissaire aux droits de l'homme, au prix pour ce dernier d'une interprétation extensive de son mandat (M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 172 et s.), peuvent visiter des lieux intéressants leur domaine de compétence ou rencontrer les acteurs de la société civile.

¹³¹ Sur les sources d'information des OI : M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 160-175.

¹³² C'est le sens des « Principes de Paris » qui visent à poser les principes communs auxquels doivent se conformer les instances indépendantes afin d'assurer une coopération efficace. Par une résolution de 1992, la Commission des Droits de l'Homme (Commission des droits de l'homme de l'ONU, résolution 1992/54, mars 1992), suivie par l'Assemblée générale de l'ONU (Assemblée générale de l'ONU, résolution A/RES/48/134 du 20 décembre 1993), a approuvé une série de recommandations portant sur le statut, les pouvoirs et le fonctionnement des instances nationales de protection et de promotion des droits de l'homme. Ces recommandations, connues sous le nom de « Principes de Paris », exposent les standards posés par les Nations Unies pour la création d'une institution nationale des droits de l'homme. Outre une composition plurale tenant compte de la diversité des « forces sociales » issues de la société civile, les institutions nationales doivent se caractériser par une indépendance réelle sur le plan juridique, généralement dotée d'un statut législatif et d'une autonomie budgétaire. Le respect de ces principes est la condition d'une coopération « pleinement fructueuse » (E. DECAUX, « Le dixième anniversaire des principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme dits "principes de Paris" », *Droit fondamentaux*, décembre 2003, n° 3, p. 21) avec les instances internationales. Après une modification des règles de représentation, l'indépendance de la CNCDH est désormais inscrite dans la loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la CNCDH (*JORF*, n° 55, 6 mars 2007, p. 4215, texte n° 6). La CNCDH assure donc une fonction d'assistance du gouvernement dans ses obligations internationales et aux instruments internationaux dans leur fonction de suivi.

¹³³ M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, p. 148.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 170.

internationales. Ainsi, il est fréquent de constater que le signalement d'une situation par une autorité nationale indépendante attire l'attention d'un organe international de suivi ou que ce dernier utilise les données publiées ou transmises par les autorités nationales pour organiser ou déclencher son contrôle¹³⁵. Il n'est pas rare non plus que les autorités ou les juridictions internationales citent directement la production de ces instances nationales indépendantes. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), par exemple, mobilise régulièrement les avis ou recommandations des AAI afin d'éclairer la pratique ou l'état du droit applicable à l'affaire qu'elle doit juger lorsque l'État français est mis en cause¹³⁶. Cette pratique de la Cour se trouve d'ailleurs renforcée par la capacité qu'ont les AAI de constituer une tierce intervention.

978. Cette collaboration avec les instances internationales implique un certain degré de formalisation, qui varie au regard des exigences propres aux systèmes et aux domaines concernés. Celle-ci peut s'avérer indispensable pour assurer la remontée, en temps utile, d'informations pertinentes. À titre d'exemple, la Convention internationale sur les droits de l'enfant, traité international adopté dans le cadre de l'ONU en 1989, prévoit que chaque État signataire soumet tous les cinq ans au Comité des droits de l'enfant des Nations unies un rapport présentant l'état des lieux de l'application des droits de l'enfant sur son territoire. Afin d'assurer au Comité des droits de l'enfant une information exhaustive, la procédure prévoit que, plusieurs mois avant les rapports officiels des États, les ONG et les institutions nationales indépendantes chargées de la défense des droits de l'enfant soumettent leur propre rapport au Comité. Le mécanisme de suivi consiste donc pour le Comité à interroger le Gouvernement français à la fois sur son propre rapport, sur l'application des recommandations précédentes du Comité et sur les divers éléments apportés par les AAI ainsi que les ONG. En l'espèce, le Défenseur des droits dresse pour le Comité un état des lieux qui mettra en lumière tant les dysfonctionnements que les initiatives favorables à l'application de la Convention.

979. Les organisations internationales, tous systèmes confondus, vont donc promouvoir la mise en place de mécanismes internes indépendants participant au suivi de la mise en œuvre

¹³⁵ Par exemple, la dénonciation par l'ancienne Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) dans son rapport de 2003 d'atteintes répétées aux droits des personnes reconduites a amené le Comité contre la torture à demander à l'État français, entre autres, d'autoriser la présence d'observateurs des Droits de l'homme ou de médecins indépendants à l'occasion de tous les éloignements forcés par avion (Comité contre la torture (CCT), examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 19 de la convention - conclusions et recommandations du Comité contre la torture, CAT/FRA/CO/3, 3 avril 2006, §11).

¹³⁶ Dans l'affaire *Jossemaume c/ France* 2012, la Cour fait état dans une troisième partie du « point de vue du Médiateur de la République ». Il convient de noter que la CEDH cite aussi fréquemment les enquêtes ou rapports des organisations non gouvernementales.

par les États membres des dispositions internationales ou européennes. Dans ce cas, les autorités nationales prennent le relai du travail des institutions internationales dont les caractéristiques ne permettent pas d'assurer un suivi permanent. La mise en place d'un mécanisme interne de contrôle des lieux privés de liberté a trouvé sa justification précisément dans les limites d'action des institutions de contrôle. Le contrôle du Comité de prévention de la torture (CPT), qui effectue des inspections sur les territoires nationaux des États membres¹³⁷, revêt nécessairement un « caractère épisodique »¹³⁸ et ne peut concerner « qu'un nombre limité de structures sur l'ensemble du territoire national »¹³⁹. Conscients de ces limites, les Nations unies, le Conseil de l'Europe ainsi que le Parlement Européen ont encouragé à la mise en place d'autorités nationales indépendantes assurant le contrôle des lieux d'enfermement¹⁴⁰. Par la loi du 30 octobre 2007, le législateur a créé le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) dont la mission générale de surveillance peut amener l'autorité nationale à dénoncer l'activité de l'État français auprès des instances internationales pour non-respect des principes internationaux¹⁴¹.

980. L'intégration des autorités nationales indépendantes dans ce système de surveillance va conduire parfois à quelques réajustements du statut des organes internationaux et européens de suivi. Ces derniers vont, dès lors, expressément modifier leurs règles de fonctionnement afin de pouvoir fonder leur action sur les observations et les informations transmises par les institutions nationales indépendantes. Ainsi, le Comité européen des droits sociaux a adopté un amendement à son Règlement relatif aux observations déposées par les institutions indépendantes¹⁴². Sur ce fondement, le Secrétaire exécutif du Comité a pu inviter le Défenseur

¹³⁷ Chapitre II de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, Conseil de l'Europe, STE n° 126, 26 novembre 1987, Strasbourg.

¹³⁸ Rapport n° 414 (2006-2006) de J.-J. HYEST, au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, Sénat, 25 juillet 2007, p. 21.

¹³⁹ *Ibid.* De plus, le CPT ne peut pas enquêter sur les réclamations des détenus et son rapport de visite n'est publié qu'avec l'accord de l'État concerné. Voir également : J.-R. LECERF, « Le contrôle non juridictionnel des prisons », *Pouvoirs*, novembre 2010, n° 135-La Prison, p. 132.

¹⁴⁰ La recommandation du Conseil de l'Europe du 12 février 1987, relative aux règles pénitentiaires européennes, prévoit la mise en œuvre d'un tel contrôle afin d'assurer le respect des engagements internationaux. De surcroît, la France a signé puis ratifié, le 16 septembre 2005, le Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture (OPCAT) datant du 18 décembre 2002 qui pose explicitement l'obligation de mettre en place un « mécanisme national de prévention [...] chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

¹⁴¹ Conformément à l'article 12 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 (*précitée*), le CGLPL coopère avec les organismes internationaux compétents dans le suivi de la mise en œuvre du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies contre la torture (OPCAT).

¹⁴² Article 32A du Règlement du Comité européen des Droits sociaux.

des droits à lui transmettre des informations dans une affaire qui impliquait la France¹⁴³. On peut citer également la résolution (99)50 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe « sur le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe » qui dispose, à l'article 3c, que, dans sa mission de promotion des droits de l'homme, « le ou la Commissaire coopère avec les structures “droits de l'homme” dans les États membres. Là où de telles structures n'existent pas, le ou la commissaire encourage leur mise en place ». Il est indiqué à l'article 5 que ces structures constituent une source d'information privilégiée¹⁴⁴.

981. Sans consécration textuelle, la collaboration peut tout de même se formaliser sous la forme de programmes ponctuels. Les AAI participent ainsi, de manière spontanée ou sur demande des autorités nationales ou internationales, à la surveillance de l'application des normes et des standards internationaux. On en trouve une illustration emblématique dans la procédure d'exécution des arrêts de la Cour EDH¹⁴⁵. Désormais, sur le fondement de la Règle 9§2¹⁴⁶, le Comité des ministres « est en droit » de prendre en considération, à côté des observations de la société civile, les communications des institutions nationales indépendantes. En 2007, à l'invitation du Commissaire aux droits de l'homme, un projet-pilote sur le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour européenne a été mis en place, impliquant des autorités indépendantes nationales. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) et le Médiateur de la République faisaient partie des structures nationales des droits de l'homme qui ont été sollicitées par le Comité pour contribuer, par la voie de communications écrites, à l'amélioration de l'exécution des arrêts. Cette collaboration permet à ces autorités de veiller au respect des obligations internationales de la France issues de la jurisprudence de la

¹⁴³ Défenseur des droits, *Bilan annuel d'activité 2014*, Paris, Le Défenseur des droits, 2015, p. 167.

¹⁴⁴ On peut citer également la recommandation générale n° 17 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qui invite expressément à créer des organismes nationaux pour faciliter l'application de la Convention et dont la fonction consiste à aider « à l'établissement des rapports et éventuellement [à faire] partie des délégations des gouvernements afin de favoriser le dialogue entre le Comité et l'État partie concerné » (CEDR, Recommandation générale n° 17, *Création d'organismes nationaux pour faciliter l'application de la Convention*, Quarante-deuxième session, 1993, U.N. Doc. A/48/18, réimprimé, *récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004).

¹⁴⁵ Dans un premier temps, le Comité des ministres, instance décisionnaire du Conseil de l'Europe chargée de contrôler l'exécution des arrêts de la Cour EDH, n'acceptait pour effectuer son contrôle que les remarques formulées par la partie lésée au sujet des mesures individuelles d'exécution de l'arrêt. Tenant compte des critiques visant à mettre en place un mécanisme préventif, une ouverture aux informations alternatives a été entérinée en 2006 par la modification des règles relatives à l'application de l'article 46 §2 de la CEDH relatif à l'exécution des arrêts de la Cour (« L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution »).

¹⁴⁶ Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables adopté en 2006, 964e réunion – 10 mai 2006 : « Le Comité des Ministres est en droit de prendre en considération toute communication transmise par des organisations non gouvernementales, ainsi que par des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, concernant l'exécution des arrêts conformément à l'article 46, paragraphe 2, de la Convention ».

Cour EDH à travers des propositions de réforme des textes législatifs et réglementaires tenant compte de la jurisprudence européenne. Comme le Médiateur de la République avant lui¹⁴⁷, le Défenseur des droits se charge de veiller à la bonne application des arrêts de la Cour EDH. Pour la première fois à la suite de l'arrêt *Popov c/ France* 2012, le Défenseur des droits et la CNCDH ont conjointement adressé le 26 avril 2013 une communication au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'état d'exécution de l'arrêt de la Cour EDH. Cette mission du Défenseur se lit en lien avec la possibilité qui lui est faite de faire des observations devant cette juridiction.

982. Ces développements valent aussi pour l'Union européenne, et ce malgré sa qualité d'organisation d'intégration¹⁴⁸ qui implique que les AAI sont des instances d'application du droit de l'Union européenne et à ce titre sont soumises à des obligations relativement strictes de coopération¹⁴⁹. La structuration d'un système de régulation à l'échelon européen a posé la question de la pertinence d'un échelon national sur des thèmes notamment transnationaux, et à terme la disparition des autorités nationales au profit d'agences de régulation européennes¹⁵⁰, et ce principalement dans le domaine économique¹⁵¹. Les autorités de l'Union européenne, comme les autorités internationales, sont dépendantes d'une information exacte et fiable sur

¹⁴⁷ Cour EDH, 12 juin 2007, *Frérot c/ France*, n° 70204/01 (Médiateur de la République, *Rapport annuel 2009*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 71)

¹⁴⁸ L'Union européenne se distingue des organisations internationales traditionnelles en ce qu'elle est d'abord une organisation d'intégration, c'est-à-dire qu'elle implique des transferts de compétences plus larges et plus profonds à des institutions communes, dont certaines ne peuvent plus être librement exercées par les États membres de l'organisation, bien qu'ils conservent leur qualité d'État souverain (E. BERNARD, « La distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'union européenne au carrefour des "méthodes" » dans L. DUBIN et M.-C. RUNAVOT (dir.), *Le phénomène institutionnel internationale dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, éd. A. Pédone, 2014, p. 104). Voir : P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 100 p.

¹⁴⁹ L'article 11 §4 du règlement 1/2003 fait peser sur toutes les Autorités nationales de concurrence une obligation d'information. Au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision identifiant des problèmes de concurrence, l'autorité nationale informe la Commission, lui transmet un résumé de l'affaire et l'orientation envisagée, données qui sont

¹⁵⁰ À ce propos, Jacques ZILLER rappelle très justement, dans un article paru dans la *RFDA*, que s'il est devenu courant de parler d'agences européenne de régulation pour désigner les organismes mis en place depuis maintenant deux décennies pour aider à la prise de décision dans le cadre de certaines politiques de l'Union, il s'agit d'« un abus de langage ». Ces « agences » n'ayant « en effet pas de pouvoir formel de décision et ne méritent donc pas d'être assimilées aux AAI [...] Certes, les avis de certaines de ces agences européennes ont une importante autorité morale, puisqu'elles sont à la base des décisions prises par la Commission européenne » (J. ZILLER, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, p. 901).

¹⁵¹ Cette hypothèse a fait l'objet d'un développement spécifique dans le « Rapport Lamfalussy » relatif au processus législatif et réglementaire applicable aux marchés européens des valeurs mobilières, en vue d'élaborer un système de régulation à l'échelle européenne (Rapport final du Comité des sages *Lamfalussy* sur la régulation des marchés européens de valeurs mobilières, présidé par Alexandre Lamfalussy, Bruxelles, 15 décembre 2001, p. 52).

l'objet sur lequel porte leur action. Or, plus les structures en sont éloignées et « plus cet office essentiel de captation d'information est difficile »¹⁵². Le recueil de l'information constitue donc un obstacle à la disparition des entités nationales au regard de ce que Marie-Anne FRISON-ROCHE appelle l'« impératif de proximité »¹⁵³. En effet, les autorités européennes ou internationales sont dépendantes d'une information exacte qu'en l'état seules les autorités nationales sont susceptibles de leur fournir. Dès lors, la centralisation de la régulation à l'échelon européen est apparue moins pertinente que la mise en réseaux des autorités existantes¹⁵⁴. Par exemple, conformément aux dispositions nationales et européennes encadrant son action¹⁵⁵, la Commission de régulation de l'énergie est tenue de remettre un rapport annuel sur ses activités, ses résultats et sur l'exécution de ses missions à l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie ainsi qu'à la Commission européenne. Plus qu'un outil de contrôle, ce rapport constitue un moyen pour les autorités européennes de recueillir des informations sur l'application effective du droit de l'Union en droit interne.

Section 2. Le paradoxe du pouvoir d'injonction au sein d'une magistrature d'influence

983. Dans le langage commun, l'emploi du terme « injonction » laisse peu de place au doute. Il s'agit d'un « ordre, non discutable, [...] qui doit être obligatoirement exécuté et qui est souvent accompagné de menaces de sanctions »¹⁵⁶ ou encore d'une « action d'ordonner expressément »¹⁵⁷. En droit, la définition ne diffère que de façon marginale¹⁵⁸. À l'instar de la mise en demeure, l'injonction se situe au « cœur de la répression administrative »¹⁵⁹, elle est « l'acte ultime qui précède la sanction »¹⁶⁰. Elle s'apparente à un commandement spécifique en ce qu'elle impose une charge, une obligation de faire ou de ne pas faire à une personne, conformément à une norme dont l'autorité émettrice assure le respect. En d'autres termes, la

¹⁵² M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 2.1.8.4.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁵⁵ Article 32 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, version consolidée au 1^{er} août 2015. Cet article transpose les articles 23.1 et 25.1 des directives 2003/54/CE et 2003/55/CE.

¹⁵⁶ Selon l'entrée « INJONCTION » dans *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, atilf.fr/tlfi, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

¹⁵⁷ Entrée « INJONCTION » dans *Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition millésime 2007, Paris, Le Robert, 2006, p.1334.

¹⁵⁸ Entrée « INJONCTION » dans G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 545.

¹⁵⁹ H.-M. CRUCIS, « Sanctions administratives », *JC Administratif*, Fasc. 108-40, 10 janvier 2012, paragr. 48.

¹⁶⁰ M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, 2^e éd., Paris, France, Montchrestien, 1994, p. 81.

personne visée par une injonction est contrainte d'accomplir une action qu'elle n'a pas faite et, dans certains cas, qu'elle ne voulait pas faire¹⁶¹. De toute évidence, le pouvoir d'injonction n'est pas, au risque d'introduire une confusion erronée, assimilable au pouvoir d'influence. Ce sont deux manifestations distinctes du pouvoir¹⁶². L'injonction dans ses multiples expressions (morale ou juridique) est indissociable de la contrainte. C'est « l'usage plausible de la coercition pour garantir, en cas de rébellion, l'effectivité de la punition encourue qui est le critère commun à toutes les formes d'injonction »¹⁶³. Contrairement à la recommandation, l'efficacité de l'injonction ne repose pas sur l'adhésion volontaire de son destinataire, mais bien sur son obéissance.

984. Paradoxalement, le pouvoir d'injonction apparaît formellement dans la panoplie des pouvoirs de certaines autorités administratives indépendantes dont l'intervention se caractérise par l'exercice à titre principal d'une magistrature d'influence¹⁶⁴. On peut citer à cet égard la loi du 29 mars 2011 qui accorde au Défenseur des droits la possibilité d'enjoindre à une personne privée ou publique de prendre les mesures nécessaires dans l'hypothèse où ses recommandations n'auraient pas été suivies d'effet¹⁶⁵. Dans ce cas, la question qui nous occupe est celle de savoir si le pouvoir d'injonction, tel qu'il apparaît dans les textes constitutifs de certaines AAI, s'avère un complément pertinent à l'exercice d'une magistrature d'influence ou si, au contraire, il constitue un paradoxe insurmontable dans l'établissement d'une magistrature d'influence ou, de façon tout aussi pertinente, la première étape d'un changement de nature de l'institution.

985. Si l'on s'en tient à la définition la plus courante de l'injonction, celle-ci fait figure de paradoxe dans l'institutionnalisation d'une magistrature d'influence (§1). Toutefois, l'usage de ce pouvoir par une magistrature d'influence telle que le Défenseur des droits montre qu'il est

¹⁶¹ Voir sur ce point : A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2009, surtout p.154 et s.

¹⁶² Concernant les critères permettant leur distinction voir : P. BRAUD, *Sociologie politique*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 88 ; P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 2/1, p. 335-393.

¹⁶³ P. BRAUD, *Sociologie politique, op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁴ Il convient de distinguer le pouvoir d'injonction dont sont susceptibles de disposer les magistratures d'influence lors de la phase de recueil de l'information (Cf. TI. PII. Ch1. Sect.2. §2 et §3) du pouvoir d'injonction dans le cadre du suivi de l'application de leurs recommandations. Dans cette seconde hypothèse, l'injonction s'inscrit à rebours d'un processus d'institutionnalisation d'une magistrature d'influence. En effet, les pouvoirs d'enquête des magistratures d'influence sont des prérogatives contraignantes. Ce point ne pose pas de difficultés particulières (Cf. PI. T2. Chap.1. Sect.2).

¹⁶⁵ Article 25 al.3 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n° 0075, 30 mars 2011, p. 5497.

possible de surmonter cette contradiction par un usage conforme aux caractéristiques d'une magistrature d'influence (§2).

§1 Signification de l'attribution d'un pouvoir d'injonction à une autorité administrative

986. Si la fonction principale de l'injonction est « de corriger, de rétablir une situation, de remettre en quelque sorte les intéressés dans le droit chemin juridique »¹⁶⁶ par l'énonciation d'un commandement, elle marque le basculement de l'action dans une dynamique répressive. Toutefois, au risque d'en diluer la définition¹⁶⁷, il convient d'éviter de la confondre avec la sanction ; même si la menace de cette dernière est sans nul doute l'élément déterminant de son efficacité. L'injonction en droit ne constitue pas le préalable inévitable au prononcé d'une sanction. Néanmoins, l'injonction n'en demeure pas moins un acte de contrainte¹⁶⁸. Elle est un acte de commandement contraignant, ce qui la distingue à ce titre des simples mises en garde, des rappels à la loi qui se contentent d'indiquer l'état du droit ou encore des mises en demeures-avis qui sont des prescriptions non contraignantes. L'injonction est incompatible avec une démarche fondée sur la persuasion. L'adjonction d'un pouvoir de commander à celui de persuader fait irrémédiablement basculer l'institution dans un processus de direction autoritaire des conduites.

987. L'attribution d'une compétence de commander à une autorité administrative indépendante implique d'avoir préalablement circonscrit le rôle que celle-ci est amenée à jouer dans le schéma institutionnel de la régulation ou du contrôle de façon générale. À ce titre, une telle consécration doit tenir compte des institutions existantes telles que le juge et l'administration traditionnelle. Prise dans une démarche de prévention, l'injonction se rapproche de la mission du pouvoir réglementaire de police. À l'inverse, lorsque l'injonction constitue le prolongement d'une activité de contrôle, elle se rapproche de l'activité d'un juge ou d'une autorité disciplinaire. Or, attribuer un pouvoir d'injonction à une AAI consiste à octroyer une compétence caractéristique de commander à une autorité qui n'est ni un juge ni une autorité de police et qui n'est pas en mesure de disposer pas d'un pouvoir hiérarchique.

¹⁶⁶ N. DECOOPMAN, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 13.

¹⁶⁷ Nicole DECOOPMAN rappelle que « le fait que la sanction accompagne souvent l'injonction et accroît son efficacité ne signifie pas pour autant qu'elle soit nécessaire à l'injonction, qu'elle fasse partie de sa définition [...] L'injonction a un objet curatif tandis que la sanction a pour objet de punir, de réprimer un comportement » (Nicole DECOOPMAN, « le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes » *Ibid.*, p. 21).

¹⁶⁸ A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, op. cit., p. 224 et s.

988. La consécration explicite dans un texte de loi au bénéfice d'une magistrature d'influence de la compétence d'ordonner un comportement déterminé interroge donc quant à la valeur qu'il convient d'accorder à cette dernière. En théorie, ce pouvoir entre en contradiction avec l'idée même d'une action dont le principe tient dans la formule « convaincre sans contraindre »¹⁶⁹. La présence d'un tel pouvoir dans la panoplie des compétences d'une magistrature d'influence paraît être une aberration¹⁷⁰ ou une dénaturation de son exercice. Le Médiateur du cinéma, par exemple, créé par l'article 92 de la loi du 29 juillet 1982¹⁷¹ remplit une « mission de régulation pragmatique du marché du cinéma »¹⁷². Sa principale mission consiste à rechercher un accord entre les parties. Toutefois, si la conciliation proposée échoue, il peut, conformément à l'article L.213-4 du Code du cinéma et de l'image animée, « émettre, dans un délai maximum de deux mois à compter de sa saisine, une injonction qui peut être rendue publique ». Cette injonction porte sur les mesures qui lui paraissent de nature à mettre fin à des situations litigieuses¹⁷³. Le Médiateur du cinéma est une institution de résolution des différends hybride dont la mission s'apparente à résoudre des différends à l'amiable jusqu'à ce que l'institution décide de trancher de façon autoritaire le différend, ce qui participe à brouiller la nature de l'institution.

989. En tout état de cause, l'attribution d'un pouvoir d'injonction implique qu'aient été déterminés précisément l'étendue de la mission et le cadre d'intervention de l'autorité en question. Par exemple, lors des débats relatifs à l'établissement du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), la question s'est posée d'attribuer au Contrôleur un tel pouvoir de rétablissement des comportements. La teneur des débats illustre parfaitement la contradiction qui existe entre une mission de surveillance fondée sur la transparence des situations – visée préventive – et l'attribution d'une compétence de commander – visée corrective. En effet, la mission du Contrôleur, telle qu'elle a été prévue par le législateur, n'est pas de constater des violations du droit ou des droits fondamentaux, mais d'évaluer un état, une situation génératrice de faits susceptibles à terme de conduire à une violation du droit ou des droits fondamentaux. Toutefois, même si le Contrôleur a été pensé comme une institution venant compléter le schéma préventif de la garantie des libertés et des droits fondamentaux, ce

¹⁶⁹ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », art. cit., p. 35.

¹⁷⁰ Michèle GUILLAUME-HOFNUNG considère dès lors que la contrainte associée au regard des caractéristiques de la médiation « désigne le médiateur du cinéma comme l'illustration la plus aberrante du titre de médiateur » (M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, op. cit., p. 37).

¹⁷¹ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, *JORF*, 30 juillet 1982, p. 2431.

¹⁷² M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, op. cit., p. 37.

¹⁷³ Le plus souvent, elle consiste à enjoindre au distributeur du film de livrer une copie à un exploitant de salle de cinéma.

dernier se trouve néanmoins dans une position délicate lorsqu'il est amené à constater et dénoncer une situation particulièrement grave et que celle-ci ne constitue pas une infraction pénale. Dans ce cas, ne disposant d'aucun pouvoir de contrainte, il ne peut pas rétablir la situation¹⁷⁴ ; le Contrôleur est en quelque sorte condamné à « crier dans le désert »¹⁷⁵. S'appuyant sur ce constat, des parlementaires ont soutenu un amendement visant à conférer au Contrôleur un pouvoir d'injonction afin de lui permettre, dans les cas précisément où il se trouverait « face à une situation d'extrême gravité »¹⁷⁶, d'adresser des ordres aux autorités pénitentiaires. Or, cette proposition d'amendement s'est heurtée à la nature de l'institution d'une part et à la nature de la sanction attachée à l'injonction d'autre part. Souhaitant maintenir la nature de l'institution – une magistrature d'influence de contrôle –, le législateur ne prévoyait comme sanction au non-respect de l'injonction que la possibilité de rendre public son non-respect. Or, cette option présentait le risque, dans le cas où l'injonction serait restée lettre morte, d'entamer la crédibilité de l'institution et de rompre inutilement la confiance entre le CGLPL et l'administration pénitentiaire¹⁷⁷. L'attribution d'une telle compétence a été par conséquent jugée « peu réaliste »¹⁷⁸. Au contraire, il a été mis en avant l'originalité de la mission du Contrôleur qui repose sur la confiance qu'il établit et maintient avec les autorités concernées et qui favorise la bonne réception de ses analyses dans une démarche de persuasion et non de contrainte¹⁷⁹.

990. Dans ce schéma, le pouvoir d'injonction n'est pas synonyme d'efficacité, au contraire, il est critiqué en ce qu'« il peut susciter un réflexe de défense des administrations et le repli sur

¹⁷⁴ Dans cette hypothèse l'alinéa 2 de l'article 40 du code de procédure pénale trouverait à s'appliquer.

¹⁷⁵ P. WACHSMANN, « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, p. 17.

¹⁷⁶ Ainsi, la justification d'un amendement visant à octroyer un pouvoir d'injonction au CGLPL consiste à soutenir « qu'à l'occasion d'une visite, le contrôleur général se trouve dans la nécessité de prendre une décision en extrême urgence, notamment lorsqu'il estime que la santé ou la vie d'un détenu peut être en jeu - on peut penser, par exemple, à l'affaire de cannibalisme de Rouen. Dans ce type de cas, seul le pouvoir d'injonction assure de l'immédiateté de la décision » (Amendement n° 24 au projet de loi portant création d'un Contrôleur général lieux de privation de liberté, (1ère lecture) (n° 371, 414), n° 24, 26 juillet 2007, soutenu par J.-R. LECERFF et H. PORTELLI).

¹⁷⁷ Jean Marie DELARUE, premier Contrôleur, n'a jamais souhaité disposer d'un tel pouvoir. En effet, le risque étant que l'administration « ne s'exécute pas forcément – des jugements de tribunaux ne sont même pas exécutés par l'administration ». Selon lui, il vaut « mieux convaincre que passer en force [...] convaincre l'administration que c'est son propre intérêt » (J. M. DELARUE, « Ce que je n'excuse pas, c'est la résignation des pouvoirs publics », entretien mené par F. JOHANNÈS, *Libertés surveillées*, blog *Le Monde*, 13 juin 2014 (libertes.blog.lemonde.fr/2014/06/13/jean-marie-delarue-ce-que-je-nexcuse-pas-cest-la-resignation-des-pouvoirs-publics/, consulté le 15 juin 2014).

¹⁷⁸ Rapport n° 286 (2013-2014) de C. TASCA, *op. cit.*, p. 43-44.

¹⁷⁹ Rapport n° 414 (2006-2007) de J.-J. HYEST, au nom de la Commission des Lois, sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, Sénat, 25 juillet 2007, p. 35.

certain corporatismes »¹⁸⁰. Lors des débats sur le projet de loi du 26 mai 2014 modifiant le texte constitutif du Contrôleur, le président de la commission des lois, s'adressant à Jean-Marie DELARUE, résume en termes clairs la nature de l'intervention de l'action du Contrôleur : faire changer les comportements par « la seule force de [ses] mots »¹⁸¹. Le Contrôleur obtient des résultats plus probants par le dialogue qu'il saura créer avec les autorités pénitentiaires ou les intervenants extérieurs (associations, visiteurs de prison, etc.) que par la mobilisation d'instruments juridiques contraignants. L'inscription dans la loi d'un pouvoir d'injonction reviendrait à consacrer une démarche contraire en ce qu'elle exclut par principe tout dialogue, comme le rappelle la définition de l'injonction : un ordre « non discutable »¹⁸². Par ailleurs la faiblesse de la sanction risque de porter atteinte à la crédibilité de l'institution en manifestant son absence d'autorité¹⁸³. L'intérêt de mettre en place une telle magistrature d'influence repose sur le souci d'établir un dialogue, de persuader et de fonder une amélioration de la situation sur la prise de conscience des différents acteurs du secteur contrôlé.

991. De plus, dans les cas de violation grave, le CGLPL peut, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 9 du texte l'instituant, déroger aux dispositions lui imposant de prévoir un délai durant lequel les ministres concernés peuvent formuler des observations et durant lequel il ne peut procéder à la publication de ses observations et recommandations¹⁸⁴. Cette « recommandation en urgence », publiée au *Journal officiel*, participe dès lors d'une logique de stigmatisation¹⁸⁵. Toutefois, contrairement à l'injonction, elle ne rompt pas le dialogue qui se continue sous la pression de l'opinion publique et permet d'inclure d'autres acteurs tels que les associations dont l'objet consiste dans la défense des personnes privées de liberté. L'activité d'une magistrature d'influence s'opère ainsi avec le soutien et le relai des acteurs de la société civile. Par exemple,

¹⁸⁰J.-J. HYEST, rapporteur, compte rendu intégral des débats, Sénat, séance du mardi 31 juillet 2007, *JORF*, 2007, p. 3013.

¹⁸¹ Compte rendu de la commission des lois, Assemblée nationale, n° 42, 12 février 2014, séance de 10 heures, *JORF*, 2014, p. 11.

¹⁸² Entrée « INJONCTION » dans *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, atilf.fr/tlfi, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

¹⁸³ À cet égard, Jean-Marie DELARUE relativise fortement l'intérêt d'accorder à l'institution un pouvoir d'injonction dont la sanction se résume à une simple sanction de publicité : « quand je demande qu'on autorise les téléphones portables en prison, ce qui a fait hurler les organisations professionnelles, si j'enjoignais l'administration de s'exécuter, soit elle s'emploierait à saboter ce nouveau droit, soit elle ne le ferait pas et je serais ridicule » (J. M. DELARUE, « Ce que je n'excuse pas, c'est la résignation des pouvoirs publics », entretien mené par F. JOHANNÈS, *Libertés surveillées*, blog *Le Monde*, 13 juin 2014, (libertes.blog.lemonde.fr/2014/06/13/jean-marie-delarue-ce-que-je-nexcuse-pas-cest-la-resignation-des-pouvoirs-publics/), consulté le 15 juin 2014).

¹⁸⁴ Article 9 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté (*JORF*, n° 253, 31 octobre 2007, p. 17891, texte n° 1) et article 15 du décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté (*JORF*, n° 0062, 13 mars 2008, texte n° 21).

¹⁸⁵ Cf. P1. T2. Ch. 2. Sect. 2.

l'Observatoire international des prisons (OIP), association à but non lucratif dont l'objet est de défendre la dignité et les droits fondamentaux des personnes incarcérées par le biais d'une action militante indépendante¹⁸⁶, a introduit un recours devant le juge des référés à la suite de la recommandation en urgence du CGLPL dénonçant les conditions de vie des détenus du centre pénitentiaire de Marseille¹⁸⁷.

§2 La portée incertaine des injonctions non sanctionnées

992. Quelle portée convient-il d'accorder aux injonctions adoptées à la suite d'une démarche d'influence ? S'agit-il d'un acte véritablement contraignant ? Peut-on encore parler de magistrature d'influence ou au contraire, si ce ne sont pas des injonctions effectivement contraignantes, peut-on encore parler de pouvoir d'injonction ? S'agit-il tout au plus d'une manifestation d'un pouvoir de critique ou, ce qui revient au même, d'une expression renforcée du pouvoir de recommandation ? L'attribution d'un pouvoir d'injonction ne remet pas uniquement en question la mission proprement dite, mais interroge aussi quant à la portée d'un commandement-obéissance qui ne trouverait aucune contrainte. Certains auteurs, au prix d'une approche large de l'autorité, situent la contrainte dans l'autorité morale de l'institution qui émet une injonction (A), là où l'approche contentieuse participe à relativiser la portée juridique d'injonction sans contrainte (B).

A. La confusion entre l'injonction morale et l'autorité morale

993. Certains auteurs considèrent qu'il n'y a pas nécessairement de contradiction entre l'attribution par le législateur d'un pouvoir d'injonction et le choix fait d'une démarche fondée sur une magistrature d'influence. En effet, s'ils ne nient pas l'aspect contraignant d'une injonction, ils considèrent que celle-ci réside précisément dans l'autorité morale de l'institution. Ainsi, Alix PERRIN estime que la contrainte ne résulte pas de la nature de l'acte proprement dit, à savoir un commandement, mais de l'autorité morale dont jouit l'instance qui ordonne l'adoption d'un comportement, du moins de ses titulaires¹⁸⁸. Elle cite pour illustrer sa démonstration l'exemple du Médiateur de la République qui ne disposait d'aucun pouvoir formel de contraindre le destinataire de l'injonction à la respecter. Cette analyse repose sur une conception extensive de l'autorité et de la contrainte. Or, cette analyse nous semble confondre

¹⁸⁶ Cette information est disponible sur le site Internet de l'*Observatoire international des prisons* (oip.org/index.php/nous-rejoindre, consulté le 15 janvier 2016).

¹⁸⁷ O. LE BOT, « Référé-liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », *JCP G*, 21 janvier 2013, n° 4, p. 139-142.

¹⁸⁸ A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, *op. cit.*

l'autorité – figure idéale de l'influence fondée sur le prestige ou l'expérience d'une personnalité notamment – et l'injonction proprement dite – manifestation autoritaire du pouvoir. À cet égard, Philippe BRAUD insiste bien sur la distinction qu'il convient de faire entre « avoir un pouvoir d'injonction et avoir de l'autorité »¹⁸⁹, entre la capacité d'exercer une contrainte – psychologique, physique ou légale – et la capacité d'influence d'une personnalité – prestige, compétence¹⁹⁰. Le propre d'une personne à qui l'on reconnaît de l'autorité est de prescrire sans contraindre, de diriger sans exercer de coercition¹⁹¹. Cette distinction entre la prescription fondée uniquement sur l'autorité et celle passant par une injonction formelle recouvre celle proposée par Paul AMSELEK entre la « direction souple des conduites » et la « direction autoritaire des conduites »¹⁹². Par contre, lorsqu'une personne exerce de l'autorité sur une autre personne, elle n'a pas besoin de commander à cette dernière de faire quelque chose pour que celle-ci se conforme à sa volonté. Une influence de ce type s'exerce du seul fait que puisse être perçu le souhait de celui qui « “détient” cette précieuse prérogative »¹⁹³. Au contraire, dans cette hypothèse, l'injonction, si elle n'est pas suivie d'effet, risque d'affaiblir l'autorité de la personne qui commande¹⁹⁴. Par exemple, si le Conseil d'État, avant la réforme de 1995, se refusait à prononcer des injonctions à l'encontre de l'administration c'est notamment de crainte qu'elles ne soient pas suivies par l'administration concernée et que, partant, son autorité en soit réduite d'autant¹⁹⁵. Cette analyse explique sans doute la faible utilisation de ce pouvoir par le Médiateur de la République ou le Défenseur des enfants.

¹⁸⁹ P. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », art. cit., p. 356.

¹⁹⁰ P. BRAUD, *Sociologie politique*, op. cit., p. 92.

¹⁹¹ On pense également à la conception de l'autorité telle que promue par Hannah ARENDT qui estime que « l'autorité requiert toujours l'obéissance, on la prend souvent pour une forme de pouvoir ou de violence. Pourtant l'autorité exclut l'usage de moyens extérieurs de coercition ; là où la force est employée, l'autorité proprement dite a échoué » (H. ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1989, p. 123). Cf. PI. TI. Ch3. Sect.3.

¹⁹² Sur cette distinction : P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) » dans *Études de droit public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 28-45.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Concernant le Médiateur, la contradiction entre l'influence et la compétence d'ordonner un comportement déterminé avait déjà fait l'objet d'un signalement par Marie-Anne FRISON-ROCHE dans son étude bilan sur les AAI. En effet, elle considérait en ce qui concerne une mission de conciliation que l'autorité d'un organisme « peut être amoindrie par l'affectation ou l'exercice de pouvoirs juridiquement plus contraignants, en ce que ceux-ci peuvent entamer les rapports de confiance, notamment à l'égard de l'administration » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 8.1.2 (NdBP 202).

¹⁹⁵ Cet état des choses avait d'ailleurs suscité une remarque de Jean RIVÉRO dans son célèbre article sur la découverte du Conseil d'État par un Huron. Ainsi, écrivait-il, « où irions-nous si le juge administratif tirait de l'annulation les conséquences nécessaires, dictait à l'administration la conduite à tenir pour rétablir le droit, ou osait substituer lui-même, à la décision annulée, une décision juridiquement correcte ? [...] Au demeurant, ne sous-estimez pas la sage prudence de notre juge : si adressant une injonction, il la voyait rester lettre morte, s'il n'était pas obéi, qu'en adviendrait-il de son prestige et de son autorité ? » (Jean RIVÉRO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D*, 1962, p. 38).

994. Suivant ces considérations, il apparaît évident que les AAI qui exercent une magistrature d'influence ne prononceront d'injonction à l'encontre d'une personne publique ou d'un particulier que lorsqu'elles seront sûres que cette injonction aura des chances d'être suivie. On en trouve une illustration frappante dans une injonction prononcée par le Médiateur de la République en 2005 à l'encontre du Premier ministre¹⁹⁶. En l'espèce, l'État français tardait à exécuter un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). Or, le retard pris par le gouvernement dans le paiement des sommes dues aux intéressés allait accroître, *in fine*, la charge financière de l'État et aurait pu être assimilé à un refus d'exécution par la France de l'arrêt rendu par la Cour. Au regard de la situation, le Premier ministre n'avait d'autre choix que de se conformer à l'injonction du Médiateur. Toutefois, la contrainte ne résultait pas de l'intervention du Médiateur, mais bien de la perspective de contraintes financières plus importantes résultant de l'intervention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe chargé de l'exécution des arrêts de la Cour EDH. L'injonction du Médiateur s'apparente dès lors à un simple rappel des conséquences de la non exécution d'un arrêt de la Cour EDH, celles-ci étant indépendantes du prononcé de l'injonction du Médiateur. Si les services du Premier ministre ont donné pour instruction aux administrations concernées de régler les sommes dues, on peut néanmoins s'interroger sur le réel pouvoir exercé par le Médiateur dans cette affaire¹⁹⁷. En effet, il ne peut y avoir de pouvoir que lorsqu'une personne est à l'origine du comportement d'une autre personne¹⁹⁸. Peut-on dire dans ce cas que le Médiateur exerce du pouvoir sur le Premier ministre si, anticipant ses réactions, il lui demande d'adopter un comportement dont il sait à l'avance que le Premier ministre acceptera de s'y conformer, tout en évitant de lui demander d'adopter un autre comportement, dont il sait également que le Premier ministre refusera de le suivre. En l'espèce, il s'agissait d'un simple rappel sous les traits d'une injonction.

¹⁹⁶ L'unique utilisation du pouvoir d'injonction par le Médiateur lors de la dernière mandature est un exemple flagrant d'une injonction prononcée alors même que l'administration ne pouvait plus faire autrement que d'exécuter son obligation. En l'occurrence, l'État français avait tout intérêt à exécuter la décision de la Cour EDH. Ainsi peut-on lire dans le rapport du Médiateur : « Devant l'inertie de l'État, les consorts M. ont saisi le Médiateur de la République. Celui-ci, après examen du dossier, a considéré que le retard pris par le gouvernement dans le paiement des sommes dues aux intéressés allait accroître, *in fine*, la charge financière de l'État, et pouvait aussi être assimilé à un refus d'exécution par la France de l'arrêt rendu par la Cour. Aussi, comme l'y autorise l'article 11 de la loi du 3 janvier 1973 instituant sa fonction, le Médiateur de la République a fait usage de son pouvoir d'injonction et les services du Premier ministre ont donné pour instruction aux administrations concernées de régler les sommes dues, ce qui a été fait ». Dans ce cas l'injonction s'apparente à un simple rappel. (Le Médiateur de la République, *Rapport annuel 2005*, p. 57).

¹⁹⁷ H. A. SIMON, *Administration et processus de décision*, 1947, trad. P.-E. DAUZAT, Paris, Ed. Economica, 1983, p. 119.

¹⁹⁸ V. LEMIEUX, *Les cheminements de l'influence : systèmes, stratégies et structures du politique*, Québec, Canada, les Presses de l'Université du Québec, 1979, p. 42.

B. L'approche contentieuse des injonctions

995. Pour déterminer la nature de l'injonction consacrée dans les textes relatifs aux AAI, il convient de s'attarder sur la nature et l'intensité de la sanction qui peut résulter du non-respect de l'injonction. Par exemple, le Médiateur de la République et le Défenseur des enfants, instances dont l'activité ne reposait que sur l'exercice d'une magistrature d'influence, s'étaient vus dotés d'un pouvoir d'injonction spécifique. Si ces pouvoirs ne s'exerçaient pas dans le cadre de leur magistrature d'influence, ils constituent tout de même une illustration intéressante du rapport entre la relativité d'un commandement au regard de sa contrainte. Les textes prévoyaient que ces AAI pouvaient dans les cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée enjoindre à la personne publique ou privée mise en cause de s'y conformer dans le délai qu'elles fixaient¹⁹⁹. La sanction prévue en cas de non-respect de l'injonction se réduisait à publier un rapport spécial au *Journal officiel*. Au regard de la « faiblesse »²⁰⁰ de la contrainte résultant d'une telle sanction, la plupart des auteurs se bornaient à constater la difficulté pour ces autorités de mettre en œuvre leur pouvoir de commander²⁰¹, allant jusqu'à en dénoncer « l'impuissance » manifeste²⁰². Pourtant, comme le fait remarquer Martin COLLET, la démarche du législateur de distinguer le pouvoir d'injonction d'un simple pouvoir de recommandation ou de la mesure de publicité « n'est pas anodin »²⁰³. Il dénote, dans les cas du Médiateur du cinéma ou de la République, la volonté du législateur de voir les injonctions suivies d'effet ; on doit dès lors les considérer « comme effectivement obligatoires

¹⁹⁹ Article 11 al. 2 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République (*précitée*) ; et article 10 al. 4 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants (*précitée*). Ces dispositions singulières n'ont pas été reprises lors de l'institution du Défenseur des droits. Ce qui s'explique logiquement par le caractère superfétatoire de ces dispositions en raison d'une part des pouvoirs attribués au juge administratif depuis 1995 et, ainsi que le révèle une lecture de la circulaire du 21 novembre 2001 portant sur les relations entre le défenseur des enfants et l'autorité judiciaire, les inconvénients – liés surtout à l'information – pour l'autorité administrative indépendante de remplir une telle mission (Note-circulaire portant sur les relations entre le défenseur des enfants et l'autorité judiciaire, 21 novembre 2001, *BOMJ*, n° 85, 1^{er} janvier - 31 mars 2002).

²⁰⁰ F. MODERNE, « Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction pourquoi le serait-elle ? », *RFDA*, 1990, p. 131.

²⁰¹ Franck MODERNE relevait à juste titre le caractère spécifique et relatif du pouvoir d'injonction du Médiateur. Ce pouvoir est lié à la non-exécution de la chose jugée par les personnes publiques ou privées mises en cause. En d'autres termes, le Médiateur ne pouvait « adresser *de plano* des injonctions aux autorités administratives. Par ailleurs son efficacité [était] limitée par la faiblesse des sanctions prévues (la publication d'un « rapport spécial » au *Journal officiel*) » (*Ibid.*, p. 131).

²⁰² J.-P. DIDIER, « Les pouvoirs inconnus du médiateur de la République. Pour un usage nouveau de pouvoirs anciens », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 23 juillet 2007, n° 30, paragr. 27.

²⁰³ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, France, L.G.D.J., 2003, p. 205.

– là est [la] volonté » du législateur²⁰⁴. On trouve toutefois dans les travaux parlementaires des voix discordantes signalant la « portée symbolique »²⁰⁵ d'un tel pouvoir.

996. Dans les termes du débat contentieux, une injonction n'est considérée comme telle que si elle est effectivement impérative. Au regard d'une jurisprudence constante²⁰⁶ relative aux actes qui gravitent autour de la sanction, l'injonction est qualifiée de « décision faisant grief » c'est-à-dire d'acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir²⁰⁷. Le prononcé d'une prescription légale par une autorité administrative modifie la situation juridique subjective de son destinataire, elle ajoute nécessairement à l'ordonnancement juridique suivant deux moments : le prononcé d'une sujétion nouvelle d'une part ; et, le cas échéant, en accompagnant sa prescription de la menace d'une sanction d'autre part²⁰⁸. Tel est le cas d'une mise en demeure prononcée par la CNIL qui revêt le caractère d'une « décision faisant grief », car elle s'expose à faire l'objet de sanctions²⁰⁹. Le juge identifie donc une injonction à sa nature impérative. Convient-il de classer les injonctions particulières des magistratures d'influence parmi les « actes indicatifs comminatoires »²¹⁰ ? En raison de la nature de la sanction (publicité), certains auteurs y ont vu une « fausse » injonction ou tout au plus une injonction de portée « non décisive »²¹¹. Néanmoins, celle-ci a été implicitement qualifiée de décision administrative exécutoire par le tribunal administratif de Paris dans une des rares décisions sur

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Rapport n° 43 (1999-2000) de C. BONNET, au nom de la Commission des lois, sur la proposition de loi instituant un Médiateur des enfants et la proposition de loi relative à l'inéligibilité du Médiateur des enfants, Sénat, 3 novembre 1999, p. 10.

²⁰⁶ Voy. CE, Sect., 25 janvier 1991, n°s 103143, 107100 et 10710, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, Rec. Lebon p. 30 ; *RFDA*, 1991, p. 285, concl. B. STIRN ; *AJDA* 1991, p. 362, chron. SCHWARTZ et MAUGÜÉ ; *RFDA*, 1991, p. 285, concl. B. STIRN ; *RDP*, 1991, p. 525, note J.-M. AUBY.

²⁰⁷ La jurisprudence des mises en demeure s'applique ici. Elles ne sont constitutives de décisions que si elles excluent la possibilité de n'y pas déférer (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 695, 2° ; M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 60-62). Cf. P2. Chap.2. Sect.1. §2. B.

²⁰⁸ N. DECOOPMAN, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *art. cit.*, p. 30.

²⁰⁹ Ainsi, le juge des référés a estimé dans une ordonnance du 5 septembre 2008 que « la mise en demeure prononcée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, sur le fondement des dispositions précitées du I de l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978, indique à la SOCIETE DIRECTANNONCES que, faute pour elle de se conformer aux injonctions qui lui sont adressées, elle s'expose à faire l'objet des sanctions mentionnées au même paragraphe ; que, dès lors, et contrairement à ce que soutient la commission, cette mise en demeure présente, non pas le caractère d'une mesure préparatoire, insusceptible de recours pour excès de pouvoir, mais celui d'une décision de nature à être contestée par la voie d'un tel recours ; » (CE, ord., 5 septembre 2008, n° 319071, Inédit au recueil Lebon).

²¹⁰ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*

²¹¹ *Ibid.*, p. 205.

ce sujet²¹². Dans ce jugement, l'injonction prononcée par le Médiateur du cinéma est un acte décisoire, car il s'impose aux parties, et ce malgré l'absence de sanction juridique.

997. En définitive, l'attribution d'un pouvoir d'injonction aux autorités dans le cadre de l'exercice d'une magistrature d'influence non seulement ne renforce pas l'influence fondée sur la confiance, et non sur la contrainte ; mais revient à conférer un pouvoir de commander sans les moyens de faire respecter sa volonté. Au mieux il s'agit d'une consécration inutile, au pire le pouvoir d'injonction peut s'avérer contre-productif. Dans la mesure où le respect n'est pas garanti par la prévision d'une sanction ou d'une conséquence négative pour la personne visée, l'attribution d'une telle compétence revient au final à mettre à l'épreuve l'autorité de l'institution.

§3 L'exemple du pouvoir d'injonction du Défenseur des droits

998. Parmi les autorités qui exercent une magistrature d'influence, le Défenseur des droits est l'une des seules autorités, avec le Médiateur du cinéma, à s'être vue dotée d'un pouvoir d'injonction général, c'est-à-dire un pouvoir d'injonction en renfort (ou dans le prolongement) de ses attributions consultatives ; et non, comme c'était le cas pour le Médiateur de la République ou le Défenseur des enfants, d'un pouvoir d'injonction spécifique distinct de sa magistrature d'influence proprement dite. Si l'on s'en tient à la lettre du texte, le pouvoir d'injonction du Défenseur apparaît de façon surprenante comme le pouvoir de faire respecter un conseil (A). Néanmoins, l'observation de la pratique du Défenseur conduit à relativiser sa portée pour n'y voir qu'une obligation procédurale de tenir compte de ses recommandations (B).

A. L'attribution formelle d'un pouvoir d'enjoindre de suivre le comportement recommandé

999. Conformément à l'alinéa 4 de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur peut, s'il estime que ses recommandations n'ont pas été suivies d'effet, « enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires ». Le délai court à compter du jour de la réception de la lettre recommandée²¹³. Cette habilitation s'inscrit incontestablement, dans l'esprit du législateur, dans un mouvement de renforcement des pouvoirs de l'institution. Si l'injonction n'est pas suivie d'effet, le Défenseur « établit un

²¹² Tribunal administratif de Paris, 26 avril 2006, n° 0508687/7, *Société UGC-CINE DISTRIBUTION c/ Médiateur du cinéma*, inédit. Dans cette espèce, le Médiateur du cinéma avait enjoint à la société UGC de fournir une copie d'un film à un cinéma de quartier.

²¹³ Article 14 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits, *JORF*, n° 0175, 30 juillet 2011, p. 13020, texte n° 26.

rapport spécial, qui est communiqué à la personne mise en cause. Le Défenseur des droits rend public ce rapport et, le cas échéant, la réponse de la personne mise en cause, selon des modalités qu'il détermine ».

1000. Cette disposition n'a suscité aucun commentaire autre que celui qui consiste à constater, sans plus de précision, que l'autorité de l'institution s'en trouve renforcée. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) considère, dans son avis du 4 février 2010, que celui-ci est en l'état inefficace²¹⁴. Pour être réellement efficace, ce pouvoir devrait « s'accompagner [...] d'une obligation d'exécution, assortie d'une sanction, ce que ne garantit pas la simple publication d'un « rapport spécial » prévue par le projet de loi organique pour le Défenseur des droits »²¹⁵. Le problème soulevé par la CNCDH réside précisément dans le cas où une administration ou un particulier refuserait d'obéir aux injonctions du Défenseur. En effet, ce dernier n'aurait aucun pouvoir de l'y contraindre réellement. Le point commun de ces opinions est de ne pas remettre en question la présence d'un pouvoir d'injonction dans l'économie générale des pouvoirs d'une magistrature d'influence ; et ce quelle que soit sa portée réelle. Malgré des considérations d'opportunité évidentes, la présence de cette compétence n'en demeure pas moins étonnante au regard des développements précédents. Tel qu'elle résulte de la rédaction de la loi, l'intervention du Défenseur, dans cette hypothèse, revient ni plus ni moins à enjoindre à une personne de respecter un conseil.

1001. Ainsi qu'il a été rappelé, l'injonction est incompatible avec une démarche d'influence. L'adjonction d'un pouvoir de commander à celui de persuader fait irrémédiablement basculer l'institution dans un processus de direction autoritaire des conduites. L'usage d'un tel pouvoir marque donc la fin de la démarche persuasive. En ce qui concerne le Défenseur, cette hypothèse semble toutefois ne pas correspondre à la volonté du législateur qui, lors des débats, a manifesté son attachement à l'originalité de l'institution à la fois alternative et complémentaire aux autres acteurs du système de garantie des droits et libertés. Ainsi, peut-on lire dans l'étude d'impact qu'« eu égard aux caractéristiques de l'intervention du Défenseur des droits, ni ses recommandations ou même ses injonctions [...] ne seront susceptibles de recours »²¹⁶.

1002. Suivant les arguments cités dans l'étude d'impact sur les projets de loi relatifs au Défenseur des droits, l'attribution d'un pouvoir d'injonction doit « conduire à ce que les

²¹⁴ CNCDH, Ass. Plén., avis du 4 février 2010 sur le Défenseur des droits, p. 5.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Étude d'impact sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits et le projet de loi relatif au Défenseur des droits, septembre 2009, p. 38.

recommandations du Défenseur soient effectivement prises en considération et lui permettre d'être plus efficace à l'encontre d'administrations récalcitrantes. La possibilité de publier un rapport spécial au Journal officiel, en cas de recommandation puis d'injonction restée sans effet, permettra au Défenseur d'exercer une pression plus forte sur l'organisme mis en cause »²¹⁷. Or, il y a manifestement une contradiction entre la justification de l'étude d'impact et la rédaction de la loi organique relative au Défenseur qui rapproche son pouvoir d'injonction de celui reconnu au juge des référés par la loi du 30 juin 2000²¹⁸. En effet, aux termes de l'article 25 al. 4 de la loi du 2011, le Défenseur peut ordonner de prendre les « mesures nécessaires » s'il estime qu'une recommandation n'a pas été suivie d'effet. Cette formulation n'est pas sans rappeler les expressions de « mesures utiles » ou « mesures nécessaires » présentes aux articles L521-2 et L521-3 du Code de justice administrative.

1003. Comme le soulignait Martin COLLET à propos du pouvoir d'injonction du Médiateur de la République ou du Cinéma, la lecture des travaux parlementaires permet de saisir le décalage qui existe entre la volonté du législateur et la réalité contentieuse. Dans le cas du Défenseur, les discussions et les documents législatifs préparatoires confortent l'analyse selon laquelle l'injonction ne saurait produire un effet autre que ceux se fondant sur l'influence de l'institution. Tout au plus faut-il y voir une prescription à ranger parmi les « recommandations particulièrement pressantes »²¹⁹. Ce qui n'en demeure pas moins paradoxal d'un point de vue théorique, car cela revient à confondre injonction et recommandation. Alix PERRIN, dans sa thèse sur l'injonction en droit public français, distingue à juste titre l'injonction de la recommandation définie comme une mesure dépourvue de force contraignante. Selon elle, le rapprochement de ces deux types de mesures met en lumière le trait caractéristique essentiel de l'injonction à savoir « un choix délibéré de commandement »²²⁰, sous-entendu de contraindre le destinataire à respecter sa volonté.

1004. Toutefois, lors de la discussion et du vote de la disposition amendée, l'équivoque autour des effets attachés à ce pouvoir est venue contrebalancer les certitudes affichées dans l'étude d'impact et les quelques opinions discordantes souhaitant, à l'instar de l'avis de la CNCDH,

²¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

²¹⁸ Article L.521-2 du CJA.

²¹⁹ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 116.

²²⁰ A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, op. cit., p. 172.

aller plus loin²²¹. Des indices dans la rédaction de l'article et des dispositions du décret²²² manifestent par ailleurs le caractère spécifique du pouvoir d'injonction dévolu au Défenseur des droits. Ces éléments sont autant d'arguments allant dans le sens d'une lecture proche de celle que le tribunal administratif de Paris a faite du pouvoir d'injonction du Médiateur du cinéma²²³. L'encadrement de l'exercice du pouvoir d'injonction du Défenseur incite donc à considérer celui-ci en termes juridiques et non plus seulement symboliques.

B. La pratique d'un pouvoir d'enjoindre de tenir compte d'une recommandation

1005. L'équivoque autour de la portée de ce pouvoir dépendra en définitive de l'utilisation qu'en feront les Défenseurs successifs. Dans l'absolu, le pouvoir d'injonction du Défenseur a deux portées possibles, même si l'une paraît plus vraisemblable que l'autre : soit l'adoption d'une injonction manifeste la volonté du Défenseur de modifier le nature juridique de sa recommandation ; soit l'injonction s'apprécie comme une recommandation ne produisant aucune conséquence juridique particulière, à classer donc parmi les « actes comminatoires indicatifs »²²⁴. Toutefois, si l'on s'en tient à la position du Conseil d'État arrêtée dans la jurisprudence *Tissot* relative aux recommandations de la HALDE²²⁵, ce pouvoir d'injonction devrait en toute logique modifier la nature des recommandations du Défenseur des droits. Dans l'appréciation qu'il fait du caractère impératif d'un acte à visée recommandationnelle²²⁶, le juge ne tient pas compte uniquement du contenu de l'acte, mais du contexte de son émission. Il serait dès lors cohérent que le juge analyse l'injonction émise à l'égard d'un particulier, par exemple, comme la volonté exprimée de l'institution d'exercer un réel pouvoir de commander, et non plus seulement d'emporter l'adhésion volontaire du destinataire. Ainsi, appliquant la solution *Tissot*, le prononcé d'une injonction à la suite d'une recommandation pourrait amener le juge administratif à reconnaître le caractère impératif de la recommandation, en particulier si l'autorité lui assure une « publicité particulière »²²⁷ par sa publication au Journal officiel. Sans

²²¹ Ainsi peut-on lire que « malgré toutes les précautions prises et quoi que l'on prétende, le Défenseur des droits ne dispose pas d'un véritable pouvoir d'injonction. Certes, il peut alerter, publier des textes au Journal officiel, mais il voit sa liberté d'action et de mouvement restreinte de manière vétilleuse, même après le passage du texte en commission » (Compte-rendu intégral, Sénat, n° 54, séance du 2 juin 2010, p. 4347).

²²² Article 14 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits, *JORF*, n° 0175, 30 juillet 2011, p. 13020, texte n° 26

²²³ Tribunal administratif de Paris, 7ème Section - 2ème Chambre, 26 avril 2006, n° 0508687/7, *Société UGC-CINE DISTRIBUTION c/ Médiateur du cinéma*.

²²⁴ M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 59 et s.

²²⁵ CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, Rec. Lebon p. 335 ; *AJDA*, 2007, p. 2145, concl. L. DEREPAS.

²²⁶ Cf. P2. T2. Ch.1.

²²⁷ CE, 13 juillet 2007, *précité*.

référence à la jurisprudence Tissot, il convient de rappeler qu'à l'exception de celles qui constituent le premier acte d'une procédure complexe organisée par la loi, toute mise en demeure, dès lors qu'elle comporte une injonction, est susceptible de recours même si elle ne comporte ni délai ni sanction en ce qu'elle modifie la situation juridique de son destinataire soumis à une sujétion nouvelle²²⁸.

1006. Toutefois, dans la pratique, l'utilisation de ce pouvoir est rare et lorsqu'elle a lieu, tend à minimiser la portée de l'injonction. D'ailleurs, Dominique BAUDIS, premier titulaire de la fonction, manifesta, dans le premier rapport annuel, une préférence pour une démarche moins autoritaire, rejoignant sur ce point les observations précitées de Jean-Marie DELARUE²²⁹. Il souhaitait ainsi éviter « un fonctionnement fondé sur la stigmatisation ou l'injonction »²³⁰. L'institution devait selon lui établir « son action de promotion des droits et de l'égalité sur une logique véritablement partenariale »²³¹. Ainsi, le Défenseur a fait plusieurs fois usage de son pouvoir d'injonction, à chaque fois à l'encontre d'autorités publiques (préfet et maire²³²). Dans le rapport annuel pour l'année 2012, on peut lire que le Défenseur a mobilisé son pouvoir d'injonction pour « demander au préfet de respecter ses obligations »²³³. L'emploi du verbe « demander » conduit à exclure formellement toute approche impérative. Mais l'observation de la relation de pouvoir tend aussi à minimiser la portée de l'injonction. On peut citer à cet égard le traitement de l'affaire des contraventions. En l'espèce, le Défenseur des droits a envoyé une lettre enjoignant au Gouvernement la mise en œuvre des dispositions prévenant les contraventions injustifiées dont font l'objet d'anciens propriétaires de véhicule. À la suite de l'émission de plusieurs injonctions, le Défenseur a été reçu par le ministre de la Justice qui a fini par reconnaître « le bien-fondé » de sa position, engageant une réforme qui trouvera une issue l'année suivante. L'attitude de la ministre, plutôt qu'une soumission à l'injonction du Défenseur, s'interprète comme l'expression d'une adhésion volontaire. En d'autres termes, elle se contente de donner suite à une proposition de réforme du Défenseur des droits qu'elle

²²⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 651.

²²⁹ Compte-rendu n° 42, Commission des lois constitutionnelles, Assemblée nationale, Mercredi 12 février 2014, p.11.

²³⁰ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 127.

²³¹ *Ibid.*

²³² Le Défenseur des droits, suite à une intervention du pôle « Défenseur des enfants », a adressé une injonction aux maires et directeurs académiques des services de l'Éducation nationale mis en cause d'inscrire et de scolariser en milieu ordinaire des enfants étrangers et Roms (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 87).

²³³ Défenseur des droits, *Rapport annuel 2012*, Paris, Défenseur des droits, 2013, p. 9.

considère « bonne ». Cet exemple confirme l'hypothèse selon laquelle l'injonction émise par le Défenseur consiste au mieux en une exhortation pressante²³⁴.

1007. Plus vraisemblablement, conformément à la volonté du législateur, la réitération de la position du Défenseur des droits avant la publication, c'est-à-dire avant d'en alerter l'opinion publique, tend à faire de cette procédure une recommandation « à deux coups ». La pratique de l'injonction par le Défenseur des droits sur ce point conforte cette analyse. L'institution fait un usage du pouvoir d'injonction qui tend à le rapprocher des obligations procédurales. Le Défenseur en restreint l'usage à une procédure de suivi des recommandations qu'il qualifie de « double droit de suite »²³⁵. Dans une injonction adressée au ministre de la Justice, le Défenseur des droits lui a enjoint de lui faire connaître les suites que le ministère entendait donner à ses recommandations²³⁶. Il le met donc en demeure de répondre sur l'issue que le ministre donnerait à sa recommandation plutôt que de lui enjoindre d'adopter des « mesures nécessaires » au respect de sa recommandation. Dans cette hypothèse, la nature juridique de la recommandation ne s'en trouve pas modifiée. Or, le fait que l'injonction puisse porter sur les « mesures nécessaires » qu'il convient d'adopter pour assurer le respect de la recommandation ne permet pas d'exclure une lecture maximaliste du pouvoir d'injonction. Les mesures envisagées peuvent *a priori* porter sur le comportement recommandé. Dès lors, il s'agit d'un renforcement des pouvoirs de l'institution susceptible de générer une incertitude lors des débats contentieux quant à la portée juridique des recommandations. Le juge administratif, contrairement aux arguments avancés dans l'étude d'impact, ne pourra se contenter d'écarter un recours dirigé contre une recommandation au regard uniquement des « caractéristiques » ou de la nature de la sanction de l'institution alors que le caractère impératif de la norme recommandationnelle aura été expressément indiqué par l'émission d'une mise en demeure par le Défenseur des droits.

Section 3. Les conséquences du cumul d'une magistrature d'influence et d'un pouvoir de sanction

1008. Nombreuses sont les AAI qui, à côté de leur pouvoir d'adresser des observations, des recommandations ou des mises en garde, se sont vues attribuer le pouvoir de prononcer des

²³⁴ Cf. P2. T1. Ch.1. Sect.2. §1. A.

²³⁵ Le Défenseur des droits dispose « d'un véritable double "droit de suite" sur les recommandations qu'il prononce à travers son pouvoir d'injonction, la publication de rapports spéciaux et, enfin, sa capacité d'interpellation publique » (Défenseur des droits, *Rapport annuel 2013*, Paris, Défenseur des droits, 2014, p. 32).

²³⁶ Courrier de 8 juin 2012 adressé à la ministre de la Justice concernant les recommandations de modification des contraventions (Défenseur des droits, *Rapport sur les suites réservées à la décision n° 12- R003 du 13 juin 2012 relative aux amendes routières*, 16 p. (juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=16598)).

sanctions telles que des retraits d'autorisation ou d'agrément voire parfois des sanctions pécuniaires. Il en va ainsi de l'Autorité de la concurrence (ADLC)²³⁷ ; l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)²³⁸, l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL)²³⁹ ; le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)²⁴⁰ ; l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)²⁴¹ ; la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)²⁴² ; la Commission de régulation de l'énergie (CRE)²⁴³ ; la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD)²⁴⁴ ; l'Autorité des marchés financiers (AMF)²⁴⁵ ; l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)²⁴⁶ et la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)²⁴⁷.

1009. Les pouvoirs coercitifs se distinguent de ceux de formuler des critiques qui peuvent leur être reconnu sous de multiples formes telles que le prononcé d'avertissements, de mises en garde, d'observations ou encore de rappels à loi. En effet, dépassant le stade de la critique, l'autorité en question exerce alors un pouvoir de commandement et, le cas échéant, prononce une sanction²⁴⁸. Dans ce cas, l'idéal d'une « régulation sans sanction », ou parfois nommée « régulation douce », cède face au durcissement des moyens d'action des AAI. Les interventions successives de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel ont soumis progressivement l'exercice d'un pouvoir coercitif par les autorités administratives aux règles communes de la répression.

²³⁷ Article L462-6 du Code de commerce.

²³⁸ Article L612-41 du Code monétaire et financier (CMF). Les sanctions sont prononcées par une Commission des sanctions (article L612-4 du CMF).

²³⁹ Article 61 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne et article L563-2 du CMF. Ces compétences sont exercées par une commission des sanctions conformément à l'article 35-I de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *précitée*.

²⁴⁰ Articles 42-1, 42-2, 42-4, 42-7, 42-15, 48-2 et 48-3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), *précitée*.

²⁴¹ Article L5-3 du CPCE. L'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014 relative à l'économie numérique a rétabli le pouvoir de sanction à l'ARCEP.

²⁴² Article L342-3 du CRPA.

²⁴³ Articles L134-25 à L134-34 du Code de l'énergie. Ces compétences sont exercées par le Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) conformément à l'article L132-1 du Code de l'énergie.

²⁴⁴ Article L332-22 du Code du sport.

²⁴⁵ Articles L621-15 à L621-17-1-1 du CMF. Les sanctions sont prononcées par la Commission des sanctions en vertu de l'article L621-2 du CMF.

²⁴⁶ Articles L2135-7 et L2135-8 du Code des transports.

²⁴⁷ Article L331-32 al. 4 CPI.

²⁴⁸ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 116 ; Sur l'expression d'acte « d'autorité » ou de « commandement » : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1044 et p. 1397.

1010. Dans certaines situations, ces règles imposent une redéfinition de la composition ou de la structure des AAI, ce qui remet en question le modèle de cumul des pouvoirs propre à la « régulation souple » (§1). De plus, si les autorités disposent de compétences répressives, elles n'en continuent pas moins d'agir de manière informelle, c'est-à-dire par des critiques plutôt que des mises en demeure ; ce qui génère parfois des incertitudes quant à l'articulation des pouvoirs de persuasion et des pouvoirs répressifs. La coexistence d'attributions répressives avec une magistrature d'influence au sein d'une institution indépendante soulève donc deux problèmes importants : la dénaturation de la démarche pédagogique et préventive informelle par la menace réelle – même si peu fréquente – d'une action répressive (§2) ; et, enfin, le risque, non négligeable, de créer des confusions entre leurs compétences de sanction et leurs attributions consultatives (§ 3).

§1 Un cumul des pouvoirs encadré par le droit commun de la répression

1011. Le cumul des pouvoirs est conditionné à la possibilité de déléguer un pouvoir de sanction aux AAI. Sur ce point, tant la Cour européenne des droits de l'Homme²⁴⁹ que le Conseil constitutionnel ont admis la possibilité d'une telle délégation sous réserve de respecter des conditions tendant à renforcer la garantie des administrés. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que ni le principe de séparation des pouvoirs ni aucune autre norme de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce que le législateur investisse une autorité administrative du pouvoir de prononcer des sanctions²⁵⁰. Il a cependant jugé nécessaire d'encadrer étroitement l'exercice d'un tel pouvoir : il ne peut être attribué à une autorité administrative que « dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission »²⁵¹ et à la condition « d'une part, que la

²⁴⁹ CEDH, 21 février 1984, n° 8544/79, *Oztürk c/ R.F.A.* ; *D*, 1986, chron. 27, M. DELMAS-MARTY ; *JDI*, 1986, p. 1051, obs. P. TAVERNIER ; *GACEDH*, 7^e éd., 2015, p. 278, comm. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA.

²⁵⁰ Le Conseil constitutionnel a notamment censuré la délégation d'une compétence de sanction par le législateur à une autorité administrative qui aurait pour conséquence de porter atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement garantis. En effet, il rappelle que seule une juridiction peut être habilitée à prononcer une sanction susceptible d'entraver l'exercice d'un droit fondamental, quel qu'il soit (Cons. const., décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, consid. 81 ; *RDP*, mars-avril 1986, n° 2, p. 395, L. FAVOREU ; *Pouvoirs*, avril 1985, n° 33, p. 163, P. AVRIL et J. GICQUEL) . Le conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 10 juin 2009 relative à la loi dite « HADOPI » que « quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions », le législateur ne peut confier à une autorité administrative un pouvoir de sanction applicable à l'ensemble de la population qui puisse restreindre l'exercice d'une liberté aussi essentielle que la liberté de communication (Cons. const., décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, consid. 16 ; *AJDA*, 2009, n° 21, p. 1132, S. BRONDEL ; *RLDI*, 2009, n° 51, p. 103-105, D. ROUSSEAU ; *JCP G*, 2009, n° 39, p. 46-52, M. VERPEAUX ; *RFDC*, 2010, n° 81, p. 168-174, W. BENESSIANO ; *D*, 2009, n° 26, p. 1770-1771, J.-M. BRUGUIÈRE) .

²⁵¹ Le Conseil juge que « la loi peut (...) sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (Cons. const., décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, Liberté de communication, consid. 27 ; *Revue administrative*, 1989, p.223, J.-L.

sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis²⁵². Pour ce qui est des sanctions pécuniaires à proprement parler, celles-ci appartenant à la matière pénale, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), anticipant sur ce point la jurisprudence constitutionnelle, a admis la validité du procédé de ce type de sanction administrative au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv EDH) tout en rappelant le nécessaire respect du droit à un procès équitable tel que décliné par l'article 6 de celle-ci²⁵³.

1012. Ensuite, pour être jugée conforme, la procédure aboutissant à l'adoption de sanctions doit également se dérouler dans des conditions satisfaisant aux exigences du principe d'impartialité²⁵⁴, tel qu'il découle de l'article 6 §1 de la Conv EDH et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il convient de noter que les AAI ne sont pas considérées comme des tribunaux au sens du droit interne alors qu'elles peuvent l'être au regard de l'article 6 §1 de la Conv EDH²⁵⁵. Dès lors, pour l'application du principe d'impartialité, la question de savoir si cette dernière est ou non une « juridiction » n'est pas déterminante. Il suffit d'identifier que les AAI remplissent à travers leurs mesures coercitives une fonction juridictionnelle pour, le cas échéant, leur appliquer les garanties afférentes²⁵⁶. Dès

AUTIN ; *RDP*, 1989, n° 2, p.429, L. FAVOREU ; *RFDA*, 1989, p.215, B. GENEVOIS ; GDCC, 2009, p.554, L. FAVOREU et L. PHILIP).

²⁵² Cons. const., décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, consid. 6 ; *RFDA*, 1989, p. 671, B. GENEVOIS ; *Pouvoirs*, janvier 1990, n° 52, p. 189, note P. AVRIL et J. GICQUEL.

²⁵³ CEDH, 21 février 1984, n° 8544/79, *Oztürk c/ R.F.A.*, précitée.

²⁵⁴ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 97.

²⁵⁵ Par exemple, selon le texte considéré, la Commission des sanctions de l'AMF est tantôt une juridiction (un tribunal), tantôt ne l'est pas. Or, dans les deux cas, elle fonctionne comme une juridiction (CE, 2 novembre 2005, n° 271202, *Société Banque Privée Fideuram Wargny*, T. Lebon p. 707).

²⁵⁶ Dans sa décision du 13 décembre 2013, le Conseil constitutionnel considère que les conditions auxquelles est subordonnée la constitutionnalité de dispositions législatives instituant des sanctions administratives d'un pouvoir de sanction ne sont pas applicables au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) lorsque ce dernier adresse des mises en demeure aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle ainsi qu'aux opérateurs de réseaux satellitaires en vertu de l'article 42 de la loi de 1986 (la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication). En l'occurrence, le Conseil constitutionnel a jugé que la mise en demeure prononcée par le CSA ne peut être regardée comme l'ouverture de la procédure de sanction, et partant « ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition ». Dès lors « les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont inopérants » (Cons. const., décision n° 2013-359 QPC, 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre*, consid. 6 ; *RJEP*, mai 2014, n° 719, p. 28, H. PAULIAT ; *JCP G*, avril 2014, n° 17, p. 522, L. CALANDRI ; *RSC*, janvier-mars 2014, n° 1, p. 122, J. FRANCILLON ; *Concurrences*, n° 1-2014, étude F. MARTUCCI, p. 38) ; et ce contrairement à la décision du 5 juillet 2013 dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que la mise en demeure que pouvait prononcer l'ARCEP pour réprimer les manquements des exploitants de réseaux ou fournisseurs de services de communications électroniques aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre

lors, si tel est le cas, les AAI doivent être considérées comme des juges même si leur mission générale ne se limite pas à prononcer des sanctions. Ce rappel de la jurisprudence relative aux conditions d'attributions d'une compétence répressive à une autorité administrative, indépendante de surcroît, nous invite à dresser le constat suivant lequel tant la fonction que les AAI exercent par l'intermédiaire de leur pouvoir de sanction que les garanties procédurales et les règles de fond auxquelles elles sont soumises les rapprochent des juridictions. Sur ce point, l'analyse des évolutions de la jurisprudence à travers les décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour EDH, et du Conseil d'État invite dans ce cas à contester l'idée selon laquelle « réguler n'est pas juger »²⁵⁷.

1013. Parmi les exigences applicables aux institutions détentrices d'un pouvoir de sanction, le principe de l'impartialité objective est sans doute celui qui est le plus susceptible de remettre en question le modèle des AAI comme instance pouvant à la fois concentrer des pouvoirs de sanction, d'instruction et d'influence. À ce stade, pour bien saisir les enjeux de la discussion, il convient de distinguer le cumul des pouvoirs d'une part (la concentration des pouvoirs) et le cumul des fonctions attachées à l'exercice du pouvoir de sanction qui soulève des difficultés particulières²⁵⁸. Le législateur confie souvent aux mêmes autorités des attributions consultatives, un pouvoir de contrôle et un pouvoir de sanction, parfois même un pouvoir réglementaire. Le cumul des pouvoirs, trait caractéristique de la répression administrative²⁵⁹ menée par les AAI, ne fait l'objet d'une censure ni au niveau européen ni au niveau de la jurisprudence nationale. Ainsi, le Cour EDH, dans sa décision du 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, a jugé conforme à l'article 6 §1 de la Conv EDH le cumul d'attributions consultative et juridictionnelle au sein d'une même institution, en l'occurrence le Conseil d'État luxembourgeois²⁶⁰, sous réserve que le juge reste en mesure de statuer de manière impartiale

était la mesure « par laquelle s'ouvre la procédure de sanction prévue au 2° de l'article L36-11 du code des postes et des communications électroniques » (Cons. const., décision, n° 2013-331, QPC, 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autres*, consid.11).

²⁵⁷ P. QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger », art. cit..

²⁵⁸ Mattias GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2014, p. 98.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 97.

²⁶⁰ Dans l'arrêt *Procola c. Luxembourg* du 28 septembre 1995, la Cour EDH a jugé à l'unanimité que l'article 6 de la Conv. EDH avait été violé en raison de la participation des mêmes conseillers d'État luxembourgeois à l'adoption d'un avis sur un règlement puis à l'examen du recours contentieux invoquant l'irrégularité de ce règlement. Elle condamne ainsi le Luxembourg en considérant que le Conseil d'État luxembourgeois (qui connaît aussi ce principe de la double-fonction) porte atteinte à l'indépendance de la juridiction. Si ce cumul est possible, il n'en demeure pas moins conditionné. (Cour EDH, 28 sept. 1995, n° 14570/89, *Procola c. Luxembourg*, § 41-46, *AJDA* 1996, 376, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 1996, p. 301, note F. BENOÎT-ROHMER ; *RFDA* 1996, p. 777, note J.-L. AUTIN et F. SUDRE ; Cour EDH 8 févr. 2000, n° 28488/95, *McGonnell c. Royaume-Uni*, §§ 46-58 ; *RFDA* 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; Cour EDH 9 nov. 2006, n° 65411/01, *Sacilor-Lormines c. France*, §§ 70-74 ; *AJDA*, 2005, p. 1886, chron. J.-F. FLAUSS).

sur le recours. Le juge administratif a également admis un tel cumul des pouvoirs, considérant que « l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées et de sanction des manquements constatés, ne contrevient pas aux exigences rappelées par l'article 6 §1 de Conv EDH dès lors que ce pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision »²⁶¹. Cette exigence n'a jamais trouvé d'application propre aux autorités administratives indépendantes, notamment à propos du cumul d'une magistrature d'influence et de compétences répressives. Toutefois, en ce qui concerne les sanctions administratives graves prononcées par les AAI, ce qui est en cause c'est « l'impartialité dans la procédure, qui garantit à celui qui fait l'objet de poursuites que son affaire n'est pas "jouée d'avance" et que la procédure est l'occasion d'un véritable débat permettant que l'ensemble des arguments soit réellement examiné »²⁶². Dès lors, il apparaît évident qu'à l'instar de ce qui est applicable aux juridictions administratives, la théorie des apparences jouera un rôle déterminant dans l'exercice parallèle de compétences répressives et d'attributions consultatives. Dès lors, la participation au sein de la formation prononçant la sanction, de membres de l'autorité qui auraient accompli l'exercice des attributions consultatives en donnant un avis sur l'affaire, devra être regardée comme une atteinte aux apparences nécessaires de l'impartialité du juge, conformément à l'article 6 §1 de la Convention.

1014. Enfin, la « juridictionnalisation » des autorités, entendue comme l'application des exigences propres aux juridictions, est susceptible de menacer à terme le cumul des pouvoirs. En effet, l'attribution d'un pouvoir de sanction appelle des transformations fonctionnelles et organiques afin de respecter les garanties afférentes à une telle mission²⁶³. Cette exigence s'apprécie surtout au regard de la concentration des fonctions. On en distingue trois au sein des mécanismes répressifs : la fonction d'accusation ; la fonction d'instruction et la fonction du prononcé de la sanction²⁶⁴. Sur ce point, le Conseil constitutionnel a fait « un pas

²⁶¹ CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 353856, *Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal*, Rec. Lebon, p. 430, consid. 14 ; *RFDA*, 2013, p. 55, concl. V. DAUMAS ; *AJDA*, 2013, p. 215, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RFDA*, 2013, p. 576, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRÉ DE BOULOIS et L. MILANO.

²⁶² Cons. const., commentaire de la décision n° 2012-280 QPC, p.14.

²⁶³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 9.1.16.

²⁶⁴ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 98.

supplémentaire »²⁶⁵ dans la juridictionnalisation des AAI en les soumettant au principe d'impartialité et d'indépendance des juridictions, tout en tempérant la portée du principe. En effet, jusqu'à la décision QPC du 12 octobre 2012²⁶⁶, seules les juridictions étaient soumises aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la déclaration de 1789, les fonctions administratives, y compris celles exercées sous la forme d'un pouvoir de sanction n'étaient pas soumises à leur respect²⁶⁷. En effet, si l'Autorité de la concurrence « n'exerce pas une fonction juridictionnelle » au sens strict²⁶⁸, le Conseil, par sa décision du 12 octobre 2012²⁶⁹, a néanmoins soumis l'Autorité, et à travers elle l'ensemble des AAI exerçant un pouvoir de sanction, aux exigences constitutionnelles de toute autorité administrative assurant une « fonction juridictionnelle » au sens matériel du terme²⁷⁰. À l'instar de la Cour EDH, le Conseil opère ici un contrôle abstrait qui le conduit à relever, soit dans les textes, soit dans leur silence, la source d'une violation structurelle de l'impartialité objective²⁷¹. Il précise

²⁶⁵ D. ROUSSEAU, « La juridictionnalisation continue des AAI », *Revue Lamy de la concurrence*, mars 2013, n° 34, p. 89.

²⁶⁶ Cons. const., décision n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus* ; *RFDC*, 2013, p. 204 note W. BENESSIANO ; *RJEP*, 2013, p. 10, note B. GENEVOIS ; *DA*, 2012, n° 12, p. 29 note M. BAZEX ; *Constitutions*, 2013, p. 95, comm. O. LE BOT ; *RLC* 2013/34, n° 2240, D. ROUSSEAU.

²⁶⁷ Dans sa décision QPC du 2 décembre 2011 dite « Banque Populaire Côte d'Azur » relative au pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire à laquelle l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a succédé, il censure les dispositions du code monétaire et financier relatives à la fonction juridictionnelle de la Commission en ce qu'elles ne prévoyaient aucune garantie expresse d'indépendance et d'impartialité dans la procédure de sanction mise en œuvre par la Commission (Cons. const., décision n° 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur* ; *LPA*, 16 mars 2012, n° 55, p. 3, F. MILOUDI ; *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 3 avril 2012, n° 13, p. 36, D. DE LA BURGADE).

²⁶⁸ Cons. const., commentaire de la décision n° 2012-280 QPC, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*.

²⁶⁹ Cons. const., n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus*, précitée.

²⁷⁰ D. ROUSSEAU, « La juridictionnalisation continue des AAI », art. cit. ; M. LOMBARD, S. NICINSKI et E. GLASER, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2012, n° 31, p. 578. Dans ses observations déposées devant le Conseil constitutionnel par l'intermédiaire de son représentant, l'Autorité de la concurrence insistait sur le fait qu'elle est une autorité certes indépendante, mais néanmoins administrative. Par conséquent, elle soutenait qu'il n'était pas possible de lui appliquer les principes valables pour les juridictions sous peine de priver de tout intérêt l'attribution à ces autorités d'un pouvoir de sanction. Si ce pouvoir doit respecter les mêmes exigences procédurales que celles entourant le prononcé d'une sanction par une juridiction, l'utilité de confier à un organisme administratif un tel pouvoir diminue, voire disparaît. En l'espèce, les sociétés requérantes contestaient l'absence de séparation entre les formations de l'Autorité, selon que celles-ci sont chargées de délivrer des autorisations de concentration ou, au contraire, de prononcer des sanctions dans le cadre du contrôle des opérations de concentration (Observations orales produites pour l'Autorité de la concurrence par la SCP Baraduc et Duhamel, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées les 31 août et 17 septembre 2012). L'application du principe d'impartialité et d'indépendance a néanmoins conduit à censurer les dispositions du Code des postes et télécommunications (CPT) (Les douze premiers alinéas de l'article L36-11 CPT) relative au pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans une décision QPC du 5 juillet 2013. Le Conseil constitutionnel a ainsi déclaré l'organisation du pouvoir de sanction de l'ARCEP contraire à la Constitution en raison d'une insuffisante séparation entre les fonctions de poursuite et de décision. Cette décision marque la première censure à l'encontre d'une autorité administrative, et non à l'encontre d'une juridiction (Cons. const., n° 2013-331 QPC, 05 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre*, précitée).

²⁷¹ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 105.

ainsi que le législateur doit lui-même prévoir des garanties de nature à assurer le respect des « principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante »²⁷², ce qui implique de séparer les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction²⁷³. Par l'encadrement des sanctions administratives ressortant de la matière pénale, les juges opèrent ainsi une sorte de « reconquête juridique » des AAI²⁷⁴.

1015. Une des manifestations les plus nettes de cette « juridictionnalisation » des AAI réside dans le choix fait d'une séparation organique des pouvoirs de poursuite, d'instruction et de sanction, et non plus simplement fonctionnelle. En d'autres termes, cela consiste à établir une commission des sanctions composée de membres différents de ceux du collège, dont la fonction consiste exclusivement à prononcer les sanctions. L'autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)²⁷⁵, l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE)²⁷⁶ ou encore l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) en sont dotées²⁷⁷. Toutefois, ni la Cour

²⁷² Cons. const., 12 octobre 2012, décision n° 2012-280 QPC, *précitée*, consid. 19.

²⁷³ En l'espèce, le Conseil constitutionnel considère que la procédure de saisine d'office du collège de l'AAI qui va ensuite se prononcer sur les sanctions est subordonnée à une proposition du rapporteur général ne conduit pas l'ADLC à préjuger la réalité des manquements à examiner. En effet, l'instruction est assurée par le rapporteur général et le collège de l'Autorité de la concurrence délibère sans que le rapporteur général ne participe à ce délibéré. Cons. const., décision n° 2012-280 QPC, *précitée*, considérant 21.

²⁷⁴ À ce titre, en 1997, Le Conseil constitutionnel a franchi une étape supplémentaire lorsqu'il précise que « doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle » (Cons. const., décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration ; *JCP G*, 1997, p. 356-366, note J.-C. ZARKA ; *D*, 1999, p. 237, note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; *RFDC*, 1997, p. 571-585, note O. LECUCQ ; *AJDA*, 1997, p. 524-532, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *LPA*, 1997, p. 18-21, note B. MATHIEU).

²⁷⁵ La réforme ferroviaire a modifié le déroulement de la procédure de sanction applicable devant l'Autorité. Par un amendement du rapporteur de la Commission du développement durable, les fonctions de poursuite et d'instruction demeurent de la compétence du collège de l'Autorité et la fonction de jugement est exercée, depuis le 1^{er} janvier 2015 la fonction de jugement est exercée par une Commission des sanctions au sein de l'ARAFER composée de trois magistrats. L'article 13 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire (*JORF*, n° 0179, 5 août 2014, p. 12930, texte n° 3) modifie en ce sens l'article L2132-1 du Code des transports.

²⁷⁶ Selon les dispositions de l'article L132-1, la CRE s'organise autour de deux organes indépendants : un collège de cinq membres et d'un comité de règlement des différends et des sanctions, composé de quatre membres. Ces deux organes sont tenus de faire usage de procédures transparentes quant à l'élaboration de leurs décisions et avis, notamment via la mise en place de groupes de travail, l'organisation de consultations publiques, la tenue d'auditions.

²⁷⁷ Suite à l'arrêt de la Cour de cassation de 1999, le législateur, pour l'Autorité des marchés financiers, avait en effet tiré toutes les conséquences de la conception exigeante qu'avait retenue la Cour de cassation du principe d'impartialité. Elle avait jugé que le rapporteur chargé de l'instruction d'une affaire ne pouvait pas participer ensuite au délibéré sans méconnaître le principe d'impartialité et clairement séparé les fonctions de poursuite, dévolues au collège, d'instruction, confiées à un rapporteur qui ne participe pas au délibéré, et de sanction, exercées par la commission des sanctions. La Cour de cassation a, la première, tiré les conséquences de cette conception étendue de la fonction juridictionnelle et des garanties qui s'y attachent. Elle a en effet admis, par son arrêt *Oury*

européenne des droits de l'homme ni le Conseil constitutionnel n'imposent une telle séparation. En effet, une fois l'exigence posée, on peut lire dans le commentaire du Conseil de la décision n° 2011-200 QPC, la solution adoptée « laisse ces dernières libres de s'organiser selon des règles d'indépendance fonctionnelle ou de séparation organique »²⁷⁸. Le dédoublement organique n'est donc pas érigé en condition du respect de l'impartialité objective. Ce choix est laissé à l'appréciation du législateur et relève en définitive de considérations proprement politiques²⁷⁹.

1016. Le dualisme organique suscite des craintes quant au modèle de la « régulation souple ». Ainsi, à l'opposé d'une interprétation radicale de l'impartialité objective des AAI se trouve une conception soucieuse de maintenir l'intérêt d'une régulation fondée sur le cumul des compétences²⁸⁰. Une dissociation organique entre les fonctions d'enquête, la saisine et le prononcé des sanctions conduirait inévitablement à une « refragmentation »²⁸¹ de l'exercice des pouvoirs dévolus à l'Autorité²⁸². À cet égard, l'option d'une séparation organique a été exclue pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)²⁸³ au motif précisément qu'en créant un collège supplémentaire, on « prive[rait] le collège du CSA de la prérogative essentielle que constitue le prononcé de la sanction, au risque de nuire à la cohérence de son action à l'égard

du 5 février 1999, que la Commission des opérations de bourse (COB), bien qu'elle ne constitue pas une juridiction, soit soumise aux stipulations de l'article 6 de la CEDH (Cass. Ass. plén., 5 février 1999, *COB c/ Oury et a.*)

²⁷⁸ Cons. const., commentaire de la décision n° 2011-200 QPC, p.6.

²⁷⁹ F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », art. cit., p. 37. Pour autant, après la décision *Dubus c/ France*, Mattias GUYOMAR considérait que la solution européenne impliquait une « réforme structurelle » de l'autorité chargée de la régulation de milieu bancaire, dont « seule une architecture décalquée de celle de l'Autorité des marchés financiers offrirait une réelle sécurité juridique » (M. GUYOMAR, « Article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque & Droit*, octobre 2009, n° 127, p. 9).

²⁸⁰ Elle a néanmoins été rejetée par le législateur pour l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), notamment pour des raisons liées au coût de sa mise en œuvre (idem pour le CSA). Concernant le CSA, l'option d'une commission des sanctions a été rejetée pour des raisons de coût lié à l'activité d'une telle commission. En effet, cela « implique de procéder à la création d'une nouvelle formation collégiale au sein du CSA et à la désignation de nouveaux membres pour la mise en œuvre d'une prérogative qui n'est effectivement utilisée qu'une dizaine de fois par an » (Étude d'impact projet de loi organique et projet de loi relatifs à l'indépendance de l'audiovisuel public, 3 juin 2013, p. 10).

²⁸¹ G. ECKERT, « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai 2010, n° 3, dossier 18, parag. 5.

²⁸² La crainte d'une fragmentation par la création d'une omission des sanctions est confortée par la proposition de faire de la Commission des sanctions de l'AMF un tribunal des marchés financiers à part entier. Il ne s'agit ni de créer *ex nihilo* une nouvelle juridiction, ni de faire disparaître l'actuelle Commission, mais fondamentalement d'étendre la compétence de celle-ci, ce qui nécessite que le législateur lui confère le statut d'un tribunal « au regard du droit interne ». Cela marquerait l'achèvement de la juridictionnalisation de l'Autorité des marchés financiers (A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « Il faut un tribunal des marchés financiers », art. cit., p. 556).

²⁸³ Sur le pouvoir de sanction du CSA : M. CLÉMENT-CUZIN, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *AJDA* 2001, n° spécial, p. 111 ; E. DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, 15 mars 2005, p. 3.

des professionnels du secteur audiovisuel »²⁸⁴. On peut citer également la réforme de la procédure de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en 2014. Le législateur a procédé à une transposition du modèle de dédoublement du collège de la CNIL, appliquée à un collège de seulement sept membres et non plus de dix-sept. Cette solution avait été explicitement rejetée pour le CSA du fait précisément du faible nombre des membres du collège. Il est en effet particulièrement complexe d'établir des modalités de délibération, notamment un quorum en cas d'empêchement ou de départ de l'un des membres, pour une formation aussi restreinte, composée de trois membres seulement²⁸⁵. La solution du dédoublement du collège n'est pas parfaite. En effet, les membres des deux formations du collège de l'ARCEP se retrouveront fréquemment ensemble pour siéger en formation plénière et, comme le remarque Martine LOMBARD, il ne reste plus qu'à espérer « qu'ils veilleront à ne pas évoquer à cette occasion, ne serait-ce qu'incidemment et de façon informelle, les affaires devant faire l'objet de délibérations en formations séparées »²⁸⁶.

1017. En définitive, cette « juridictionnalisation » demeure relative en ce qu'elle impose pour le moment uniquement une séparation de la fonction d'instruction et de sanction de l'autorité administrative indépendante et non une séparation organique, même si celle-ci a déjà été mise en place au sein de plusieurs autorités. Cette situation conduit à ce que certains y voient « une juridictionnalisation rampante, mais incomplète, des autorités administratives indépendantes »²⁸⁷, là où d'autres contestent cette analyse considérant que la jurisprudence en la matière conforte une approche de la « régulation souple » comme fonction spécifique entre la fonction administrative et la fonction juridictionnelle²⁸⁸. Le terme de « juridictionnalisation » désigne un processus en plusieurs étapes qui conduit à « repénaliser » au regard des droits

²⁸⁴ Étude d'impact, projet de loi organique et projet de loi relatifs à l'indépendance de l'audiovisuel public, 3 juin 2013, p.10. Même si le Conseil constitutionnel n'a pas retenu une interprétation faisant du pouvoir de mise en demeure un élément de procédure du pouvoir de sanction, l'exercice du pouvoir de sanction du CSA a été réformée afin que ses sanctions respectent l'article 6 §1 de la CEDH. Auparavant, le collège était à la fois l'organe de poursuite, d'instruction et de sanction. Depuis la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public (*JORF*, n° 0266, 16 novembre 2013, p. 18622, texte n° 3), les fonctions de poursuites et d'instruction ont été confiées à un rapporteur indépendant. Cette réforme fait suite à une décision de la Cour soulevant les carences des AAI en matière d'indépendance et d'impartialité. Voir : CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Dubus SA c/ France* ; *Dalloz actualité*, 17 juin 2009, obs. S. LAVRIC ; *AJDA* 2009, p. 1936, chron. J.-F. FLAUSS ; *D*, 2009, p. 2247, note A. COURET ; *AJ pénal*, 2009, p. 354, étude J. LASSERRE CAPDEVILLE.

²⁸⁵ Étude d'impact, projet de loi organique et projet de loi relatifs à l'indépendance de l'audiovisuel public, 3 juin 2013, p. 11.

²⁸⁶ M. LOMBARD, S. NICINSKI et E. GLASER, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 6 octobre 2014, n° 33, p. 1874.

²⁸⁷ A. ROBLLOT-TROIZIER, « Chronique de jurisprudence », note sous Cons. const., 12 oct. 2012, décision n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus, RFDA*, 2013, p. 144.

²⁸⁸ F. MARTUCCI, « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », art. cit., p. 36.

fondamentaux un domaine d'activité qui précisément avait été dépénalisé pour pouvoir bénéficier des avantages de souplesse et d'efficacité caractérisant en principe l'application du droit par des AAI spécialisées²⁸⁹. En l'état du droit, la juridictionnalisation n'est pas achevée, ni même en passe de l'être. Toutefois, il convient de dresser le constat selon lequel, en l'état de la jurisprudence, le cumul des pouvoirs conserve des risques qui invitent à ne pas considérer comme étant déjà joué le dernier acte de cette jurisprudence.

§2 L'instrumentalisation de la magistrature d'influence au profit d'une répression graduée

1018. Le législateur peut faire le choix d'une logique préventive fondée sur la pédagogie par l'établissement d'une magistrature d'influence – la régulation douce par la médiation ou la conciliation – à côté ou en complément d'une logique répressive incarnée par le juge – la régulation juridique. L'attribution de compétences de sanction n'est donc « pas un corollaire indispensable du fonctionnement d'une autorité administrative indépendante »²⁹⁰. Néanmoins, il peut aussi faire le choix d'allier ces deux types de régulation au sein d'une même institution indépendante – la régulation souple.

1019. Or, si la sanction administrative a pu être décrite comme un technique « à la mode »²⁹¹ c'est en partie fondé sur le postulat selon lequel la répression mise en œuvre par les AAI est « simple, efficace et rapide »²⁹². Ainsi, le Conseil d'État se contente de justifier le choix des sanctions administratives par « des préoccupations essentiellement pratiques »²⁹³ à savoir l'efficacité de la répression et la souplesse du procédé. En définitive on loue sa simplicité, là où la répression pénale s'avère inadaptée, lourde ou trop infamante²⁹⁴. Principalement en matière économique, la dépénalisation vise à bénéficier de la souplesse et de l'efficacité caractérisant

²⁸⁹ J.-L. DEWOST, B. LASSERRE et R. SAINT-ESTEBEN, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil*, n° 35, p. 221.

²⁹⁰ E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915.

²⁹¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1172.

²⁹² Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Paris, La Documentation française, 1995, p. 278.

²⁹³ *Ibid.*, p. 70.

²⁹⁴ M. GUYOMAR, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 30.

l'application du droit économique par des AAI spécialisées²⁹⁵. Parfois, la seule commodité suffit à écarter toute justification supplémentaire²⁹⁶.

1020. Dans son étude bilan de 2006, Marie-Anne FRISON-ROCHE préconise une « attribution systématique d'un tel pouvoir aux [AAI] »²⁹⁷ en ce que la sanction administrative est « un outil efficace de régulation »²⁹⁸. Elle écarte ainsi l'argument selon lequel les AAI ne devraient être dotées qu'exceptionnellement d'un pouvoir de sanction au motif que la nature même de l'acte de sanction devrait conduire à en réserver le monopole aux tribunaux judiciaires, garants des libertés. À l'appui de sa proposition, l'auteure cite le cas de la Commission des opérations en bourse (COB), à laquelle l'Autorité des marchés financiers (AMF) a succédé. Cette Commission n'est « devenue puissante »²⁹⁹, selon elle, que depuis la loi du 2 août 1989 qui lui a permis de prononcer des sanctions. Dans ce cas, ce n'est pas la sanction en elle-même, en tant qu'elle permet de rétablir ou réparer une situation, qui confère de la puissance à la Commission, mais le fait qu'elle puisse en brandir la menace. Marie-Anne FRISON-ROCHE explique ainsi que « la sanction n'est pas tellement un mécanisme *ex post* de rétribution des fautes, mais plutôt un mécanisme d'information et d'incitation »³⁰⁰. Dans ce cas, l'existence d'une sanction, même si elle n'est pas souvent prononcée, participerait à renforcer l'efficacité de la démarche pédagogique informelle antérieure à son prononcé. Ce mélange des genres – pédagogie, mise en garde et répression – s'apparente plus à un mécanisme traditionnel de dissuasion. Plutôt

²⁹⁵ J.-L. DEWOST, B. LASSERRE et R. SAINT-ESTEBEN, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 221.

²⁹⁶ Par exemple, depuis l'ordonnance du 6 juin 2005, le non-respect des clauses de la licence, ou la dénaturation des informations publiques, est passible de sanctions (amendes) prononcées par la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) sur une plainte de l'administration (Article 18 créé par l'article 10 de l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, *JORF*, n° 131, 7 juin 2005, p. 10022, texte n° 13). Avant cette réforme, la CADA endossait un rôle purement consultatif. Le législateur a créé un mécanisme de sanction à l'encontre de « toute personne réutilisant des informations publiques » en violation des règles relatives aux licences ou aux réutilisations commerciales. À ce titre, la commission peut infliger des sanctions pécuniaires d'un montant pouvant aller jusqu'à 300 000 € et prononcer l'interdiction de réutiliser des informations publiques pendant une durée pouvant aller jusqu'à 5 ans. Si le décret du 30 décembre 2005 (Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, *JORF*, n° 304, 31 décembre 2005, p. 20827, texte n° 119) a pris le soin de décrire avec précision l'ensemble de la procédure, cette activité n'en demeure pas moins extrêmement marginale. En 2013, seulement deux sanctions ont été prononcées sur 5486 dossiers instruits (5306 avis et 176 conseils) (CADA, *Rapport d'activité 2013*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, 2014, p. 6.) ; alors que pour l'année 2014, l'activité répressive de la Commission n'apparaît tout simplement pas dans l'activité de l'autorité (voir la seconde partie du rapport consacrée à l'analyse de l'activité de l'autorité : CADA, *Rapport d'activité 2014*, Paris, Commission d'accès aux documents administratifs, 2015, p. 55-66). Voir sur ce point : A. LALLET et J.-P. THEILLAY, « La Commission d'accès aux documents administratifs à trente ans », *AJDA*, 2008, p. 1415-1420.

²⁹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 8.1.7.1.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

qu'une référence à une fonction incitative, c'est à la fonction dissuasive de la peine que ce dispositif renvoie. Dans le cas contraire, n'importe quelle disposition juridique est susceptible d'être considérée comme une incitation à quelque chose³⁰¹. Or, l'efficacité de la sanction dans ce dispositif n'apparaît pas différente de celle d'une régulation juridique traditionnelle.

1021. En effet, au regard de leurs missions, les autorités, même si elles disposent d'un pouvoir de sanction ou de décision, peuvent juger préférable de recourir, pour mener à bien leur mission, à des instruments à visée recommandationnelle, qu'il s'agisse de mises en garde à destination du public, de rappels à la loi ou de recommandations aux professionnels. D'ailleurs, dans sa décision *Tinez et a.*³⁰² du 30 novembre 2007, le Conseil d'État conforte ce choix d'une technique incitative en considérant que les AAI doivent bénéficier d'un « large pouvoir d'appréciation » tant pour qualifier les faits litigieux et mesurer leur gravité que pour choisir la meilleure réponse à leur apporter : ne rien faire, émettre un simple rappel à l'ordre ou, au contraire, enclencher une procédure répressive par une mise en demeure et une sanction. Le juge n'opère donc qu'un contrôle restreint de leurs décisions refusant l'engagement de poursuites. Il est d'ailleurs fréquent de constater que la publication d'une mise en garde ou d'un rappel à la loi est aussi efficace que le prononcé d'une sanction.

1022. Il n'est dès lors pas surprenant que les AAI usent très peu de leurs compétences de sanction. D'ailleurs, si le régime juridique des sanctions administratives prononcées par les AAI tend à se rapprocher de celui prononcé par les juridictions, les autorités contestent à de multiples reprises le fait de s'apparenter à des juridictions, ce que les requérants ou les professionnels du monde judiciaire contestent parfois au regard des apparences³⁰³. C'est du moins ce qui ressort des entretiens menés par Marie Anne FRISON-ROCHE dans le cadre de l'étude bilan menée en 2006 pour l'office parlementaire d'évaluation de la législation³⁰⁴. Par exemple, le représentant

³⁰¹ Ce emploi de la notion d'incitation conduit, selon Alessandra FACCHI, à considérer qu'« à la limite, même une condamnation pénale est une incitation à ne pas répéter le comportement interdit » (A. FACCHI, « INCITATION » dans A.-J. ARNAUD et alii (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 294).

³⁰² Le Conseil d'État dans sa décision du 30 novembre 2007 considère « qu'il appartient à une autorité administrative indépendante qui dispose en vertu de la loi d'un pouvoir de sanction qu'elle exerce de sa propre initiative et dont l'objet ne se borne pas à punir certains comportements mais consiste, eu égard notamment à la nature des mesures susceptibles d'être prononcées, à assurer la sécurité d'un marché, de décider, lorsqu'elle est saisie par un tiers de faits de nature à motiver la mise en œuvre de ce pouvoir, et après avoir procédé à leur examen, des suites à donner à la plainte » (CE, Sect., 30 novembre 2007, n° 293952, *Tinez et a.*, Rec. Lebon, p. 459 ; *RFDA*, 2008, p. 521, concl. L. OLLÉON ; *RTD com.*, 2008, p. 275, obs. G. ORSONI ; *RJEP*, 2008, n° 651, p. 11, note M. COLLET).

³⁰³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », art. cit., § 9.1.16 (NdBP 1).

³⁰⁴ Le président du Conseil de la concurrence affirme par exemple que le « Conseil n'est pas une juridiction, mais un régulateur général des marchés de biens et services » (M.-A. FRISON-ROCHE, *Ibid.*).

de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) caractérise l'institution comme « une autorité administrative indépendante, dotée de certains pouvoirs quasi juridictionnels »³⁰⁵. Il est d'ailleurs fréquent de parler de « quasi-juridiction » en ce qu'elles peuvent d'un côté sanctionner comme un juge et de l'autre rendre des avis à l'instar d'une commission consultative³⁰⁶.

1023. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel offre une illustration concrète de ce type de régulation souple. Le plus souvent, la mise en demeure suffit pour assurer le respect de l'obligation rappelée ou la mise en conformité³⁰⁷. Le plus souvent, l'autorité privilégie même, avant le prononcé d'une mise en demeure, la notification d'une mise en garde informelle ou d'un rappel à l'ordre ferme non prévus par la loi. Cette pratique renvoie à un mode d'intervention « graduée »³⁰⁸ qui consiste à privilégier dans un premier temps une démarche pédagogique faite de rappels, de recommandations, de mise en gardes, voire de tentatives de conciliation. Ainsi, on pouvait lire sur le site Internet du Conseil qu'« à l'exception d'infractions inadmissibles appelant une sanction exemplaire, le CSA préfère toujours le dialogue et la prévention, n'hésitant pas à interrompre les procédures engagées si une solution se dégage »³⁰⁹.

1024. Néanmoins, il convient d'admettre que cette démarche préventive ne s'inscrit plus dans le cadre d'une magistrature d'influence en ce qu'elle s'exerce sous l'ombre menaçante de la sanction – la contrainte. Ce dispositif, au contraire, comporte le risque de voir la démarche pédagogique – fondée sur l'influence et la persuasion – réduite à une phase préparatoire au prononcé de la sanction. Une magistrature d'influence consiste uniquement dans une logique de coopération qui consiste, à émettre des avis, à présenter des observations devant les tribunaux ou à transmettre les dossiers au procureur. Comme l'observait déjà Marie-José GUEDON en 1991, « les armes dont disposent certaines d'entre elles contrastent singulièrement avec l'image

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Néanmoins, comme le rappelle Raymond MARTIN, l'emploi de l'adverbe « quasi », en tant qu'il indique une approximation ou une assimilation qualitative, « ne veut rien dire, ou constitue l'aveu implicite qu'elle est une juridiction... inavouée » (R. MARTIN, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP G Semaine Juridique*, 7 novembre 1990, n° 44, I 3469, paragr. 2).

³⁰⁷ Il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel considère que la mise en demeure du CSA sur le fondement de l'article 42 de la loi de 1986 n'est pas un préalable au pouvoir de sanction (E. DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du conseil supérieur de l'audiovisuel », art. cit., p. 3).

³⁰⁸ Cette information est disponible sur le site Internet du Conseil à la rubrique consacrée aux sanctions (csa.fr/Le-CSA/Presentation-du-Conseil/Des-missions-diversifiees/Les-sanctions, consulté le 16 décembre 2015).

³⁰⁹ Cette citation est extraite d'une présentation du pouvoir de sanction par le CSA lui-même sur son site Internet. Elle a fait l'objet d'une reprise dans le texte d'E. DERIEUX sur le pouvoir de sanction du CSA. Désormais cette mention ne figure plus sur le site Internet de l'autorité de régulation (E. DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du conseil supérieur de l'audiovisuel », art. cit., p. 3).

d'« arbitre souple »³¹⁰. En effet, même si elles ont tendance à privilégier la persuasion à la coercition, l'existence d'une telle menace suffit à changer radicalement l'esprit de l'institution qui perd ainsi son statut de magistrature d'influence pour n'en garder que les attributs. On trouve ici les défauts d'une « magistrature d'influence-fonction » prise dans un processus gradué dont la sanction prononcée par l'autorité constitue la dernière étape. En effet, la persuasion comme première étape d'un long processus aboutissant à une – hypothétique – sanction marque précisément l'échec d'une régulation fondée sur la magistrature d'influence d'une instance indépendante³¹¹. Dans le pire des cas, celle-ci peut n'être qu'un moyen de contourner le formalisme requis pour l'édiction d'une sanction³¹².

1025. Enfin, l'attribution d'un pouvoir de sanction à une AAI peut susciter des attentes et une certaine incompréhension vis-à-vis de la démarche graduée. Par exemple, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a vu ses pouvoirs de sanction renforcés avec l'adoption de la loi du 6 août 2004 relative³¹³. Avant cette réforme, le rôle de la CNIL face à un traitement de données personnelles ne respectant pas la loi se limitait à prescrire des mesures de sécurité pouvant aller jusqu'à la destruction des supports d'information, à un avertissement ou à une transmission au Procureur de la République. Ce renforcement des compétences répressives de l'institution ne s'est pas fait sans résistance³¹⁴. Les craintes exprimées dénotaient le souci de préserver la spécificité de cette institution vis-à-vis d'une démarche répressive, aussi souple soit-elle. En l'occurrence, lorsqu'elle est saisie, la CNIL intervient le plus souvent comme conciliateur en vue du règlement amiable d'un problème, en particulier dans l'exercice du droit d'accès à des données et du droit d'opposition à figurer dans un traitement ou à faire l'objet de prospection commerciale. Ce choix de la Commission suscite parfois

³¹⁰ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 109-110.

³¹¹ F. STASIAK, « Les autorités administratives indépendantes », art. cit., p. 10.

³¹² S. VON COESTER, « Les communiqués », conclusions sur CE, Ass., 21 mars 2016, n° 368082 et autres, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, RFDA, 2016, p. 497.

³¹³ Depuis la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (*JORF*, n° 182, 7 août 2004, p. 14063, texte n° 2), la CNIL peut prononcer des avertissements et après mise en demeure infructueuse des sanctions pécuniaires, les faire insérer dans la presse ou ordonner de cesser le traitement de données à caractère personnel.

³¹⁴ On citera, parmi d'autres, l'opinion de Louis JOINET, ancien directeur juridique de la CNIL, qui faisait connaître en 2004 ses observations critiques quant au tournant répressif de l'institution (il a été notamment l'un des rédacteurs en 1975 du rapport TRICOT à l'origine de la CNIL). Selon lui, la fonction d'une AAI « n'est pas de juger, stricto sensu, mais de rendre transparentes les institutions et les groupes de pression. Leur méthode : le rapport, des avis rendus publics, des principes directeurs... Elles ne répriment pas, mais conseillent [...] Que le juge, quand elle le saisit, fasse son travail [...], mais elle ne doit pas être elle-même un juge de plus » (L. JOINET, « Entretien », *Vacarme*, 2004, n° 29, p. 53).

l'incompréhension. Ainsi, le faible nombre de sanctions prononcées par la CNIL³¹⁵ est dénoncé par certains auteurs comme le résultat du « poids (excessif) de la tradition pédagogique de la CNIL »³¹⁶. Selon eux, la Commission a trop « longtemps conçu sa mission comme celle d'un médiateur entre les citoyens, les entreprises et les administrations et non, comme celle d'un organe quasi-juridictionnel »³¹⁷. Cette pratique d'une « régulation douce » – le maintien ici au premier stade de la démarche graduée – suscite donc des critiques chez ceux qui, au regard de l'évolution des traitements des données notamment, considèrent qu'une régulation juridique est nécessaire.

1026. Contrairement à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), qui ne dispose d'aucun pouvoir de sanction³¹⁸, la démarche persuasive des autorités disposant d'un pouvoir de sanction sort précisément d'un cadre strictement préventif et pédagogique pour, *in fine*, rechercher l'effectivité du droit au-delà de l'efficacité des instruments coercitifs. Ainsi que nous l'avons montré, un acte à visée recommandationnelle n'appartient pas à la catégorie des actes manifestant l'expression d'un commandement. Or, dans le cas de la publication d'un rappel à la loi ou d'une mise en garde, l'autorité adopte un acte par lequel elle prescrit au destinataire l'adoption d'un comportement déterminé et en assure le respect par la menace de la mise en œuvre du processus répressif dans le cas où la démarche informelle aurait échoué. Martine LOMBARD, à propos de l'ARCEP, considère que le plus important en la matière « est en réalité de pouvoir menacer, c'est-à-dire d'engager des poursuites, une sanction n'étant dans les faits prononcée que tout à fait exceptionnellement »³¹⁹. Pour autant, en l'état actuel du droit, la mise en œuvre du processus répressif ne débute qu'avec le prononcé d'une injonction ou d'une mise en demeure qui s'analyse comme une obligation légale dont le non-respect entraîne des poursuites. Le juge a dès lors adapté son recours pour excès de pouvoir afin de ne pas laisser de tels actes en dehors de tout contrôle. Il tient compte désormais de la possibilité d'une sanction de la prescription. Cela revient à admettre, comme l'a très justement formulé Chantal CARPENTIER, que la magistrature d'influence ne doit pas constituer un statut particulier qui « donnerait [aux AAI] encore plus d'autorité pour user de

³¹⁵ Pour 5825 plaintes, seulement 62 mises en demeure et 18 sanctions ont été prononcées. Les sanctions ont toutefois doublé depuis 2008, année où la CNIL a prononcé 9 sanctions (CNIL, *Rapport d'activité 2008*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 95 ; CNIL, *Rapport d'activité 2014*, Paris, La Documentation française, 2015, p. 3).

³¹⁶ R. PERRAY, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL? », art. cit., p. 82.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Cf. P3. T2. Ch.2. Sect.1. §1. 2).

³¹⁹ M. LOMBARD, S. NICINSKI et E. GLASER, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 6 octobre 2014, n° 33, p. 578.

leurs compétences juridiques qui sont loin d'être les armes habituelles des magistratures d'influence »³²⁰.

§3 Le risque de subjectivisation des attributions consultatives : l'exemple de l'Autorité de la concurrence

1027. Les AAI exercent donc d'un côté une régulation douce fondée sur leurs attributions consultatives et de l'autre une régulation juridique par la mise en œuvre de leurs compétences répressives. L'octroi de telles compétences des institutions à « double visage »³²¹. Or, l'utilisation d'attributions consultatives en amont ou en parallèle de l'exercice d'un pouvoir de sanction comporte des risques de pré-jugement d'une situation individuelle.

1028. Sur ce point, l'Autorité de la concurrence offre une illustration concrète des risques d'un tel cumul. En effet, l'Autorité dispose à la fois de la compétence d'infliger de lourdes sanctions pécuniaires³²² et d'importantes attributions consultatives. Ce cumul des pouvoirs se justifie au regard d'une mission générale de « veille au libre jeu de la concurrence »³²³. Toutefois, ce cumul est le résultat d'une concentration progressive des pouvoirs opérés par le législateur³²⁴.

³²⁰ C. CARPENTIER, « La magistrature d'influence est-elle ... », art. cit., p. 167.

³²¹ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 119.

³²² En vertu de l'article L464-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut imposer des sanctions pécuniaires aux organismes et aux entreprises ayant enfreint les articles L420-1 ou L420-2 du Code de commerce. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du chiffre d'affaires hors taxes mondial, et de 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise.

³²³ Article L461-1 du Code de commerce.

³²⁴ Créée par la loi du 4 août 2008 (Titre II, Chap. III, art. 95 à 97 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, n° 0181, 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1), l'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la concurrence qui avait été institué par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (Cette ordonnance a été codifiée en 2000 dans le livre IV du Code de commerce) qui avait lui-même remplacé la Commission de la concurrence instaurée en 1977. La Commission de la concurrence remplissait essentiellement une fonction consultative. Ses avis avaient pour mission d'aider à dépister les problèmes, de prévenir les risques concurrentiels et de conseiller les entreprises (C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », art. cit., p. 34-35). Les compétences répressives, pénales ou administratives, appartenaient soit aux juridictions, soit au ministre chargé de l'Économie. La principale mission de la Commission de la concurrence, et plus tard du Conseil, était donc celle d'une magistrature d'influence, c'est-à-dire une mission avant tout tournée vers la prévention et la moralisation du marché. L'ordonnance de 1986 qui institua le Conseil de la concurrence transféra le pouvoir de sanction du ministre à ce Conseil (article 2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L461-1 du Code de commerce). Dans le but de renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la loi relative aux nouvelles régulations économiques (dite NRE) n° 2001-420 du 15 mai 2001 a relevé les plafonds des sanctions (*JORF*, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2). La substitution au « Conseil » de la concurrence d'une « Autorité » s'est traduite par un « accroissement global des compétences » de l'instance (J.-J. MENEURET, « Autorité de la concurrence », Fasc. 60, art. cit., p. 8). Au-delà du transfert des pouvoirs de l'ancien Conseil de la concurrence, le législateur lui en a accordé de nouveaux tels que celui de contrôler les opérations de concentration (L430-2 du Code de commerce) et l'a mise en mesure de mener elle-même ses enquêtes dans la mesure où la réforme lui attribue des services d'instruction propres (L450-1, L461-4 et L464-2). Par ailleurs, la fonction consultative a été considérablement renforcée en permettant à l'Autorité, sur saisine (L462-1) ou de sa propre initiative (L462-4), à émettre un avis « sur toute question de concurrence ». Elle peut également sur sa propre initiative émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés au ministre en charge du secteur.

En effet, les premières autorités dans ce domaine ne remplissaient qu'une fonction consultative. Les compétences répressives, pénales ou administratives, appartenaient soit aux juridictions, soit au ministre chargé de l'Économie. Par conséquent, la principale mission des autorités de régulation en charge de la concurrence était donc celle d'une magistrature d'influence, c'est-à-dire tournée vers la prévention et la moralisation du marché³²⁵. L'ordonnance de 1986, qui institua le Conseil de la concurrence, marque le point de départ d'un transfert des pouvoirs répressifs du ministre à l'autorité indépendante en charge de la régulation³²⁶. À cet égard, la substitution au « Conseil » de la concurrence d'une « Autorité » de la concurrence s'est traduite par un « accroissement global des compétences »³²⁷ tant répressives que consultatives.

1029. Parmi les compétences de l'Autorité de la concurrence, les attributions consultatives constituent un « outil stratégique, à très forte valeur ajoutée »³²⁸, permettant le positionnement fort de l'institution dans le champ de la concurrence. Par ces avis, l'Autorité de la concurrence exprime son « point de vue chaque fois qu'elle l'estime nécessaire »³²⁹ que ce soit pour proposer des pistes de réflexion, pour faire le bilan concurrentiel de textes en vigueur, pour enrichir la préparation de textes réglementaires ou législatifs, ou encore pour recommander la prise de mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel de certains marchés : elle propose des réformes³³⁰, assure une pédagogie de sa pratique décisionnelle³³¹, propose aux entreprises une grille de lecture concurrentielle d'un marché³³². À cet égard, l'évolution de son rôle avec la loi du 7 août 2015 dite « Macron » est révélatrice de l'importance qu'ont acquise ces avis ³³³. Ainsi, lorsqu'elle exerce ses compétences consultatives, l'Autorité peut par

³²⁵ J.-J. MENEURET, « Autorité de la concurrence », *JC Concurrence - Consommation*, Fasc. 60, date de la dernière mise à jour : 23 Février 2010, paragr. 5.

³²⁶ Article 2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L461-1 du Code de commerce. Dans le but de renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la loi Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques (dite NRE) du 15 mai 2001 a relevé les plafonds des sanctions (*précitée*).

³²⁷ J.-J. MENEURET, « Autorité de la concurrence », Fasc. 60, art. cit., p. 8.

³²⁸ B. LASSERRE, « La nouvelle Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2009, n° 1, p. 9.

³²⁹ Cette information est disponible sur le site de l'Autorité à la rubrique consacrée à la présentation de son activité consultative (autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=294, consulté le 17 janvier 2016).

³³⁰ D. PRIOUX et P. WILHELM, « Nouveau regard sur le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence », *CCC*, janvier 2013, n° 1, étude 1, p. 7.

³³¹ P. SPILLIAERT, « Les avis de l'Autorité de la concurrence », art. cit., p. 58.

³³² C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence : ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1308.

³³³ Article 50 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF*, 7 août 2015, p. 13537, texte n° 1. Certains considèrent que cette loi marque le point de départ d'une nouvelle forme de régulation concurrentielle avec la volonté de réguler *ex ante* la structure même du marché. Voir le numéro de la revue *Concurrences* coordonné par F. MARTUCCI : « L'Autorité de la concurrence dans la loi Macron », Dossier I, *Concurrences* n° 4-2015, p. 14-54 ; R. SAINT-ESTEBEN, « La loi Macron : Étendue et limites de la "régulation concurrentielle" » ; M. COUSIN, « La loi Macron, une certaine idée des missions de l'Autorité ».

exemple être parfois amenée, selon la structure du marché (plus ou moins étroite), à identifier des acteurs en situation de position dominante alors même que son activité consultative doit *a priori* être « dégagee de toute contingence factuelle »³³⁴. En effet, c'est au titre de sa mission contentieuse, distincte de sa mission consultative, que l'Autorité a à connaître de comportements adoptés individuellement par les entreprises poursuivies et, le cas échéant, de faire cesser des abus résultant d'une telle position, de les sanctionner et de les prévenir, au moyen notamment de sanctions pécuniaires. Nonobstant cette distinction importante, il arrive que, par le biais d'un avis sur l'état d'un marché, l'autorité adresse un « avertissement à un opérateur »³³⁵, le mette en garde contre des procédures contentieuses dans l'hypothèse où ils ne respecteraient pas ses préconisations, et ce alors même que la procédure ne le permet pas. En résumé, les avis, dans l'économie des pouvoirs de l'Autorité, peuvent constituer dès lors « une manière nouvelle de traiter les problèmes concurrentiels par une sorte de « premier avertissement sans frais »³³⁶.

1030. Par exemple, conformément à l'article L462-1 du Code de commerce, l'Autorité a rendu le 14 décembre 2010 sur saisine du ministre de l'Économie un avis sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne³³⁷. À la lecture de l'avis, loin de se prononcer sur la question générale de la concurrence de la publicité en ligne, l'autorité recentre son attention sur les pratiques particulières de la société Google, acteur dominant du secteur, si bien qu'un auteur a pu intituler son commentaire de l'avis : « Google dans le viseur de l'Autorité de la concurrence »³³⁸. En effet, l'Autorité énumère dans le corps de l'avis tous les éléments qui permettent d'affirmer que Google détient une position dominante sur le marché de la publicité liée aux recherches³³⁹. L'Autorité décrit même une série de comportements très précis dont elle annonce qu'ils ont toutes les chances de constituer un abus. Faut-il y voir une « subjectivisation » des avis de l'Autorité qui serait contraire à l'esprit de la loi³⁴⁰ ? Consciente de ce risque, l'Autorité emploie une formule type dans ses avis rappelant qu'il « ne lui appartient pas, dans le cadre d'une saisine d'office pour avis, de qualifier les comportements

³³⁴ C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence : ententes et abus de position dominante*, op. cit., p. 1396.

³³⁵ *Ibid.*, p. 1307.

³³⁶ D. BOSCO, « Google dans le viseur de l'Autorité de la concurrence », *CCC*, 2011, comm. 36.

³³⁷ Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, 79 p.

³³⁸ D. BOSCO, « Google dans le viseur de l'Autorité de la concurrence », art. cit.

³³⁹ ADLC, avis n° 10-A-29, *précité*, pts. 228-269.

³⁴⁰ D. BOSCO, « Google dans le viseur de l'Autorité de la concurrence », art. cit.

sur un marché au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L420-1 et L420-2 du code de commerce »³⁴¹. La prudence de l'Autorité l'amène même à ne pas employer certaines expressions équivoques telles que « position dominante », « entente » ou « abus », alors même que la situation soumise à son examen l'y incite.

1031. En dépit de ces précautions, les avis de l'Autorité présentent tout de même le risque de s'apparenter à une sorte de pré-jugement alors même que la procédure empruntée ne le permet pas. La frontière entre la mission consultative et la mission contentieuse de l'Autorité de la concurrence tend en pratique à s'estomper. D'ailleurs, le Conseil d'État, dans sa décision *Casino*, a tenu compte de ce risque. En effet, il a estimé que les prises de position et les recommandations de l'Autorité n'avaient pas le caractère de décisions faisant grief, mais qu'il en irait « différemment s'ils revêtaient le caractère [...] de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance »³⁴². En l'espèce, dans son avis du 11 janvier 2012³⁴³ relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, l'Autorité vise nommément une entreprise et affirme nettement que son omniprésence dans la capitale peut « constituer un obstacle à la concurrence »³⁴⁴. Là encore, l'Autorité précise que « la préoccupation de concurrence identifiée au terme de cet avis se fonde [...] sur la structure du marché parisien de la distribution alimentaire, et non sur la mise en œuvre d'éventuels comportements anticoncurrentiels »³⁴⁵. Toutefois, malgré la prudence de l'Autorité, le groupe Casino a formé un recours pour excès de pouvoir contre cet avis au motif que la situation du groupe y était qualifiée de « position dominante » alors même que l'autorité prend soin de ne pas utiliser l'expression ni même d'aborder la question d'un éventuel abus de

³⁴¹ Ainsi peut-on lire qu'« à titre liminaire, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une saisine d'office pour avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L420-1 et L420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L463-1 du code de commerce, lui permet de porter une telle appréciation » (avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, §6 et § 196, p.6 et 52).

³⁴² CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard*, Rec. Lebon, p. 361, *précité*.

³⁴³ Autorité de la concurrence, avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, 56 p.

³⁴⁴ Elle concentre ainsi son analyse du comportement des opérateurs sur le positionnement commercial des seuls magasins « Franprix », principale enseigne du groupe *Casino*, qui pratique des prix compétitifs pour les produits à marque de distributeur, mais des prix élevés pour les produits de marque nationale, ce qui pousserait les consommateurs à acheter les marques de distributeurs sur lesquels les marges sont plus élevées (avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012, relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, *précité*, pt. 118).

³⁴⁵ C'est la structure du marché combinée à l'importance pour les consommateurs de ce marché qui justifie que l'Autorité de la concurrence « poursuive sa veille concurrentielle du secteur pour appréhender les ouvertures de nouveaux magasins et les changements d'enseigne entre magasins, et ainsi, les évolutions de la part de marché du groupe Casino et du degré de concentration du secteur » (avis n° 12-A-01, *précité*, pts. 186-187).

position dominante. Comme le relève Claire LEGRAS, Rapporteuse publique, « compte tenu de ce [que l'avis] décrit s'agissant du groupe Casino, on est persuadé à sa lecture que ce groupe détient une position dominante »³⁴⁶. Elle considère cependant que cet avis ne constitue pas un pré-jugement susceptible de poser un problème en termes de recours. L'Autorité de la concurrence ne fait qu'avertir le groupe Casino qu'il se situe dans une « zone à risque »³⁴⁷. Pour autant, force est de constater que la séparation est ténue. Il est évident que les avis rendus par l'Autorité constituent un repère incontournable pour d'éventuels examens postérieurs au contentieux, que ce soit devant l'Autorité elle-même ou devant les tribunaux³⁴⁸. De ce fait, peu nombreuses sont les entreprises qui prennent le risque de poursuivre des pratiques que l'Autorité aurait critiquées dans ses avis³⁴⁹. En effet, l'idée selon laquelle si une procédure de sanction était ouverte à l'avenir à l'encontre du groupe pour ce marché, la question devrait être entièrement « rouverte et débattue, sous le contrôle du juge »³⁵⁰ doit être relativisée³⁵¹. Il convient de la mettre en perspective avec les objectifs de l'Autorité de la concurrence³⁵². Il y a

³⁴⁶ C. LEGRAS, conclusions sur CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino, inédite*, p.13.

³⁴⁷ *Ibid.*, p.14.

³⁴⁸ Par exemple, au regard de la directive du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, ces avis, en tant qu'il participe à identifier des situations de position dominante, sont susceptibles de servir de preuve pour la victime d'une pratique anticoncurrentielle dans le cadre d'une procédure indemnitaire. Ainsi, un des objectifs de la directive est de permettre aux victimes d'une infraction aux règles de concurrence de l'Union européenne de demander à être indemnisées et d'avoir un accès facilité aux éléments de preuve dont elles ont besoin pour prouver le préjudice subi. Elle prévoit notamment la possibilité pour les juridictions nationales d'enjoindre au défendeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes, dès lors que le demandeur justifie d'allégations suffisamment plausibles (Article 5 Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *JOUE*, n° L 349, 5 décembre 2014). Or, l'avis de l'Autorité de la concurrence, dont le contenu contribue à décrire la position dominante d'une société, apparaît comme un soutien de poids aux allégations de la victime pour ouvrir la procédure de production de la preuve précisément.

³⁴⁹ M. De DROUAS, E. DURAND et P. HUBERT, « L'Autorité de la concurrence, un an après : points de vue d'usagers », art. cit., p. 42.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Voir : M. DESCHAMPS, « L'autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative, disposer de toutes libertés? Retour sur l'avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 portant sur la distribution alimentaire à Paris », art. cit.

³⁵² Par exemple, l'Autorité de la concurrence a réclamé dans son avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris l'octroi à son profit d'un pouvoir d'injonction « structurel » lui permettant d'intervenir directement sur les structures du marché en l'absence de pratique anticoncurrentielle décelée. Cette proposition partait du constat fait par l'Autorité qu'elle ne peut pas contraindre le pouvoir de marché détenu par une société sur le marché donné, car elle ne dispose pas du pouvoir de contraindre une entreprise dominante de procéder à des « cessions d'actifs », c'est-à-dire à des cessions de points de vente. En l'état du droit positif, l'Autorité de la concurrence ne peut agir que sur les opérations de croissance externe et non sur les opérations de croissance interne (résultant de l'ouverture de nouveaux magasins ou de l'affiliation de nouveaux distributeurs). Les seuls pouvoirs d'injonction structurelle prévus par le droit positif sont ou trop restrictifs (l'article L752-26 du Code de commerce, en l'état actuel, suppose un abus de position dominante, qui persiste, malgré injonction et sanction pécuniaire), ou d'application circonscrite à l'outre-mer (article L752-27

peu de chance que l’Autorité, dans le cadre d’une saisine ou auto-saisine contentieuse, ne change de conclusions quant à la situation du groupe dont les pratiques ont été qualifiées dans l’avis.

1032. En définitive, l’effacement des frontières entre démarche consultative et contentieuse fait que l’on est amené à s’interroger plus sérieusement en ce qui concerne les garanties attachées à l’exercice parallèle d’une magistrature d’influence et de pouvoirs de sanction. En effet, c’est sous l’angle des principes d’indépendance et d’impartialité découlant de l’article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l’homme et de l’article 16 de la déclaration de 1789 que le dispositif de l’Autorité de la concurrence doit être évalué. En l’occurrence, si l’on observe la mise en place de bonnes pratiques au sein de l’Autorité de la concurrence tendant, notamment, à permettre aux entreprises de faire valoir leur point de vue³⁵³, leur caractère non systématique et informel conduit à considérer que le pouvoir d’avis de l’Autorité n’est pas assorti des garanties attachées aux droits de la défense et du procès dès lors que l’avis fera l’objet d’une reprise à l’occasion d’une procédure de contrôle ou d’une procédure contentieuse³⁵⁴.

1033. L’Autorité oscille dès lors, même si elle s’en défend, entre la veille informative et la pré-enquête, entre la recherche d’un indice et l’examen détaillé du non-respect des dispositions luttant contre les pratiques anti-concurrentielles³⁵⁵.

du Code de commerce, introduit par le loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, dite « loi Lurel »). Des auteurs ont vu à juste titre dans cette suggestion une tentative de « recomposition autoritaire du tissu économique français » (D. BOSCO, « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l’injonction structurelle », *CCC*, mars 2012, 3, repère 3). Voir : A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Injonction structurelle : le retour de l’abus de structure quarante ans après Continental Can? », *D*, août 2015, n° 29, p. 1649-1650 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « L’injonction structurelle et le projet de loi Macron », *D*, mars 2015, n° 12, p. 690.

³⁵³ Cf. P1. T2. Ch1. Sect.3 § 2 ; voir aussi : M. De DROUAS, P. HUBERT et C. FAURANT, « Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l’Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2011, n° 3, p. 230-234.

³⁵⁴ D. PRIoux et P. WILHELM, « Nouveau regard sur le régime contentieux des avis de l’Autorité de la concurrence », art. cit., p. 8.

³⁵⁵ Pour pallier ce risque de pré-jugement, seule la distinction de l’habilitation du recueil de l’information de celle de l’instruction dans le cadre d’une enquête devrait permettre le respect du principe d’impartialité. Dans la mesure où l’Autorité se prononce sur les pratiques d’un opérateur, le recueil de l’expertise doit être confiée à des personnes qui n’aurait pas connaissance ultérieurement de l’affaire dans le cas de l’ouverture d’une enquête. La distinction des fondements permet d’obvier au risque de partialité dans le cas où le collègue viendrait à se positionner quant aux pratiques d’un opérateur. En effet, le respect du principe d’impartialité n’est respecté que si les agents des services d’instruction de l’Autorité qui mènent l’enquête dans le cas d’une procédure de manquement n’ont participé d’aucune manière à l’instruction de l’avis en question.

Conclusion du titre 2

1034. En définitive, l'étude de la magistrature d'influence dans le cadre de la réglementation administrative ou du contrôle révèle de nombreuses équivoques quant au rôle que les autorités tiennent et, par conséquent, quant à la portée juridique précise de leur action. Ces équivoques sont principalement le résultat des hésitations du législateur quant au choix du type de régulation : dure (juridique), douce (recommandation) ou souple (cumul des pouvoirs)³⁵⁶.

1035. Il n'est pas question d'affirmer ici que les instruments liés à l'exercice d'une magistrature d'influence sont incompatibles avec l'exercice de compétences décisionnelles. Ce serait contradictoire avec l'esprit de souplesse qui gouverne la catégorie des AAI. Toutefois, les recours contentieux dirigés contre les actes à visée recommandationnelle des AAI révèlent parfois l'attribution insuffisante des compétences au regard des missions qui leur sont conférées. Par exemple, la faible importance des compétences réglementaire dans la panoplie de leurs compétences représente souvent un défi aux autorités indépendantes dans la régulation des secteurs économiques. Les actes à visée recommandationnelle, utilisés en lieu et place d'un acte réglementaire, acquièrent le plus souvent, pour leur destinataire, une force impérative qui dépasse leur nature ; et ce, sans que les garanties attachées à l'acte réglementaire ne trouvent à s'appliquer. Là encore, ces observations ne consistent pas à remettre en question l'intérêt des recommandations ou des avis comme instruments d'accompagnement d'une fonction de réglementation ou de contrôle, ce qui reviendrait à préconiser leur interdiction, mais de constater que l'attribution de compétences à l'aune des missions, ou la clarification du rôle qu'est amené à jouer l'autorité en question, s'avère une étape essentielle dans l'établissement d'un organe de régulation. En la matière, les considérations d'opportunité prennent souvent le pas sur les exigences de la légalité ou la cohérence juridique.

1036. D'autre part, le renforcement de l'influence par l'attribution de compétences coercitives telles que le pouvoir d'injonction a pour conséquence de renvoyer la « régulation sans contrainte »³⁵⁷ au statut d'objet idéalisé. L'accroissement des pouvoirs de contrainte ou l'exercice parallèle d'attributions consultatives et de compétences coercitives change la nature de l'institution. Nous rejoignons sur ce point, Nicole DECOOPMAN lorsqu'elle considère que cet accroissement « marque la faillite de l'institution : l'exercice d'une magistrature morale, d'un

³⁵⁶ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 277.

³⁵⁷ M.-J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 116.

pouvoir d'influence fait place à un pouvoir de police »³⁵⁸ ou à un pouvoir juridictionnel. Cette dynamique « conduit tout simplement à réintégrer les autorités administratives indépendantes dans l'appareil de l'État, ces instances ne servant que d'écran commode à l'intervention de l'État »³⁵⁹. Le thème de la réintégration, que l'on retrouve régulièrement en référence à une augmentation des compétences répressives des AAI, conduit à s'interroger sur les liens et correspondances entre les différents mécanismes de régulation (besoin de spécialisation des juges par exemple). En définitive, la tentative de singularisation de la fonction de régulation et le constat de la substitution inopportune de celle-ci à des fonctions administratives classiques expliquent, nous semble-t-il, certains processus de requalification intellectuelle et juridique de l'action des AAI³⁶⁰ ; remettant en question les formules lapidaires telles que « réguler n'est pas administrer » ou encore « réguler n'est pas juger »³⁶¹.

³⁵⁸ N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation », art. cit., p. 97.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ S. TRAORÉ, « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », art. cit., p. 5.

³⁶¹ P. QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, p. 1060.

Conclusion de la troisième partie

1037. L'étude des usages de la magistrature d'influence révèle deux tendances. D'abord, les autorités s'inscrivent dans des politiques de promotion de droits, visant à assurer leur effectivité. Elles constituent ainsi une réponse, parmi d'autres, à la complexification des référentiels normatifs sous l'effet notamment d'une internationalisation de certaines politiques publiques. Dans ce cadre, les AAI occupent un rôle de mise en cohérence, de concrétisation ou encore de conciliation des droits. Les AAI sont des institutions qui contribuent à faire exister ou à rendre publiques des « questions » (les droit fondamentaux, la lutte contre les discriminations, les nuisances sonores, etc.). Pour ce faire, elles développent des stratégies de légitimation auprès de l'ensemble des autorités normatives (législateur, gouvernement, juge). En témoigne l'attitude de l'Autorité de la concurrence qui, à travers l'exercice de la faculté d'émettre des avis et des recommandations, se fait « l'avocat de la concurrence » auprès des acteurs publics et des décideurs économiques et, pour ce faire, exerce un rôle de conseil et d'alerte. L'influence que les autorités exercent, dans ce cas, doit néanmoins respecter les contraintes juridiques attachées à la particularité des autorités normatives.

1038. Ensuite, la magistrature d'influence ne s'identifie pas uniquement aux institutions qui la mobilisent. En tant que méthode, elle renvoie à l'ensemble des instruments non contraignants susceptibles de remplir une fonction juridique. À cet égard, la magistrature d'influence s'inscrit dans une recherche de nouvelles formes de régulation, moins contraignantes, et manifeste parfois l'incapacité du droit à réguler certains rapports sociaux. Toutefois, elle apparaît limitée lorsque ce procédé se heurte à l'incapacité de substituer aux mécanismes répressifs et réglementaires. Néanmoins, on observe que la magistrature d'influence peut être mobilisée dans une visée équivalente à la réglementation (les recommandations-réglementations). Ce qui, selon les usages et les compétences des AAI, présente des risques quant à la sécurité juridique.

CONCLUSION GENERALE

1039. Arrivé au terme de ces développements, il importe de rappeler la démarche générale et de souligner les principaux enseignements de cette recherche sur la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes (AAI). Les apports qui se dégagent de cette étude concernent non seulement les enjeux propres au sujet – les significations juridiques de l'institutionnalisation d'un mode spécifique d'exercice du pouvoir –, mais également la manière d'appréhender un sujet dont les caractéristiques interrogent la fonction même du droit « conçue de façon idéal-typique comme celle du commandement ou de l'imposition dans les systèmes juridiques »¹.

1040. La prolifération des conseils, des propositions, des prises de position des autorités administratives indépendantes, ainsi que leur diffusion, ont conduit à porter une attention particulière sur l'évolution de leurs attributions consultatives et, plus largement, sur les caractéristiques des dispositifs de persuasion en droit. Toutefois, une méthode fondée sur la seule observation systématique du droit positif est apparue limitée. En effet, des dispositions législatives et réglementaires incomplètes, combinées à une jurisprudence incertaine et encore peu fournie, faisaient courir le risque de rester à la surface des choses. Le souci d'éviter une approche susceptible de figer l'objet d'étude a conduit à s'interroger spécifiquement sur l'angle pertinent pour saisir l'influence des AAI. Plutôt que de privilégier une approche en particulier, il est apparu essentiel d'articuler les différentes approches classiques en droit – fonctionnelle, normative, théorique et contentieuse – à un aspect de la question peu étudié en droit : la relation de pouvoir. La démarche entreprise consistait donc à aborder les différents éléments juridiques des dispositifs de persuasion à l'aune des multiples configurations de la relation entre celui qui commande ou recommande et celui qui obéit ou adhère. Sans aller jusqu'à soutenir que les analyses sur le pouvoir sont absentes des recherches en droit², il convenait de constater que la réalité sociologique ou politique du pouvoir ne retient pas suffisamment l'attention lorsqu'il s'agit d'appréhender des procédés dont la portée diffère de la contrainte légale traditionnelle.

¹ J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015, p. 28-29.

² Sur ce point : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985. Voir également : K. GRÉVIN-LEMERCIER, « La dualité du pouvoir en droit privé » dans J. BIRNBAUM (dir.), *Où est le pouvoir ?*, Paris, Gallimard, 2016, p. 117-130.

1041. À ce stade, la locution de « magistrature d'influence » s'est imposée comme la plus pertinente en ce qu'elle présentait toutes les qualités permettant de saisir un phénomène complexe et diffus, en voie d'institutionnalisation, mais non réductible à une manifestation particulière – formelle, semi-formelle ou formalisée – du pouvoir d'influence. En effet, cette locution n'a pas vocation à désigner une fonction juridique ou politique en particulier, ni n'est réductible à un acte ou un instrument spécifique : elle désigne une charge publique *lato sensu* dont le principe d'action consiste à exercer un pouvoir sur une personne de manière non coercitive. L'absence de référence à un aspect donné de la science juridique reflétait la conviction que cette étude juridique de l'influence des AAI ne pouvait tenir tout entière dans une redéfinition de la norme juridique seule, dans la caractérisation d'une fonction singulière – la régulation – ou encore dans une étude limitée au renouvellement des actes juridiques qui n'en sont *in fine* que l'expression intermédiaire. Cette position se fondait sur l'intuition, désormais confirmée à l'issue de ce travail, que l'intégration de considérations tenant à la notion de pouvoir était indispensable pour comprendre tant l'agencement des pouvoirs des AAI que la diversité des instruments attachés aux nouveaux modes de régulation des conduites.

1042. Ce travail impliquait un préalable délicat : la notion de magistrature d'influence fait référence à un office qui ne relève pas *a priori* du droit. Il était donc indispensable d'en préciser le sens, afin de délimiter le périmètre de l'étude. À l'instar d'autres concepts devenus juridiques, la magistrature d'influence a nécessité un effort de construction afin de passer d'une notion relative – susceptible de recouvrir des situations variées et remplir des fonctions contradictoires au gré des auteurs – à un concept juridique utile à l'étude de l'ensemble des procédés de persuasion. C'est à partir des caractéristiques de la relation de pouvoir, tel qu'elles résultent des travaux de sociologie des organisations notamment, que la magistrature d'influence a pu être définie. Dans ce schéma, la caractérisation d'une magistrature d'influence impliquait une démarche en deux temps. En effet, qu'il soit d'injonction ou d'influence, l'exercice d'un pouvoir s'apprécie d'abord par l'identification de ses sources – sa légitimité et ses fondements – avant d'envisager l'étude de ses ressources – ses moyens. Dès lors, le positionnement des AAI dans le système des institutions, ainsi que les manifestations non contraignantes de leur activité de régulation correspondent à des aspects certes distincts, mais irrémédiablement complémentaires, et dont l'ensemble constitue précisément la magistrature d'influence. C'est donc à partir de l'ensemble de ces éléments, sans qu'aucun ne puisse être considéré comme négligeable par rapport à l'autre, qu'il a été possible de parvenir, sinon à une définition fixe et

définitive de la magistrature d'influence en droit, du moins à la détermination de critères d'identification de celle-ci.

1043. À l'issue de ce travail, une définition précise en droit public peut être proposée : la magistrature d'influence est l'office exercé par une institution indépendante qui poursuit un intérêt public spécifique et dont les moyens mis en œuvre pour le promouvoir excluent par principe l'usage de la contrainte.

1044. Une fois ce cadre posé, les apports de l'étude sont apparus nombreux. D'abord, elle a permis de mettre en lumière les limites des analyses strictement positivistes, c'est-à-dire lorsqu'une analyse formelle ne permet pas de faire apparaître la rupture de cohérence qui peut exister entre les faits et le droit, ni de comprendre l'institutionnalisation d'un mode spécifique d'exercice du pouvoir. Ainsi, l'accent mis dans la première partie sur l'indépendance comme source principale de l'influence des AAI, qu'il s'agisse tant de l'indépendance d'esprit comme condition d'un magistère moral que de l'indépendance d'action comme condition d'une capacité d'influence, a surtout consisté à replacer les caractéristiques et la portée de celle-ci dans le contexte plus général du désordre des statuts des AAI. Leur indépendance juridique, tant à l'égard du pouvoir politique que des acteurs du secteur qu'elle régule, devait être évaluée, dans ce cas, en tenant compte de la place que cette indépendance occupe dans le processus de légitimation de l'autorité des AAI. C'est dans cette perspective notamment qu'a été menée l'analyse des nombreuses adaptations de leur statut juridique, de la reformulation quasi-permanente des règles juridiques ou des bonnes pratiques relatives à leur organisation et à leurs membres. Il en a résulté, sans surprise, que la source de leur influence réside moins dans l'indépendance juridique, qui tient lieu de fondement à leur statut commun, que dans le maintien d'une croyance dans l'indépendance d'esprit de leurs membres. Ainsi, constater qu'il existe une pratique qui revient à contourner le principe juridique de non-renouvellement du mandat à la présidence d'une AAI n'implique pas nécessairement de conclure à un affaiblissement de la magistrature d'influence de l'autorité concernée.

1045. Cette thèse a également contribué à la redéfinition de certaines notions. Sur ce point, le recueil et la diffusion de l'information par les AAI offrent une illustration concrète du caractère labile des frontières qui existent entre dispositif d'influence et véritable pouvoir d'injonction. La pratique qui vise à mobiliser l'opinion publique ou une opinion sectorielle peut s'avérer d'une redoutable efficacité. D'abord, l'observation des pratiques de diffusion et la multitude d'instruments communicationnels mobilisée par les autorités a conduit à poser et vérifier l'hypothèse selon laquelle le degré d'influence des autorités, dans un domaine ou secteur

soumis à leur surveillance, dépend largement de la crédibilité de l'information qu'elles recueillent, agencent, interprètent et, le cas échéant, diffusent. Néanmoins, la diffusion de l'information par les autorités a posé plus de difficultés quant à sa caractérisation, ce qui s'explique par la grande variété des usages et de la radicalité de certains : livrer un comportement à la vindicte populaire constitue-t-il un simple moyen de pression ou est-ce déjà une sanction dont le juge peut contrôler les modalités d'expression et les effets ? La réponse est nuancée, même si le constat est celui que les effets de la diffusion peuvent, au regard de l'intention de l'autorité et l'intensité des effets, sortir *de facto* du cadre de l'exercice d'une magistrature d'influence. En effet, la contrainte morale que subit l'individu stigmatisé, par exemple, remet en question le caractère opératoire de la distinction entre la simple pression et la sanction, entre la diffusion comme incitation ou comme punition. En tant que moyen d'action qui joue sur l'atteinte à la réputation, le pouvoir de stigmatisation est susceptible de produire des effets qui se rapprochent de ceux d'une sanction telle que définie en droit administratif, alors même que les pratiques de stigmatisation des autorités ne répondent que très rarement à la définition d'une sanction administrative (l'intention de punir manque le plus souvent). En tout état de cause, il existe une contradiction flagrante entre une analyse juridique qui vante la souplesse de dispositifs non contraignants de diffusion de l'information et la domination - certes non légale - qui en résulte parfois et qui oblige le plus souvent le législateur à y appliquer, sous certaines conditions, un régime procédural proche de celui des sanctions administratives (principe du contradictoire). De plus, au stade du recueil de l'information, la collecte des données nécessite des compétences effectives qui tranchent également avec l'idée de souplesse que l'on associe généralement à l'exercice semi-formalisé d'une magistrature d'influence.

1046. Ensuite, il a été privilégié une approche dynamique du procédé recommandationnel qui a consisté, là encore, à tenir compte de tous les déterminants de la relation de pouvoir. Cela devait permettre d'appréhender la portée concrète de l'influence des AAI. Ainsi, le constat d'un déséquilibre dans la relation entre le destinataire et le destinataire de la norme remettait en question l'idéal de dialogue inhérent à la démarche recommandationnel ; ce qui invitait à ne pas centrer uniquement l'analyse sur la normativité intrinsèque du dispositif, mais plutôt à s'intéresser aux ressources mobilisées par les autorités pour influencer efficacement sur le comportement du destinataire de la norme. Or, sur ce point, la démarche adoptée se devait d'être particulièrement rigoureuse en raison d'un contexte de renouvellement de la théorie des normes juridiques. En effet, que ce soit les travaux universitaires ou les productions doctrinales du Conseil d'État, il existe actuellement une tendance doctrinale qui consiste à interroger

frontalement la définition de la norme juridique en tenant compte des manifestations normatives de pratiques de pouvoir non coercitives. Toutefois, s'en tenir à une approche strictement normative de ce phénomène aurait conduit, selon nous, à n'envisager l'étude du pouvoir d'influence des AAI qu'à travers la norme dite « recommandationnelle ». Or les premières analyses de la jurisprudence sur ce point ont montré que l'efficacité du procédé recommandationnel ne résidait pas dans la recommandation en elle-même en tant que norme, mais dans une série de conditions entourant celle-ci dénotant notamment son caractère recommandationnel (l'absence d'obligations juridiques ; la méthodologie d'élaboration des recommandations ; la qualité et la probité des membres de l'autorité ; etc.). Il fallait donc trouver la bonne distance afin de refléter, avec précision, la réalité du pouvoir exercé dès lors qu'il ne s'appuie plus sur la contrainte légale. Sur ce point, certaines théories issues des sciences politiques et de la linguistique sont apparues pertinentes afin de discuter et mettre en perspective l'analyse juridique de ce phénomène normatif. Elles ont permis de relativiser l'artificialité de certaines représentations juridiques de la relation entre les autorités émettrices de la norme recommandationnelle et leurs destinataires et qui consistent à ne l'appréhender en définitive que sous l'angle des principes et des idées. Cette approche des procédés d'influence opère, de façon heureuse, un déplacement du débat sur leur juridicité à celui portant sur les conditions extra-juridiques d'émission et de réception d'une norme non impérative ; elle renferme ainsi une importante potentialité explicative du droit positif en opérant notamment une clarification des enjeux autour des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé à l'encontre des actes non décisifs.

1047. L'existence d'une forme particulière de conseil, qui n'a cessé de se renforcer et de développer ses effets à travers notamment ce qu'il est convenu de nommer l'acte de recommandation, ne devait pas conduire à la systématisation de ce phénomène à travers l'étude d'un instrument normatif singulier. En effet, à force d'efforts d'abstraction, cette lecture risquait d'éloigner l'étude progressivement de la réalité observée pour ne devenir qu'une théorie juridique incertaine de la recommandation, et ce distincte de celle des avis et des propositions notamment. De plus, le développement des instruments incitatifs rendait désuète une telle étude. La présence des obligations procédurales ainsi que des labels dans la panoplie des instruments de la magistrature d'influence des AAI a confirmé l'idée selon laquelle l'essentiel de cet office ne réside pas dans la nature invitative de ses instruments - c'est-à-dire dans le dialogue égal entre les différents acteurs de la relation -, mais uniquement dans l'absence de contrainte objective pesant sur la liberté d'adhésion du destinataire. L'étude des instruments nécessaires à

l'exercice d'une influence a ainsi permis d'en souligner l'impressionnante variété ainsi que leur inscription, parfois incertaine, dans des stratégies de persuasion. Elle a également abouti à identifier un critère pertinent permettant de distinguer deux catégories d'instruments normatifs – recommandationnels ou incitatifs – mobilisés par les AAI dans le cadre de leur magistrature d'influence. Cette distinction s'opère selon qu'il existe ou non un lien juridique qui naît entre le destinataire et le destinataire de la norme. Dans ce schéma, un instrument est dit incitatif, et non recommandationnel, dès lors que le destinataire ou le destinataire est « obligé » juridiquement à accomplir un comportement déterminé (fournir un avantage, répondre dans un délai déterminé, etc.) qui n'est pas celui objet de la recommandation.

1048. L'autre apport de cette étude tient dans l'analyse de la formalisation des procédés attachés à l'exercice d'une magistrature d'influence. Le constat de l'établissement d'une réglementation de son exercice, même si celle-ci demeure sommaire, contredit l'approche normative dominante qui insiste généralement sur la souplesse de ces instruments en ce qu'ils produiraient un effet similaire à celui d'un acte juridique impératif et bénéficieraient d'un privilège de non-formalisme. L'influence de l'expertise des AAI, même si elle est « douce », n'en appelle pas moins un encadrement adapté. Cette observation reflète un besoin accru de légitimation de l'exercice du pouvoir, qu'il soit d'influence ou d'injonction. Cet encadrement repose d'abord sur l'accroissement des habilitations législatives. Leur nombre reflète la prise de conscience du législateur quant aux effets d'un tel office et de la nécessité d'en organiser l'exercice. On a néanmoins pu constater que cette formalisation ne constitue que très partiellement un accroissement des garanties au bénéfice des administrés ; elle constitue essentiellement un modèle d'action pour les autorités. Par exemple, le législateur ne prévoit pas toujours l'obligation pour l'autorité de recueillir les observations de toute personne susceptible d'être intéressée avant d'émettre un avis ou une recommandation sur un sujet général. Toutefois, lorsque l'avis porte sur une situation individuelle ou sur un cas concret, même sans consécration législative, l'obligation résulte de l'application du principe général des droits de la défense. À cet égard, l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre certains actes d'influence, loin d'être une garantie suffisante contre les excès du pouvoir d'influence, manifeste également un besoin de normalisation de cet office. Si celui-ci peut s'exprimer à travers une série d'actes informels ou semi-formalisés, le juge a néanmoins été appelé à en vérifier la légalité par une évolution de son interprétation de l'acte juridique et de son contrôle. L'analyse du contentieux relatif aux actes d'influence (recommandation, avis, communiqué, etc.) et de certaines décisions relatives aux ressources de l'influence (décision de publication

notamment) a donc permis de réceptionner les effets d'une magistrature d'influence et d'en encadrer, de façon parcimonieuse, l'exercice. Les deux affaires jugées le même jour – *Fairvesta* et *Numericable* – à l'occasion desquelles le Conseil d'État a montré qu'il peut encore instrumentaliser la recevabilité, les cas d'ouverture afin de saisir toute illégalité, quelle que soit sa manifestation, ont montré le caractère évolutif et sensible de cette question. En ce sens, ces affaires participent nécessairement à la définition juridique de la magistrature d'influence.

1049. Il ressort de ces développements que la magistrature d'influence est désormais une pratique de gouvernement normalisée³. Qu'il s'agisse d'une manifestation informelle ou semi-formalisée, voire répondant à un formalisme équivalent à celui d'une norme juridique, cet office n'est plus relégué aux marges de l'analyse juridique, mais constitue, à travers le cas des autorités administratives indépendantes notamment, un objet à part entière d'étude en droit. Mais c'est surtout à l'aune des missions assignées aux AAI par le législateur que cette normalisation des procédés d'influence doit être appréciée. Les activités non contraignantes des autorités ne sont pas réductibles à une fonction ou à une technique de direction des conduites en particulier. Les autorités exercent une influence via l'émission d'avis, de propositions ou de recommandations dans le cadre de plusieurs activités distinctes et selon des stratégies différentes, et ce qu'il s'agisse de l'expertise, de la promotion d'un droit, d'une opération de contrôle, dans le cadre général d'une mission de régulation ou encore, parfois, d'une mission de réglementation. Replaçant la magistrature d'influence dans la dynamique plus générale des fonctions du droit, son instrumentalisation au regard d'objectifs déterminés par les pouvoirs publics s'articule autour de deux idées : la magistrature d'influence est d'abord et surtout la charge d'une institution porteuse d'un intérêt public propre qu'elle est amenée à promouvoir auprès des pouvoirs publics et des particuliers (activité consultative *lato sensu*) ; mais, elle constitue également une méthode de la régulation contemporaine susceptible d'en renforcer l'efficacité. En effet, l'extension ou la transformation du rôle de l'État (régulateur plutôt qu'interventionniste) va de pair avec une adaptation des fonctions traditionnelles de l'administration, tant au regard de la structure que des méthodes, et ce afin de répondre aux attentes supposées du corps social. Pour couvrir des domaines d'intervention sans cesse renouvelés et jugés plus complexes, les réglementations ou les procédures répressives sont précédées, supplées voire, parfois, concurrencées par l'édition de normes recommandationnelles et incitatives qui interrogent en définitive l'approche fonctionnelle du

³ P. LASCOUMES et L. SIMARD, « L'action publique au prisme de ses instruments. Introduction », *Revue française de science politique*, 2011/1, vol. 61, p.

droit. Cette superposition de différents types de régulation ne va pas sans générer certaines confusions qui devraient, en toute logique, conduire à quelques réajustements. En effet, l'énoncé d'une recommandation peut susciter des doutes quant à sa nature invitative dès lors qu'elle ne remplit plus une fonction de conseil ou éthique, mais s'appréhende *in situ* comme remplissant une fonction équivalente à celle d'un acte réglementaire. Cette situation conduit, dans le meilleur des cas, à une requalification de celle-ci par le juge, afin d'imposer à l'autorité émettrice le respect de la distribution des compétences par le législateur ou, le cas échéant, le respect des règles d'édition d'un acte réglementaire. On peut appliquer un raisonnement similaire aux recommandations qui remplissent une fonction équivalente à celle d'une mise en demeure.

1050. En définitive, la recherche entreprise ici sur les singularités juridiques de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes a notamment consisté à souligner la pertinence de conserver le critère de l'« obligatorité »⁴ pour déterminer si une norme est juridique. Elle a également permis de démontrer que l'objectif de souplesse, censé guider tant la « régulation sans contrainte » que la régulation par le cumul des pouvoirs, est plus une revendication - satisfaite le plus souvent - qu'une justification pertinente de l'usage de pratiques de persuasion en lieu et place d'une régulation juridique impérative. De plus, l'usage de ce qualificatif tend à masquer les logiques contradictoires qui existent - et qui sont difficilement conciliables - entre les objectifs de la régulation et les intérêts des acteurs du secteur concerné. Ainsi, si l'on s'en tient à la jurisprudence du Conseil d'État, cette souplesse bénéficie moins aux acteurs du secteur régulés qu'aux « Régulateurs » eux-mêmes. En effet, ceux-ci évoluent désormais dans un formalisme procédural allégé pour remplir des fonctions administratives classiques (fonction de réglementation par exemple). Certes, le développement de ces outils s'inscrit dans une recherche de nouvelles formes de régulation, moins contraignantes, comme une réponse parfois à l'inadaptation des règles impératives à réguler certains rapports sociaux ; toutefois il est permis de soutenir, au vu des conclusions de cette recherche, que ce ne sont pas les instruments qui apportent de la souplesse à la réalisation des missions, mais bien le « Régulateur » lui-même. Dès lors qu'il est indépendant, qu'il dispose des moyens nécessaires et des pouvoirs adéquats à ses missions, qu'il est spécialisé et qu'il a une connaissance fine du domaine concerné, il opère alors une régulation concrète et adaptée aux enjeux du secteur

⁴ Paul AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LDGJ, 1964, p. 275.

particulier qu'il régule. D'ailleurs, à ce niveau de l'analyse, il importe peu qu'il s'agisse du juge, d'une autorité indépendante ou d'un ministère.

1051. Enfin, et de façon plus générale, cette étude s'inscrit, à sa manière, dans le prolongement des travaux qui, dans un contexte de renouvellement de l'action publique et de ses instruments, soutiennent que les analyses sur les transformations du droit et de ses institutions ne peuvent être développées dans l'ignorance de la constitution sociale du droit, c'est-à-dire « sans que soit effectué un détour par une observation systématique des mutations des sociétés »⁵. Or, il faut bien admettre que dans la plupart des études de droit, les théories critiques de l'action publique et les réflexions propres à la sociologie politique ne servent que de toile de fond à une critique du droit positif. Le modèle du droit moderne est pénétré depuis plusieurs décennies maintenant par des logiques nouvelles et extérieures, sans nécessairement perdre du terrain. Pour comprendre la portée de ces évolutions, il faut dépasser cet « acharnement à penser le droit hors de ses conditions sociales de production et de fonctionnement, à considérer pour lui-même l'univers des formes juridiques sans jamais y faire entrer d'autres acteurs que les mots et les idées »⁶. Pour ce faire, on aimerait s'inspirer de la démarche de Charles-Albert MORAND qui a, pour son étude sur le droit néo-moderne des politiques publiques⁷, pris « plus spécialement pour interlocuteurs les juristes de droit public et les sociologues. Ceux-là mêmes dont, à ses yeux, il faudrait croiser les savoirs pour élaborer une authentique théorie du droit à l'âge des politiques publiques »⁸.

⁵ J. COMMAILLE, *op. cit.*, p. 15.

⁶ J. CAILLOSSE, « Quand l'analyse des politiques publiques se déplace du côté "droit" », Morand C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et Société », 1999 dans *Droit et Société*, n° 42-43, 1999, Justice et Politique (II), p. 515.

⁷ C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et Société », Paris, LGDJ, 1999, 224 p.

⁸ J. CAILLOSSE, *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

I – TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIALISÉS

- ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2010.
- AUBY J.-M. et DRAGO R., *Traité des recours en matière administrative*, Paris, LITEC, 1992.
- BARTHELEMY J., *Précis de droit public*, Paris, Dalloz, 2006.
- BONICHOT J.-C., CASSIA P. et POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007.
- BROYELLE C., *Contentieux administratif*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2015.
- BURDEAU G., *Les libertés publiques*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1966.
- CHABANOL D., *La pratique du contentieux administratif*, 8^e éd., Paris, LexisNexis Litec, 2009.
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2006 ; *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, 2 vol.
- CHÉROT J.-Y., *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007.
- COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 10^e éd., Paris, France, Montchrestien-Lextenso, 2012.
- COURRÈGES A. et DAËL S., *Contentieux administratif*, 4^e éd., Paris, PUF, 2013.
- DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, 3^e éd., Paris, PUF, 2011.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel. La règle de droit, le problème de l'Etat*, 3^e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, vol.1 ; *Traité de droit constitutionnel. Les libertés publiques*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1925, vol.5 ; *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'Etat*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1921, vol. 4.
- EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1983, 2 vol.
- ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001.
- FEUER G. et CASSAN H., *Droit international du développement*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1991.
- FRIER P.-L. et PETIT J., *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, LGDJ Lextenso, 2013.
- FRISON-ROCHE M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, Paris, PUF, 2011.
- GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA P. (dir), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011.
- GUETTIER C., *Institutions administratives*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2015.
- GUYOMAR M. et SEILLER B., *Contentieux administratif*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2002 .

COSTA J.-P., *Les libertés publiques en France et dans le monde*, Paris, Sciences et techniques humaines, 1986.

LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BRACONNIER S. et DEFFIGIER C., *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, Presses universitaires de France, 2010.

LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux (1888)*, 1^{re} éd., Paris, L.G.D.J., 1989, vol. II/II.

LAUBADÈRE A. de et GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif. Tome 1, Droit administratif général : l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs*, 16^e éd., 2001, LGDJ, vol. 1/5.

LAZERGES C. (dir.), *Les grands avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016.

LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, 8e éd., Paris, Armand Colin, 2009.

LEGRAND P., *Le droit comparé*, 4^e éd., Paris, PUF, 2011.

LOMBARD M., DUMONT G. et SIRINELLI J., *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2015

LONG M., BRAIBANT G., DELVOLVE P. et GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

MORANGE J., *Les libertés publiques*, 8e éd., Paris, PUF, 2007, 127 p. ; *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 2007.

NICINSKI S., *Droit public des affaires*, 4^e éd., Paris, LGDJ Lextenso, 2014.

OBERDORFF H. et KANA N., *Les institutions administratives*, 7^e éd., Paris, SIREY, 2013.

ODENT R., *Contentieux administratif*, Paris, Les Cours de droit, 1979.

REGOURD S., *Droit de la communication audiovisuelle*, Paris, PUF, 2001.

RIVÉRO J., *Les libertés publiques*, 8e éd., Paris, PUF, 1997, vol. 1.

RIVÉRO J. et WALINE J., *Droit administratif*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2006.

ROULAND N., *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8^e éd., 2008.

SEILLER B., *Droit administratif - l'action administrative*, 3^e éd., Paris, Flammarion, 2010 ; *Droit administratif - les sources et le juge*, 3^e éd., Paris, Flammarion, 2010.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011.

SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., GONZALEZ G., MILANO L. et SURREL H., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7^e éd., Paris, PUF, 2015.

TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996.

TRUCHET D., *Droit administratif*, 5^e éd., Paris, PUF, 2013.

VAUPLANE H. de et B. J.-P., *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 2001.

WACHSMANN P., *Libertés publiques*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

WALINE J., *Droit administratif*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

WALINE M., *Traité de droit administratif*, 8^e éd., Paris, SIREY.

- WEIL P. et POUYAUD D., *Le droit administratif*, 24^e éd., Paris, PUF, 2013.
- ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, PUF, 2011.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5^e éd., Paris, PUF, 1999, 2 vol.
- SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

II – Monographies et ouvrages collectifs

1. Monographies en langue française

- AMSELEK P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LDGJ, 1964 ; *Chemineurs philosophiques, dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2012.
- ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, 1998.
- Association Henri Capitant. Journées nationales, *Le droit souple, journées nationales*, Paris, Dalloz, 2009.
- ASSOULY J., *Morale ou finance ? La déontologie dans les pratiques financières*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.
- ATIAS C., *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985.
- AVRIL P., *Le régime politique de la Ve République*, Paris, LGDJ, 1964.
- AVRIL P., GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit parlementaire*, 5^e éd., Paris, Lextenso, 2014.
- BÉCHILLON D. de, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Paris, Odile Jacob, 1997.
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Louvain, Bruylant, 1998.
- BONNEAU T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.
- BOUSTA R., *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- BRAIBANT G., ŁĘTOWSKI J. et WIENER C. (dir.), *Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest*, Paris, France, Editions du CNRS, 1985.
- BRUNET F., *La normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012.
- CAILLOSSE J., *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris, PUF, 2008.
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2003.

- CARTUYVELS Y., DUMONT H., GÉRARD P., OST F., HACHEZ I. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2012, vol. 4.
- CASHIN RITAINE E. et ARNAUD E. (dir.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Bruxelles Genève, Bruylant, 2009.
- CHAINAIS C. et LASZLO-FENOUILLET D. (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2012.
- CHAMPEIL-DESPLATS V. et LOCHAK D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2008 ; *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2011.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2008.
- CLAM J. et MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Maison des sciences de l'homme : Réseau européen Droit et société, LGDJ, 1998.
- CLIQUENNOIS M. et LASCOMBE M., *Les directives : approche d'un terme juridique palingénésique*, Paris, PUF, 1980.
- DECOOPMAN N. (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes : l'exemple du secteur économique et financier*, Paris, PUF, 2002, 212 p.
- DELAUNAY B., *Le Médiateur de la République*, Paris, PUF, 1999.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit : pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, vol. 2/4 ; *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004 ; *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004.
- DELVOLVÉ P., *L'acte administratif : extrait du répertoire de contentieux administratif Dalloz*, Paris, Sirey, 1983.
- DUBOUT E. et TOUZÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, éditions A. Pédone, 2010.
- DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État : conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Félix Alcan, 1908, 165 p. ; *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.
- DU MARAIS B., *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.
- FAVOREU L. et PHILIP L. (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013.
- GAUDEMET J., *Les gouvernants à Rome. Essais de droit public romain*, 195^e éd., Naples, Jovene Editore, 1985.
- GENTOT M., *Les autorités administratives indépendantes*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1994.
- GUÉDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991.
- GUILLAUME-HOFNUNG M., *La médiation*, 7^e éd., Paris, PUF, 2015.
- GUYOMAR M., *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ Lextenso, 2014.
- JOLY-HURARD J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- KALINOWSKI G., *La logique déductive. Essai de présentation aux juristes*, Paris, PUF, 1996.

- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., (trad. de Charles Eisenmann), Dalloz, 1962 ; *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997 ; *La démocratie, sa nature, sa valeur*, 2e éd., Sirey, 1933, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2004.
- LEGATTE P. et BARBÉ A., *Le principe d'équité : défendre le citoyen face à l'administration*, Paris, Presses de la Renaissance, 1992.
- LOCHAK D. (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2006.
- MACERA B.-F., *Les actes détachables dans le droit public français*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2002.
- MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., *Institutions administratives*, Paris, PUF, 2011.
- MENIER J., *Les inspections générales*, Paris, Berger-Levrault, 1988.
- MENURET J.-J. et REIPLINGER C. (dir.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976.
- MORAND C.-A., *Le Droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, France, LGDJ, 1998.
- ODENT B. et TRUCHET D., *La justice administrative*, Paris, PUF, 2008.
- OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998.
- OST F. et VANDE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- PERELMAN C. et OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 6^e éd., Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 2008.
- PERRIN L., *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, La Librairie Numérique, 2014.
- PRIETO C. et BOSCO D., *Droit européen de la concurrence : ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- RAMBAUD R., *L'institution juridique de régulation : recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- RENET T. (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998.
- RIPERT G., *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.
- SCHWEITZER L., *Les discriminations en France*, Paris, Robert Laffont, 2009.
- THIBIERGE C. (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, 891 p ; *La densification normative : découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013.
- TIMSIT G. et COLLIARD C.-A. (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988.
- VIRALLY M., *La pensée juridique*, Paris, Université Panthéon-Assas, 2010.

2. Monographies en langues étrangères

- BECO G. de, *Non-judicial mechanisms for the implementation of human rights in European states*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

- GREGORY R. et GIDDINGS P. J., *Righting Wrongs: The Ombudsman in Six Continents*, IOS Press, 2000.
- KNAUFF M., *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- McSHANE C., *Technology and Reform: Street Railways and the Growth of Milwaukee, 1887-1900*, Madison: State Historical Society of Wisconsin for the Department of History, University of Wisconsin.
- MARQUES R. C. et SIMOES P. T. F., *Regulation of Water and Wastewater Services: An International Comparison*, London, IWA Publishing, 2010.

B – Monographies – sciences humaines et politiques

1. Monographies en langue française

- AUSTIN J. L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970.
- BENTHAM J., *Déontologie ou Science de la morale*, Paris, Charpentier, 1834.
- BESSY C., DELPEUCH T. et PELISSE J. (dir.), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, 2011.
- BLONDIAUX L., *La fabrique de l'opinion : une histoire sociale des sondages*, Paris, Seuil, 1998.
- BOURDIEU P. *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, 248 p. ; *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Seuil/Raisons d'agir, 2012.
- BOURRICAUD F., *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, Paris, Plon, 1961.
- BRAUD P., *Sociologie politique*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014.
- CANNAC Y., *Le juste pouvoir. Essai sur les deux chemins de la démocratie*, Paris, éditions Jean-Claude Lattès, 1983.
- CHAZEL F. et COMMAILLE J. (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.
- CHAMPAGNE P., *Faire l'opinion. Le nouveau jeu politique*, Paris, Minit, 1990.
- COMMAILLE J., *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.
- CROZIER M., *État modeste, État moderne. Stratégie pour un changement*, Paris, Fayard, 1997.
- CROZIER M. et FRIEDBERG E., *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, 1992.
- DAHL R. A., *Qui gouverne ?*, Paris, Armand Colin, 1971, 369 p. ; *L'Analyse politique contemporaine*, Paris, Laffont, 1973.
- DEVIN G., *Sociologie des relations internationales*, Paris, La Découverte, 2002.
- ELIAS N., *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991.
- DUCOS M., *Les Romains et la loi*, Paris Les Belles Lettres, 1984.
- EYMERI-DOUZANS J.-M. et BOUCKAERT G., *La France et ses administrations : un état des savoirs*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- FOUCAULT M., *Dits et écrits*, tome 3, Paris, Gallimard, 1994.

- HABERMAS J., *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, France, Payot, 1978 ; *Droit et démocratie : entre faits et normes* Paris, Gallimard, 1997 ; *Théorie de l'agir communicationnel*, tome 1, Paris, Fayard, 2001.
- HALPERN C., LASCOUMES P., LE GALÈS P., *L'instrumentation de l'action publique. Controverses, résistances, effets*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HERFRAY C., *Les figures d'autorité*, Paris, ERES, 2006.
- HOBBS T., *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Paris, Dalloz, 1999.
- KOJÈVE A., *La notion d'autorité*, Paris, Gallimard, 2004, 204 p. ; *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire*, Paris, Gallimard, 2007, 588 p.
- LACROIX B. et LAGROYE J. (dir.), *Le Président de la République : usages et genèses d'une institution*, Paris, Presses de la FNSP, 1992, 402 p.
- LAGROYE J., *Sociologie politique*, 3e éd., Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 1997, 511 p. ; *Appartenir à une institution : catholiques en France aujourd'hui*, Paris, Économica, 2009, 182 p.
- LAGROYE J. et OFFERLÉ M. (dir.), *Sociologie de l'institution*, Paris, Belin, 2011, 399 p.
- LASCOUMES P. et LE GALÈS P. (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, 370 p.
- LAURENT S., *Politiques du renseignement*, Bordeaux, PUB, 2009.
- LEHINGUE P., *Subunda : coups de sonde dans l'océan des sondages*, Bellecombe-en-Bauges, éditions du Croquant, 2007.
- LEMIEUX V., *Les cheminements de l'influence : systèmes, stratégies et structures du politique*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1979.
- MAGDELAIN A., *Jus imperium auctoritas : études de droit romain*, Rome, École française de Rome, 1990.
- MANNINO V., *L'« auctoritas patrum »*, Milan, A. Giuffrè, 1979.
- MIEGE B., *La société conquise par la communication*, Vol. 1, *Logiques sociales*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1996, 226 p. ; *La société conquise par la communication*, Vol. 2, *La communication entre l'industrie et l'espace public*, 1997, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1997.
- MOMMSEN T., *Le droit public romain*, 3e éd., Paris, De Boccard, 1984, vol. 3/7, 387 p. ; *Le droit public romain*, 3e éd., Paris, De Boccard, 1985, vol. 1/7, 491 p. ; *Le droit public romain*, 3e éd., Paris, De Boccard, 1989, vol. 7/7.
- NEVEU E., *Une société de communication ?*, 5e éd., Paris, Montchrestien Lextenso, 2011.
- PIROTTE G., *La notion de société civile*, Paris, La Découverte, 2007.
- PLANTIN C., *L'argumentation. Histoire, théories et perspectives*, Paris, PUF, 2005.
- REVILLARD A., BAUDOT P.-Y., CHAPPE V.-A. et RIBEMONT T., *La fabrique d'une légalité administrative : sociologie du médiateur de la République*, Paris, Mission de recherche droit et justice, 2011.

- ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008.
- RUSS J., *Les théories du pouvoir*, Paris, Librairie générale française, 1994.
- SAUVY A., *L'opinion publique*, Paris, PUF, 1956.
- SEARLE J. R., *Les actes de langage, essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, 1996.
- SIMON H. A., *Administration et processus de décision*, Paris, Economica, 1983.
- TARDE G., *L'opinion et la foule*, Paris, éditions du Sandre, 2006.
- TERRÉ D., *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007.
- THOENIG J.-C., *L'ère des technocrates*, Paris, L'Harmattan, 1987.
- VANNIER G., *Argumentation et droit, introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001..
- WEBER M., *Économie et société. 1/ Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, 1995, vol. 1/2, 834 p. ; *Le Savant et le Politique*, Paris, Plon, 1959.

2. Monographies en langues étrangères

- DAHL R.A., *Moderne Political Analysis*, Englewood Cliffs, N-J Prentice Hall, 1963.
- LUKES St. M., *Power. A radical view*, London, The Macmillan Press Ltd, 1976.
- McCRAW T. K., *Prophets of Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1984..
- POUND R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922.
- WITTE K. et SAAL D. S., *Is a little sunshine all we need? On the impact of sunshine regulation on profits, productivity and prices in the Dutch drinking water sector*, Katholieke Universiteit Leuven, Centrum voor Economische Studiën, 2008.
- WRONG D. H., *Power: Its Forms, Bases, and Uses*, 5^e éd., Londres, Transaction Publishers, 2009.
- ZIMMERLING R., *Influence and Power: Variations on a Messy Theme*, coll. « Law and Philosophy library », Dordrecht, Springer Science, 2005.

A. Thèses et mémoires – science juridique

- AILINCAI M., *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, éditions A. Pédone, 2012.
- AOUN C., *L'indépendance de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)*, Thèse doctorat de droit public, Université de Cergy-Pontoise, Cergy-Pontoise, 2006.
- AMALRIC V., *L'autonomie financière des autorités administratives indépendantes : contribution à la notion d'autonomie financière en droit public*, Thèse de doctorat de droit public, Université Toulouse 1 Capitole, 2014.
- BARBÉ V., *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative*, Paris, LGDJ, 2009.
- BELRHALI H., *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2003.

- BÉNICHOU S., *Le droit à la non-discrimination « raciale » : instruments juridiques et politiques publiques*, Thèse de doctorat de droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2011.
- BLANCHET J.-H., *Contribution à la théorie générale des autorités administratives indépendantes : la commission des opérations de bourse*, Thèse de doctorat de droit public, Université Paris Descartes, 1997.
- BRISSON J.-F., *Les recours administratifs en droit public français*, Paris, LGDJ, 1996.
- CALANDRI L., *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009.
- CHARBONNEAU C., *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme dans le cadre de son activité institutionnelle*, Paris, IRJS éditions, 2011.
- CIAUDO A., *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- COLLET M., *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, L.G.D.J., 2003.
- COMBEAU P., *L'activité juridique interne de l'administration : contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, Thèse de doctorat de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000.
- DEFOORT B., *La décision administrative*, Paris, LGDJ, 2015.
- DELAUNAY B., *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, 1993.
- DELZANGLES H., *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergie et postes*, Thèse de doctorat de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2008.
- DUBITON S., *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, Paris, LGDJ, 2016.
- FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, 2003.
- GERRY-VERNIÈRES S., *Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, 2012.
- GROS J.-M., *La doctrine française et les autorités administratives indépendantes*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Montpellier I, 1995.
- GROULIER C., *Norme permissive et droit public*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Limoges, 2006.
- HECKER L., *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Etude de droit comparé*, Thèse de doctorat de droit public, École doctorale de droit privé, Paris, 2013.
- HENRY O., *La fonction de proposition du Conseil d'Etat*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2000.
- HERVIEU M., *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Paris, Dalloz, 2012.
- HOSTIOU R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, LGDJ, 1974.

- ICARD P., *Les Autorités administratives indépendantes*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Dijon, 1991.
- JAPPONT F., *La régulation de l'économie de marché par des autorités indépendantes*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2004..
- JEON Y., *La régulation de la communication audiovisuelle en France et en Corée du Sud*, Thèse de doctorat, Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques, Aix-en-Provence, 2012.
- LAVERGNE B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013.
- LEFEBURE J., *Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes*, Thèse de doctorat de droit public, Université d'Amiens, 1997.
- LEGRAND A., *L'ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris, LGDJ, 1970.
- LÖHRER D., *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Pau, 2013.
- MANSON S., *La notion d'indépendance en droit administratif*, Thèse de doctorat de droit public, Université Panthéon-Assas, 1995.
- MASCLET J.-C., *Le rôle du député et ses attaches institutionnelles sous la Ve République*, Paris, LGDJ, 1979.
- MENETREY S., *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural ?*, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit Université de Laval et Université Panthéon Assas, Québec et Paris, 2009.
- MESCHERIAKOFF A.-S., *Recherches sur le contrôle non juridictionnel de l'administration française*, Thèse de doctorat, Université Robert Schuman, Strasbourg, 1973.
- MOCKLE D., *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, LGDJ, 1984.
- MONNIER S., *Les comités d'éthique et le droit : éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, Paris, l'Harmattan, 2006.
- MONTSENY J.-P., *Contribution à l'étude du pouvoir normatif et à la notion de régulation : l'exemple du conseil supérieur de l'audiovisuel*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Paris 10, 1999.
- MOURGEON J., *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967.
- MURBACH-VIBERT M., *Les pouvoirs d'investigation en droit français : essai d'une théorie générale*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, Lyon, 2010.
- ODERZO J.-C., *Les autorités administratives indépendantes et la constitution*, Thèse de doctorat de droit public, Université d'Aix-Marseille, 2000.
- PAVLOPOULOS P., *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978.
- PÉRÈS-DOURDOU C., *La règle supplétive*, Tome 421, Paris, LGDJ, 2004.
- PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2009, 917 p.
- PERROUD T., *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2013.

- SABOURIN P.-B., *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*, Paris, 1966.
- SAUNIER S., *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- SÉE A., *La régulation du marché en droit administratif. Etude critique*, Thèse pour le doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2010.
- STASIAK F., *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse de doctorat de droit pénal, Université de Nancy II, 1995.
- TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006.
- VINCENT F., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, Paris, LGDJ, 1966.
- WEBER Y., *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968.
- ZARATE PEREZ A. R., *L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative. Colombie, France, Etats-Unis*, Thèse de doctorat de droit public, Université Panthéon-Assas, 2011.

B. Thèses et mémoires – sciences humaines et politiques

- CHAPPE V.-A., *La construction publique du problème des discriminations à travers la genèse de la HALDE : la création d'un consensus a minima*, Mémoire de Master, Institut d'études politiques de Paris, 2008.
- CHAPPE V.-A., *L'égalité en procès. Sociologie politique du recours au droit contre les discriminations au travail*, Thèse de doctorat en sociologie, Ecole normale supérieure de Cachan, Paris, 2013.
- GILLET S., *Le Médiateur de la République : inventions et formalisations*, Thèse de doctorat en science politique, Université Paris I.

IV – Études, articles, chroniques et contributions

A – Études, articles, chroniques et contributions – science juridique

1. Études, articles, chroniques et contributions en langue française

- ABI-SAAB G., « Éloge du “droit assourdi” : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain » dans *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 137.
- ADDA J., « Les règlements des différends devant l'ARCEP dans le domaine des communications électroniques », *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 75.

- ADER B., « Éthique et déontologie à la télévision. La doctrine du CSA », *LEGICOM*, 1 février 1996, n° 11, p. 25.
- ALBERINI A., « Les clauses de non-concurrence en droit communautaire de la concurrence : approche systématique d'une notion à géométrie variable » dans E. CASHIN RITAINE et E. MAÎTRE ARNAUD (dir.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Bruxelles Zürich, Bruylant Schulthess, 2008, p. 131.
- ALVENTOSA J.-R., « L'évaluation des politiques a-t-elle un avenir ? », *Revue française de finances publiques*, 2009, n° 106, p. 301.
- AMAR J., « La HALDE : lutte contre les discriminations ou normalisation des comportements ? », *Controverses*, novembre 2009, n° 12, p. 77.
- AMEISEN J.-C., « Observations au nom du Comité consultatif national d'éthique », *RFDA*, 2014, n° 4, p. 676.
- AMSELEK P., « Norme et loi », *Archives de philosophie du droit*, 1980, n° 25, p. 89 ; « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *Archives de philosophie du droit*, 1982, n° 27, p. 251 ; « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçu à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, n° 6, p. 1471 ; « La théories des actes de langage et le droit » dans *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 109 ; « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue Juridique Thémis*, 1999, vol. 33, n° 2, p. 185 ; « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, 2006, vol. 33, n° 2, p. 391 ; « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2008, vol. 4, p. 1847 ; « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales (1982) » dans *Études de droit public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 28.
- ARCELIN LECUYER L., « L'opportunité de transformer l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) en autorité administrative indépendante (AAI) », *D*, 2012, p. 1028.
- ARHEL P., « Concurrence (mise en oeuvre par les autorités et les juridictions nationales) » dans *Répertoire de droit commercial*, Paris, Dalloz, 2009.
- ARMAND G., « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, 2006, vol. 65, n° 1, p. 37.
- ARSAC R., « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2006, vol. 68, p. 781.
- AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F., « Chronique de jurisprudence communautaire. Autorités administratives indépendantes et principes démocratiques », *AJDA*, 2010, n° 17, p. 938.
- AUBY J.-M., « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités territoriales », *AJDA*, 20 septembre 1984, p. 468-477 ; « Prescription juridique et production juridique » dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 159 ; « Le royaume de l'"infra-acte administratif" », *Droit Administratif*, 2015, n° 3, p. 1.
- AUTIN J.-L., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, n° 5, p. 1213-1227 ; « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Revue administrative*, 1988, p. 333 ; « La réforme de la Commission des opérations de bourse. La consécration d'une instance régulatrice », *JCP G*,

- 1989, n° 3, p. 5 ; « Le contrôle du Conseil d'Etat sur les AAI est-il pertinent ? », *RDP*, 1991 ; « Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative » dans *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La Documentation Française, 2001, p. 389 ; « Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ? » dans *Environnements*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 439 ; « Le conseil supérieur de l'audiovisuel en France », *Revista catalana de dret públic*, 2007, n° 34, p. 83 ; « La rationalisation du système des AAI », *Regards sur l'actualité*, avril 2007, n° 330, p. 27 ; « Intervention des autorités administratives indépendantes », *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 300, mai 2009, cote : 03,2009 ; « Les autorités administratives indépendantes », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 75, juillet 2010, cote : 05, 2010 ; « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, vol. 5, p. 875 ; « Le statut du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n° 139, n° 3, p. 421 ; « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *Droit et société*, 2016, n° 93, p. 285.
- AUVRAY M., « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté, entre indépendance et interdépendance » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 273-289.
- BACHIR-BENLAHSEN M., « Loi de Sages et sagesse des légistes, l'énonciation du droit en matière de bioéthique (1983-1992) et d'immigration (1987-1993) » dans CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 231-255.
- BAILLEUX A., « Le soft law et les deux droits » dans *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthémis, 2013, vol. 4/4, p. 503-537.
- BAILLEUL D., « L'intérêt d'un "intérêt à agir" en matière d'excès de pouvoir », *LPA*, février 2003, n° 24, p. 6-14.
- BARANGER D. et BEAUD O., « Un regard de constitutionnalistes sur le rapport Jospin », *RFDA*, 2013, p. 389.
- BARREAU C., « La participation française au Réseau européen de concurrence après la LME : une inopportune divergence ? », *CCC*, octobre 2011, étude no 13, p. 13.
- BARTHEZ A.-S., « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes » dans Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 59.
- BATTISTINI P., « Les Autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 2225.
- BAUDIS D. et DREYER E., « Entretien entre Dominique Baudis et Emmanuel Dreyer, "Le Défenseur des droits et le parquet" », *Gazette du Palais*, 11 mai 2013, n° 131, p. 21.
- BAUDOIN-MAZAND A., « La conciliation et la médiation : deux modes amiables de règlement des différends commerciaux », *LPA*, août 1993, n° 94, p. 31.
- BAUME S., « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, p. 17.
- BAVEREZ N., « La Cour des comptes : juridiction introuvable ? », *D*, 1992, p. 173.
- BÉAL A., « Intérêt à agir », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 1082, 2016.
- BEATRIX O., « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *RFAP*, 2012, vol. 143, n° 3, p. 769.
- BEAUD O., « Doctrine » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 384 ; « L'État » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 208.

- BÉCHILLON D. de, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD. civil*, mars 2002, p. 47 ; « Mondialisation et Droit Public », *Politiques et management public*, 2003, vol. 21, n° 3, p. 22.
- BEHAR-TOUCHAIS M., « La mutation de la norme en droit de la concurrence » dans N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011, p. 195.
- BEIGNIER B., « Déontologie » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 361.
- BELIN P., « CADA : procédure et jurisprudence » dans *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 36.
- BÉNICHOU S., « L'effectivité du principe de non-discrimination « raciale » : concurrence ou complémentarité du juge et de la Halde ? » dans V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Ouest, 2012, p. 193.
- BEN MRAD F., « Équité, neutralité, responsabilité. À propos des principes de la médiation », *Revue Négociations*, 2006, n° 5, p. 51.
- BERMAN P. S., « Le nouveau pluralisme juridique », *RID éco.*, 2013, t. XXVII, n° 1, p. 229-256.
- BERNARD E., « La distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'union européenne au carrefour des "méthodes" » dans L. DUBIN et M.-C. RUNAVOT (dir.), *Le phénomène institutionnel internationale dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?* Paris, éditions. A. Pédone, 2014, p. 103.
- BERNHEIM E., « Le "pluralisme normatif" : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 67, n° 2, p. 1-41.
- BERTRAND B., « L'interprétation des actes administratifs unilatéraux », *Droit Administratif*, 2010, n° 12, étude 23, p. 6-13.
- BIGET C., « Statut de la HALDE dans l'instance », *AJDA*, 2012, p. 410.
- BIGOT J. et BELLANDO J.-L., « La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspects structurels », *JCP G*, 2010, n° 13, p. 1.
- BIOY X., « Actualité des autorités administratives indépendantes dans le domaine des libertés fondamentales », *LPA*, 2013, n° 190, p. 1.
- BLAY-GRABARCZYK K., AFROUKH M. et SCHAHMANECHE A., « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, p. 935.
- BOCK F., « Conclusion de la journée d'études : rencontre autour d'une source », *Revue administrative*, 2008, n° spécial « L'individu face au pouvoir : les pétitions », p. 107-110.
- BODA J.-., « Le régime contentieux des actes parlementaires relatifs aux agents des assemblées. Retour sur un droit administratif "spécial" », *RDP*, 2011, n° 4, p. 839-862.
- BONNEAU T., « 40. Éditorial – recommandations AMF et RSE », *Bull. Joly Bourse*, février 2011, n° 2, p. 69 ; « Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique

- “asservie” ? » dans *La place du juriste face à la norme*, Paris, Dalloz, 2012, p. 135 ; « L’ACP, législateur occulte ? », *Rev. dr. bancaire et financier*, janvier 2014, n° 1, p. 1.
- BORDAS F., « devoirs professionnels des établissements de crédit – déontologie en matière d’opérations de banque – conflits d’intérêt », *JC Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 140, 2011.
- BOREL J.-V., « L’attribution à une autorité autre que le Premier ministre du pouvoir normatif d’application d’une loi ou d’un décret : le cas de la commission de régulation de l’énergie » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2001, p. 2241-2250.
- BOSCO D., « Google dans le viseur de l’Autorité de la concurrence », *CCC*, février 2011, n° 2, comm.36, p. 23 ; « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l’injonction structurelle », *CCC*, mars 2012, n° 3, repère 3 ; « Mise en conformité du Code de commerce avec la jurisprudence Vebic, une réforme en trompe-l’oeil ? », *CCC*, novembre 2012, n° 260, p. 24.
- BOUJEKA A., « Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l’Union européenne ? », *D*, 2012, p. 1355.
- BOURETZ P. et PISIER E., « Le retour des Sages », *Esprit*, n° 136/137 (3/4), mars-avril 1988, p. 155.
- BOURGEOIS-MACHUREAU B., « L’Autorité de régulation des activités ferroviaires, bilan d’étape », *Revue juridique de l’économie publique*, décembre 2014, n° 725, p. 13.
- BOUSSARD S., « conciliation, transaction et arbitrage », *JC Adm.*, Fasc. 1005, 2008.
- BOUSTA R., « Contribution à une définition de l’Ombudsman », *RFAP*, 2007, p. 387.
- BOUTARD-LABARDE M.-C., « Le secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une surprenante négligence », *Gaz. du Palais*, 1992, p.1.
- BOUVIER L.-A., « Vers la fin du secret des avis du Conseil d’État sur les projets de loi ? », *AJDA*, 2015, p. 553.
- BOYER V., « Le Sénat, contre-pouvoir au bloc majoritaire ? », *RFDC*, 2011, p. 41.
- BOY L., « Régulation et sécurité juridique » dans L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 335 ; « Bibliographie », *RID éco.*, 2009, p. 387 ; « L’interprétation en droit économique : facteur d’harmonisation ? » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 335.
- BRACONNIER S., « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 43.
- BRAIBANT G., « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », *AJDA*, 1977, p. 283.
- BRAIBANT G., « Droit d’accès et droit à l’information » dans *Mélanges Robert-Édouard CHARLIER. Service public et libertés*, Paris, éd. Université et de l’enseignement moderne, 1981, p. 703 ; « Les nouvelles fonctions du Conseil d’État », *Revue administrative*, 1987, n° 239, p. 415 ; « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l’équité », *RFAP*, 1992, n° 64, p. 687.
- BRÉCHON-MOULÈNES C., « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, n° 9, p. 679-686.
- BREDIN J.-D., « Remarque sur la transparence », *Rev. jurisprudence commerciale*, 1993, n° sp. « La transparence », p. 175 ; « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, 2001, n° 97, p. 5..

- BRETONNEAU A. et DOMINO X., « Les aléas de l'effet direct », *AJDA*, mai 2012, n° 17, p. 936-943.
- BRIAND-MELEDO D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RID éco.*, 2007, p. 345.
- BRINGUIER P. et WEIL L., « Le principe d'indépendance dans le domaine nucléaire » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 291-309.
- BRISSON J.-F., « La diversité des régulateurs nationaux sectoriels », *RFDA*, 2014, n° 5, p. 869.
- BRUNET F., « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, n° 1, p. 113-126.
- BRUNET P., « Bobbio et le positivisme » dans P. COMANDUCCI et R. GUASTINI (dir.), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 159-170.
- BUGNON C., « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, p. 1608-1613.
- BUI-XUAN O., « Le défenseur des enfants : une émancipation réussie », *RFAP*, 2011, p. 353 ; « Les secrets de l'administration », *RDP*, 2012, p. 1119 ; « La moralisation de la vie publique », *DA*, 2014, p. 10.
- BURGORGUE-LARSEN L., « Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae » dans *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 67-81.
- CADIET L., « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier » dans *La médiation*, Paris, Dalloz, 2009.
- CAFAGGI F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, 2004, n° 109, p. 23-35.
- CALANDRI L., « Le pouvoir de recommandation de la Commission des clauses abusives », *LPA*, 15 septembre 2006, n° 185, p. 12 ; « L'indépendance de la justice administrative face aux autorités administratives indépendantes : continuité ou discontinuité ? » dans *L'indépendance de la justice : Actes de la journée d'étude de l'Institut d'études de droit public (IEDP) du 19 novembre 2010*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 163-219 ; « La nature juridique et le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence, apport d'une jurisprudence récente », *RDP*, 2013, p. 771.
- CALLEY Grégoire, « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », *RFDA*, 2006, n° 2, p. 96.
- CALLU M.-F., « Les recommandations de bonnes pratiques confrontées au droit de la responsabilité médicale », *RDS*, 2007, p. 29.
- CALVÈS G., « Il n'y a pas de race ici. Le modèle français à l'épreuve de l'intégration européenne », *Critique internationale*, 2002, n° 17, p. 173 ; « Sanctionner ou réguler », *Informations sociales*, 2008, n° 4, p. 34 ; « DISCRIMINATION » *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 15 février 2016.
- CAMBY J.-P., « Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005 », *RDP*, 2005, p. 587 ; « Verbe présidentiel et pluralisme des expressions politiques (à propos de la décision du Conseil d'État du 8 avril 2009, Hollande et Mathus, n° 311136) », *RDP*, 2009, p. 1705 ; « La réforme parlementaire en France après la révision de 2008 » dans *La revalorisation des*

- parlements : actes du colloque du 19 mars 2010*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 27.
- CANIARD E., « La Haute autorité de santé, une nouvelle venue dans le monde des autorités administratives indépendantes », *Les Tribunes de la santé*, 2006, vol. 10, n° 1, p. 23.
- CANIVET G., « Le juge et l'autorité de marché », *Rev. jurisprudence commerciale*, 1992, p. 185 ; « L'amicus curiae en France et aux Etats-Unis », *Rev. jurisprudence commerciale*, 2005, n° 93, p. 99 ; « 1. Le droit de la concurrence : l'affaire Microsoft, laboratoire d'un contentieux croisé euro-américain » dans M. DELMAS-MARTY, S. G. BREYER et J. CANTEGREIL (dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 27.
- CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A. et MAZEAUD D., « L'expertise en droit de la concurrence » dans *L'expertise, colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, Dalloz, 1995, p. 51.
- CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99.
- CARPENTIER C., « La magistrature d'influence est-elle une institution du droit public ? », *RIEJ*, 1993, p. 143.
- CASSIA P., « Directives administratives ou lignes directrices ? Une drôle d'affaire ! », *JCP A*, 2014, 43, act. 821.
- CATTAN J., « L'interrégulation entre le CSA et l'ARCEP » dans G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 135.
- CAYROL N., « Mise en demeure, sommation. – Généralités », *JurisClasseur Voies d'exécution*, Fasc. 222, 2005.
- CAZALA J., « Le rôle du Soft law dans l'interprétation du droit international », *Analele Universitatii Titu Maiorescu - Seria Drept*, 2010, Anul VIII, p. 42 ; « « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 66, n° 1, p. 41.
- CHABROT C., « La charte européenne des droits de l'homme dans la ville : un exemple d'acte "pré-juridique" ? », *RDP*, 2007, n° 2, p. 355.
- CHAISEMARTIN A. de, « Intérêt pour agir », *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2015.
- CHALON G., « L'article 40 du code de procédure pénale et le fonctionnaire : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP*, 2003, n° 6, p. 31.
- CHALTIEL F., « Le secret-défense devant le juge constitutionnel (À propos de la décision du Cons. Const., 10 nov. 2011, QPC) », *LPA*, 5 janvier 2012 n° 4, p.3.
- CHAMPALAUNE C., « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : procédure des avis de l'Autorité », *CCC*, 2013, n° 5, 7, p. 37.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D*, 1995, p. 323 ; « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Rev. droit du travail*, 2007, n° 1, p. 19 ; « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique » dans *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, PU Paris Ouest, 2008, p. 11 ; « Les droits fondamentaux et l'identité des ordres juridiques : l'approche publiciste » dans E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières*

- entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, éditions A. Pédone, 2010, p. 149 ; « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique » dans *Les libertés économiques et les droits de l'homme*, PU Paris Ouest, 2011, p. 21.
- CHAMPEIL-DESPLATS V. et TEITGEN-COLLY C., « Entretien avec Jean-Marie Delarue », *REVDH* [en ligne], 14 novembre 2013, n° 4.
- CHANTEPIE G., « Les codifications privées » dans *Le droit souple. Journées nationales. Tome XIII Boulogne-sur-Mer*, Paris, Dalloz, 2009, p. 39.
- CHARAUDEAU P., « De l'argumentation entre les visées d'influence de la situation de communication » dans *Argumentation, Manipulation, Persuasion*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 13.
- CHAUVEAU A., « La voie institutionnelle de l'indépendance », *Le Temps des médias*, 2010, vol. 13, n° 2, p. 105.
- CHAUVET C., « La personnalité contentieuse des autorités administratives indépendantes », *RDP*, 2007, p. 379.
- CHATZISTAVROU F., « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique* [en ligne], 15, 2005, 15 décembre 2007.
- CHÉROT J.-Y., « “Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire”. Observations sur quelques mots de l'article 21 alinéa 1er de la Constitution » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 2191-2201.
- CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n° 30, p. 3254 ; « COB, CNCL et cie : la “philosophie” des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, décembre 1988, n° 146, p. 13 ; « Droit, ordre, institution », *Droits*, 1989, n° 10, p. 19 ; « Constitution et communication », *D*, 1991, p. 247 ; « Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité » dans CURAPP (dir.), *Droit et politique*, Paris, PUF, 1993, p. 251 ; « Conclusion générale. Les interprètes du droit » dans CURAPP (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993 ; « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? » dans *Études en l'honneur de Georges Dupuis : droit public*, Paris, LGDJ, 1997, p. 47 ; « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n° 3, p. 659 ; « La mondialisation de l'État de droit » dans M. BORGETTO (dir.), *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 325 ; « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, vol. 3, n° 49, p. 827 ; « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, vol. 111, n° 3, p. 473 ; « Introduction » dans D. LOCHAK et Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Nanterre, PU de Paris Ouest, 2006, p. 15 ; « Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification ? », *RFDA*, 2010, n° 5, p. 896 ; « Le Défenseur des droits : unité ou diversité ? », *RFAP*, 2011/3, p. 433 ; « Présentation », *RFAP*, 2011/3, p. 335.
- CHONÉ-GRIMALDI A.-S., « Injonction structurelle : le retour de l'abus de structure quarante ans après Continental Can ? », *D*, août 2015, n° 29, p. 1649-1650.
- CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *RIDC*, 1972, vol. 24, n° 3, p. 657-676.

- CLAMOUR G., DESTOURS S. et FOGLIA M., « Droit de la concurrence. Droit public de la concurrence », *JCA*, Fasc. 724-20, 2014.
- CLAUDEL E., « La procédure d'amicus curiae : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences*, 2012, n° 4, p. 38.
- CLAUDEL E., « La qualité de partie à l'instance officiellement reconnue à l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris », *RTD com.*, 2012, p. 736 ; « Les sanctions positives en droit de la concurrence. La sanction, une institution au coeur de la politique de la concurrence » dans *Les sanctions en droit contemporain, la sanction entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, vol. 1/2, p. 425.
- CLIQUENNOIS M., « Que reste-t-il des directives ? À propos du vingtième anniversaire de l'arrêt Crédit foncier de France », *AJDA*, 1992, p. 3.
- CLOUZOT L., « Les paradoxes de l'indépendance : l'exemple de la HALDE » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 311.
- COENEN-HUTHER J., « Pouvoir, autorité, légitimité. En marge d'un livre récent d'Alain Renaut », *Rev. europ. sciences sociales*, 2005, n° 131, p. 135.
- COHEN-BRANCHE M., « L'action du médiateur de l'AMF : son rôle, les évolutions », *Rev. dr. bancaire et financier*, juill.-août 2012, p. 73 ; « Existe-t-il une ou des justices ? La preuve par la médiation financière ? » dans A. GOURIO et J.-J. DAIGRE (dir.), *Mélanges AEDBF-France*, Paris, Rev. banque édition, 2013, p. 179.
- COHEN-TANUGI L., « Une doctrine pour la régulation », *Le Débat*, novembre 1988, vol. 52, n° 5, p. 56-66.
- COLIN F., « Un amicus curiae en devenir : le délégué du Défenseur des droits », *Droit Administratif*, 2012, n° 7, étude 12, p. 9-13.
- COLLET M., « De la consécration à la légitimation » dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 41 ; « La recevabilité du recours en annulation contre les instructions fiscales », *Rev. droit fiscal*, 2005, p. 1071 ; « La création des autorités administratives indépendantes : symptôme ou remède d'un État en crise ? », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, p. 5 ; « Valeur(s) de la régulation », dans *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 247 ; « Autorités de régulation économique : l'émergence d'une catégorie nouvelle ? », *RJEP*, mars 2008, n° 651, comm.11 ; « Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *JCP A*, 2013, n° 11, p. 2077.
- COMBEAU P., « Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative. Le cas de la doctrine sociale dans la loi de simplification du droit », *JCP G*, 2005, n° 28, p. 1331.
- COMMAILLE J., « Normes juridiques et régulation sociale. Retour à la sociologie générale » dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 13.
- CONAC P.-H., « Publicité et secret en matière de sanction devant les autorités régulatrices indépendantes » dans B. BOULOC (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, p. 81.
- CONSTANTIN A., « La mutation de la norme en droit financier » dans N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, 2011, p. 173.

- COQUELET M.-L., « Brèves remarques à propos d'une fusion attendue : la création de l'Autorité des marchés financiers », *LPA*, 14 novembre 2003, n° spécial, p. 6.
- COSPÉREC B., « L'indépendance de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires », *RFAP*, 2012, vol. 143, n° 3, p. 779-789.
- COSTA D., « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? Quasi-juridiction ? Pseudo-juridiction ? À propos de l'arrêt du conseil d'Etat du 4 février 2005, Société GSD Gestion et M. YX », *RFDA*, 2005, n° 6, p. 1174.
- COSTA E., « La conciliation devant le juge administratif », *AJDA*, 2012, p. 1834.
- COSTA J.-P., « Le médiateur et la section du rapport et des études du Conseil d'État », *Rev. adm.*, 1985, n° 228, p. 543 ; « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *AJDA*, 1987, p. 341.
- COURTIN M., « Les recours précontentieux, une voie vers le désengorgement des tribunaux administratifs », *Gaz. du Palais*, 1987, p. 467.
- CROCQ P., « Élaboration et diffusion des avis » dans T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 61-91.
- CRUCIS H.-M., « Sanctions administratives », *JC Adm.*, Fasc. 108-40, 2012.
- CULOT H., « Soft law et droit de l'OMC », *RID éco.*, 2006, p. 251.
- CUSTOS D., « Agences indépendantes de régulation américaines (IRC) et autorités administratives indépendantes françaises (AAI). L'exemple de la "Federal Communications Commission" (FCC) et de l'autorité de régulation des télécommunications (ART) », *Politiques et management public*, vol. 20, n° 1, p. 67-84.
- CYTERMANN L., « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence Crédit foncier de France », *RFDA*, 2013, p. 1119 ; « La loi informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, 2015, p. 99.
- DAIGRE J.-J., « Une nouvelle source du droit, le communiqué ? À propos d'un communiqué de la COB du 4 mai 1999 », *JCP E*, 1999, p. 1261.
- D'ALLIVY KELLY D., « Discriminations ? Les étrangers saisissent la Halde », *Plein droit*, 2008, n° 78, p. 43 ; « Dénoncer les violences policières. Mais après ? », *Plein droit*, 2009, n° 82, p. 24.
- DAUTRY P., « Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire », *RFDA*, 2010, n° 5, p. 884-887.
- DEBOVE F. et FOURMENT F., « Contrôle d'identité et déontologie policière. Entretien avec Frédéric DEBOVE », *Gaz. du Palais*, 4 janvier 2012, n° 14, p. 29.
- DECAUX E., « Utile Cassandre, du rôle de la commission nationale consultative des droits de l'homme » dans *Mélanges Jacques Mourgeon, Droit et Liberté*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 589 ; « Le dixième anniversaire des principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme dits "principes de Paris" », *Droit fondamentaux*, janvier 2003, n° 3, p. 11.
- DECOCQ G. et LEPAGE A., « Le Conseil d'État et le CSA : les gardiens vigilants de l'équité dans le traitement audiovisuel des candidats aux élections municipales », *CCE*, mai 2001, n° 5, comm.51.
- DECOOPMAN N., « La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés », *RIDC*, 1980, p. 466 ; « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1987, p. 3303 ; « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulation »

- dans CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 87 ; « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes » dans CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Amiens, PUF, 1993, p. 211 ; « La composition des autorités de régulation et l'indépendance par rapport à la vie des affaires » dans B. BOULOC (dir.), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, p. 15-26.
- DEGOFFE M., « Les autorités publiques indépendantes », *AJDA*, 2008, p. 622 ; « Constitution et compétences normatives économiques des “autorités de régulation” », *LPA*, 22 janvier 2009, n° 16, p. 18.
- DE GREEF J., « Logique déontique », in M. CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2004, p. 470.
- DEGUERGUE M., « La collégialité en droit administratif » dans J.-J. MENEURET (dir.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 107.
- DELARUE J.-M. et DE GALEMBERT C., « “Je n'ai qu'à défendre les droits fondamentaux, si je puis dire” ! », *Droit et société*, 2014, p. 411.
- DELAUNAY B., « Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives », *AJDA*, 2011, p. 817 ; « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 2014, p. 276.
- DELVOLVÉ P., « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 459 ; « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *LPA*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 18 ; « Conseil d'État et Conseil de la concurrence » dans *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du Président B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 329-349.
- DELMAS-MARTY M., « Pluralisme juridique et effectivité du droit économique : comment humaniser la mondialisation ? » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 503-515.
- DELZANGLES H., « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », *RJEP*, 2011, p. 4 ; « L'indépendance des autorités administratives indépendantes chargées de réguler des marchés de services publics : éléments de droit comparé et européen », *Droit et société*, 2016, p. 297.
- DELOUVIN P., « L'indispensable pression des associations », *Plein droit*, 2003, vol. 2, n° 57, p. 15-17.
- DENQUIN J.-M., « Volonté générale, opinion publique, représentation », *Jus Politicum*, 2013, n° 10, p. 1.
- DERIEUX E., « Le pouvoir de sanction du conseil supérieur de l'audiovisuel », *LPA*, 15 mars 2005, n° 52, p. 3.
- DESCHAMPS M., « L'autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative, disposer de toutes libertés ? Retour sur l'avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 portant sur la distribution alimentaire à Paris », *RLC*, octobre 2012, n° 33, p. 85-94.
- DEUMIER P., « Avis et recommandations au regard du droit positif », *Revue générale de droit médical*, mars 2009, n° 30, p. 33.
- DEUMIER P., « Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ? », *RTD Civ.*, 2012, p. 487 ; « Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets » dans *Le droit souple*, Étude annuelle 2013 du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2013, p. 247 ;

- « Le principe “appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ? », *RTD Civ.*, 2013, p. 79.
- DEWOST J.-L., LASSERRE B. et SAINT-ESTEBEN R., « L’entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil*, avril 2012, n° 35.
- DEZALLAI A., « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *RFDA*, 2011, p. 925.
- DIDIER J.-P., « Les pouvoirs inconnus du médiateur de la République. Pour un usage nouveau de pouvoirs anciens », *JCP A*, juillet 2007, n° 30, p. 37.
- DION N., « L’esprit de la médiation », *Gaz. du Palais*, décembre 2013, n° 358, p. 4041.
- DJERID S. et PIGOT M., « L’autorité des marchés financiers : liaisons dangereuses entre sanction administrative et sanction pénale », *Revue Sorbonne-OFIS*, avril 2014, p. 1-6.
- DOMENACH J., « La non invocabilité des “lignes directrices” et le fait du prince en matière de régularisation des étrangers » [en ligne], *REVDH*, avril 2015.
- DOMINO X. et BRETONNEAU A., « Les joies de la modernité : une décennie de contentieux des circulaires », *AJDA*, 2012, p. 691 ; « Miscellanées contentieuses », *AJDA*, 2012, p. 2373.
- DONNAT F. et CASAS D., « Responsabilité de la puissance publique et recommandation émise par une instance consultative », *AJDA*, 2003, p. 938 ; « L’office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d’État », *DA*, 2004, n° 5, p. 9-12.
- DONZEL-TABOUCOU C., « Le principe “appliquer ou expliquer” en France. Ou le droit à l’auto-édiction normative », *Revue des sociétés*, 2015, n° 6, p. 347.
- DORD O., « Le Défenseur des droits ou la garantie rationalisée des droits et libertés », *AJDA*, 2011, p.958.
- DOUVRELEUR J. et DOUVRELEUR O., « Le principe d’indépendance : de l’autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes » dans *Mélanges Jacques Robert « Libertés »*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 323.
- DOUVRELEUR O., « Le soft law en matière financière : le point de vue de l’Autorité des marchés financiers », *Rev. dr. bancaire et financier*, 2012, n° 1, dossier 5 ; « L’indépendance de l’autorité des marchés financiers », *RFAP*, 2012, p. 747.
- DRAGO R., « Préface » dans *L’Ombudsman scandinave : études comparées sur le contrôle de l’administration*, Paris, LGDJ, 1970 ; « Le Conseil de la concurrence », *JCP Entreprise et affaires*, juillet 1987, n° 27, p. 14987.
- DREYFUS B., « La médiation en droit public », *Gaz ; du Palais*, décembre 2013, n° 358, p. 4063-4066.
- DROUAS M. De, DURAND E. et HUBERT P., « L’Autorité de la concurrence un an après : points de vue d’usagers », *Concurrences*, mai 2010, n° 2, p. 34.
- DROUAS M. De, HUBERT P. et FAURANT C., « Les entreprises face au pouvoir consultatif renforcé de l’Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2011, n° 3, p. 230-234.
- DUBOIS D., « La vaine contestation du rapport d’évaluation de l’AERES sur un laboratoire », *AJFP*, 2015, p. 305.
- DUBOURG-LAVROFF S., « Le droit de pétition en France », *RDP*, 1992, n° 6, p. 1733-1769.

- DUCAROUGE F., « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, n° 1, p. 86-95.
- DUMARAIS B., « Réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour Internet ? », *Les Cahiers Français*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 65 ; « Régulation de l'internet : des faux-semblants au retour à la réalité », *RFAP*, 2004, p. 83.
- DUMEZ H. et JEUNEMAITRE A., « Quels modèles de régulation pour les services publics ? » dans J. CHEVALLIER, M.-A. FRISON-ROCHE et I. EKELAND (dir.), *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, Paris, PUF, 1999, p. 264.
- DUMORTIER G., « Le contrôle de l'action des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, n° 330, 2007, p.39-50.
- DUMORTIER T., « La référence ambivalente au marché comme justification de la liberté des agents économiques » dans *Les libertés économiques et les droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 75-86.
- DUONG L., « Le pluralisme des sources du droit d'Internet » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 187-202.
- DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2007, Hors série, p. 245-268.
- DUPORT S., « Eléments de réflexion sur le phénomène d'autonomisation des autorités administratives indépendantes » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 355-364.
- DUPRÉ DE BOULOIS X., « Les actes administratifs unilatéraux » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 2/2, p. 157-215.
- DUPUIS G., « Introduction » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 13-18.
- DUPUY R.-J., « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la "soft law" » dans *L'élaboration du droit international public*, Paris, éditions A. Pédone, 1974, p. 132.
- DURELLE-MARC Y.-A., « Nature et origines du droit de pétition », *Rev. adm.*, 2008, n° spécial « L'individu face au pouvoir : les pétition », p. 47.
- DUROY S., « La force normative des vœux des conseils municipaux » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, p. 421.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE L. et ODINET G., Chronique sous CE, Sect., 25 septembre 2015, Mme B., n° 372624, *AJDA*, 2015, n° 38, p. 2147-2150.
- ECKERT G., « Les autorités de régulation et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : quelle cohérence ? », *Rec. dr. bancaire et financier*, 2010, n° 3, dossier 18, p. 76 ; « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, p. 629.
- ECKERT G. et KOVAR J.-P., « Introduction », *RFAP*, 2012, n° 143, n° 3, p. 621-628.

- EISENMANN C., « L'esprit des Lois et la séparation des pouvoirs », dans *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, 1933, Paris, Sirey, p.163 ; « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou » dans *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 13 ; « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques » dans *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, éditions Panthéon Assas, 2002, p. 237-287.
- ELIET G., « Définir la déontologie financière », *Revue d'économie financière*, 1995, vol. 33, n° 2, p. 327.
- ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP*, 2002, p. 379 ; « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », *RTD civ.*, 2005, p. 88.
- ENDERLIN S., « Les recommandations de la CNDS concernant le garde à vue », *AJ Pénal*, 2010, p. 473.
- EPRON Q., « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, p. 1007 ; « Les sanctions en droit administratif, le cas des autorités administratives indépendantes » dans C. CHANAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, la sanction entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, vol.1, p. 672.
- EUDIER F., « Quelles suites donner aux propositions du Défenseur des droits portant sur les droits de l'enfant ? », *Rev. jur. Personnes et famille*, 2013, p.33.
- FALQUE-PIERROTIN I., « Le droit souple vu de la CNIL : un droit relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles » dans *Le droit souple*, Étude annuelle du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 2013, p. 239-246.
- FASTERLING B. et DUHAMEL J.-C., « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RID éco.*, 2009, p. 129.
- FAURE B., « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA*, 1998, p. 547 ; « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, p. 119.
- FAVRE C., « L'auto-saisine de l'autorité de la concurrence pour avis : une procédure qui ne fait pas grief », *Concurrences*, juillet 2013.
- FAVRO K., « La Commission de la sécurité des consommateurs : vingt ans après... », *D*, 2004, n° 26, p. 1886.
- FELDMAN J.-P., « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D*, 2010, n° 43, p. 2852-2858.
- FERRAND L., « La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) » dans T. REVET et L. VIDAL (dir.), *Annales de la régulation*, Paris, IRJS éditions, 2009, vol. 2/2, p. 163.
- FÉVRIER J.-M., « Remarques sur la notion de normes permissives », *D*, 1998. Chron. 271.
- FISCHER-LOKOU J., « Le paradoxe de l'influence dans la pratique de la médiation : peut-on être un médiateur efficace sans influence ? » dans J. FISCHER-LOKOU et P. LARRIEU (dir.), *La médiation efficace : évolutions juridiques contemporaines et techniques d'influence inédites*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 145-157.
- FLÜCKIGER A., « Régulation, dérégulation, autorégulation », *Rev. de droit suisse*, 2004, vol. 2, p. 159 ; « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *Rev. europ. des sciences sociales*, 2009, p. 73.

- FOEGLÉ J.-P. et MÉDARD R., « De l'art du funambulisme : La CNCDH se saisit des "discours de haine" sur internet », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 mai 2015 (revdh.revues.org/1088, consulté le 30 mars 2016).
- FOREY E., « Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Réflexions sur l'article 72-1 alinéa 1 de la Constitution », *RDP*, 2005, p.151.
- FORT F.-X., « La protection de la dignité de la personne détenue », *AJDA*, 2010, p. 2249.
- FRAISSINIER V., « Secret professionnel et secret des affaires : deux réalités difficiles à concilier avec les droits d'investigation des administrations », *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2008, n° 2, p. 700-729.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Les différentes définitions de la régulation », dans *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, *LPA*, 10 juillet 1998, p. 5.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D*, 2001, vol. chron.610 ; « Les nouveaux champs de la régulation », *RFAP*, 2004, p. 53 ; « Régulation et règlement des différends : présentation du thème et synthèse du 10^e forum de la régulation », *LPA*, 22 octobre 2004, n° 212, p. 6 ; « L'hypothèse de l'interrégulation » dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de la régulation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 69 ; « QPC, Autorités de concurrence, Autorités de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA*, 29 septembre 2011, n° 194, p. 25 ; « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D*, 10 janvier 2013, p. 28 ; « Étude dressant un bilan des AAI » dans Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, 15 juin 2006, Assemblée nationale et Sénat, tome 2/2.
- FROMENT B., « Les contrôles de la police », *Pouvoirs*, mars 2002, n° 102, p. 43.
- FROMENT J.-C., « La réforme pénitentiaire en France. Débats intemporels, évolutions conjoncturelles », *Droit et société*, 2011, n° 78, p. 371-389.
- GALABERT J.-M., « La commission des sondages : une expérience de régulation » dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 309-325.
- GARANT P., « Du protecteur du citoyen québécois au médiateur français (L'ombudsmanie en francophonie) », *AJDA*, mai 1973, p. 237-243.
- GASSIN R., « Le droit pénal de l'informatique », *D*, 1986, chron. V, p. 35 ; « Chapitre 2 - Commission nationale de l'informatique et des libertés », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, janvier 1987 ; « Le délit de dénonciation calomnieuse et l'obligation de dénonciation : les nouveaux intouchables ? », *D*, 1998, p. 196 ; « Attribution du pouvoir réglementaire aux Autorités administratives indépendantes et droit pénal : le cas de la commission nationale informatique et libertés (CNIL) » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 2241.
- GAUDEMET Y., « Le médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du médiateur et du juge administrative » dans *Mélanges Robert-Édouard Charlier. Service public et libertés*, Paris, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 117 ; « Les actions administratives informelles », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 645 ; « Responsabilité de l'administration et nouvelles activités de contrôle », *Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001, senat.fr ; « Introduction », *RFAP*, 2004,

- vol. 109, n° 1, p. 13 ; « Autorités administratives indépendantes » dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2008, p. 91 ; « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP*, 2017, p.23.
- GAUVIN F., « Regard critique sur la loi du 8 juillet 1998 portant création de la commission secret défense », *Droit pénal*, 1999, p.4.
- GEIGER C., « “HADOPI”, ou quand la répression devient pédagogique », *D*, 2011, p. 773.
- GÉLY D., « Le Défenseur du peuple espagnol en modèle », *AJDA*, 2008, p. 1481.
- GENEVOIS B., « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du CSA », *RFDA*, 1989, p. 217 ; « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA*, 1989, p. 671-683.
- GERRY-VERNIÈRES S., « Les “petites” source du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) » dans *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthémis, 2012, vol. 4/4, p. 587-638.
- GHEVONTIAN R., « Le référé-liberté : une procédure prometteuse », *D*, 2001, p. 1748.
- GIL-ROBLÈS A., « Défenseur du peuple espagnol et garanties constitutionnelles », *RFAP*, 2011/3, n° 139, p. 477-485.
- GLAIS M., « Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle », *Revue économique*, 1987, vol. 38, n° 1, p. 75-116.
- GLEIZAL J.-J., « Le secret professionnel » dans *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1995, p. 226-234.
- GODET R., « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA*, 2002, p. 957.
- GONOD P., « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP*, 1993, p. 1351 ; « L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État : procédure novatrice ou simple gadget », *RFDA*, 2009, p. 890 ; « L'administration et l'élaboration des normes » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 529 ; « Le redéploiement de la participation à l'élaboration des normes », *RFDA*, 2015, p. 249 ; « La publicité des avis du Conseil d'État », *AJDA*, 2015, p. 369.
- GOUHIER S., « La déontologie de la sécurité sous surveillance d'une autorité administrative indépendante : une loi pour rassurer les citoyens ? », *RFDA*, 2002, p. 384.
- GOURCUFF M., « La mission de promotion et de diffusion des droits de l'homme en France par les autorités administratives indépendantes » dans *Pédagogie et droits de l'homme*, Nanterre, PU Paris Ouest, 2014, p. 135.
- GOYARD-FABRE S., « Le droit est-il de ce monde ? », *Droits*, 1986, n° 4 ; « Le droit et la société aujourd'hui » dans *Penser la justice*, Toulouse, CRDP Midi-Pyrénées, 1998, p. 183 ; GOYARD-FABRE S., « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Rev. métaphysique et de morale*, 2014, n° 83, p. 311.
- GRABARCZYK K., « La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, un magistère d'influence ? », *RTDH*, 2010, n° 81, p. 67-96.
- GRANIER T., « Mises en garde de l'Autorité des marchés financiers contre des démarchages irréguliers et l'activité de certaines sociétés », *Bull. Joly Bourse*, 1^{er} juillet 2004, n° 4, p. 551.

- GROULIER C., « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un "sésame contentieux" », *RFDA*, 2008, p. 941 ; « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 199 ; « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », *Droits*, 2009, n° 50, p. 247 ; « Introduction » dans *L'Etat moralisateur. Regards interdisciplinaires sur les liens contemporains entre la morale et l'action publique*, Bruxelles, Mare & Martin, 2014, p. 11.
- GRUMBACH T. et SERVERIN E., « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *Rev. droit du travail*, 2010, n° 7/8, p. 457.
- GRYNFOGEL C., « Sanctions du droit français de la concurrence », *JC Com.*, Fasc. 288, 1^{er} décembre 2012.
- GUERRIER C., « Les écoutes de sécurité : entre libertés publiques et intérêt général », *LPA*, juillet 1995, n° 90, p. 24.
- GUETTIER C., « Une nouvelle autorité administrative indépendante : la Commission consultative du secret de la défense nationale », *Gaz. du Palais*, août 2000, n° 230, p. 3 ; « Conditions de la responsabilité de l'État en cas d'interdiction d'un produit », *Responsabilité civile et assurances*, janvier 2005, n° 1, comm.16.
- GUGLIELMI G. J., « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? » dans *Un droit pour des hommes libres : études en l'honneur d'Alain Fenet*, Paris, LITEC, 2008, p. 6.
- GUILLAUME-HOFNUNG M., « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30 ; « La médiation : des textes à la pratique - Propos conclusifs. La médiation entre développement réel et désir du mot », *Gaz. du Palais*, décembre 2013, n° 358, p. 4080-4082.
- GUILLAUME M., « Secrets régaliens : le cas du secret défense » dans *Transparence et secret, colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, Paris, La Documentation Française, 2004, p. 205 ; « Parlement et secret(s) », *Pouvoirs*, 2001, n° 97, p. 67.
- GUILLOD O., « Les comités nationaux d'éthique » dans *Bioéthique : de l'éthique en droit, du droit à l'éthique*, Zürich, Institut suisse de droit comparé, 1997, p. 257.
- GUTMANN D., « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Arch. phi. droit*, 2000, n° 44, p.115.
- GUYOMAR M., « Article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque & Droit*, octobre 2009, n° 127, p. 3.
- GUYOMAR M. et FOMBEUR P., « Étendue de l'obligation de la CNIL de dénoncer au parquet les infractions pénales dont elle a connaissance », *AJDA*, 1999, p. 1002-1007.
- HACHEZ I., « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *RIEJ*, 2010, n° 2, p. 1 ; « Le soft law : Qui trop embrasse mal étreint ? » dans *Les sources du droit revisitées. Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Anthemis, 2013, vol. 4/4, p. 539.
- HAID F., « L'attribution au Conseil supérieur de l'audiovisuel du pouvoir d'édicter des normes de porte générale et impersonnelle » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Aix-en-Pr., PU Aix-Marseille, 2001, p. 2271.

- HAMIDI O., « L'indépendance de la commission d'accès aux documents administratifs, entre doute et réalité » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 389-405.
- HANNOUN C., « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com.*, 1989, n° 42, p. 417.
- HAQUET A., « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes, réflexions sur son objet et sa légitimité », *RDP*, 2008, p. 393.
- HARANG L., « La reconnaissance de la dignité : paradoxe et interrogation », *Droit Prospectif*, 2008, p. 841.
- HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1906 ; « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social » dans *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1986, p. 89.
- HAYEZ P., « La Cour des comptes : du contrôle à l'évaluation », *RFAP*, 2015/3, n° 155, p. 707-711
- HENNEBEL L., « Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n° 71, p. 641-668.
- HENRY C., « Enjeux et formes de la régulation des services publics dans l'Union Européenne » dans M. BOITEUX, C. HENRY et E. QUINET (dir.), *Concurrence et service public*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 494.
- HERTZOG R., « Réflexions sur l'indépendance des organes publics », *RFAP*, 1999, p. 215 ; « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 445.
- HERVIEU M., « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *LPA*, juillet 2010, n° 133, p. 12.
- HENNANI R., « De Bâle I à Bâle III : les principales avancées des accords prudentiels pour un système financier plus résilient », *Études et synthèses*, n° 1, 2015, p. 97.
- HOEPFFNER H., « Les avis du Conseil d'Etat », *RFDA*, 2009, p. 895.
- HOULE F., « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », *McGill Law Journal*, 2001, vol. 47, p. 161-194.
- HOURQUEBIE F., « La collégialité : valeur ou principe? » dans Jean-Jacques MENEURET (dir.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 15.
- HOYNCK S., « Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », *RFAP*, 2012/3, vol. 143, p. 791-801.
- HUBAC S. et PISIER E., « Les autorités face aux pouvoirs » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 117-131.
- HUBERT P., « Contrôle des concentrations et juge administratif français », *Revue Lamy de la concurrence*, 2005, n° 4, p. 14.
- IDOUX P., « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, p. 920 ; « La place actuelle de la médiation dans le règlement non juridictionnel des différends » dans A.-M. TOURNEPICHE et J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *La médiation : aspects transversaux*, Paris, LexisNexis Litec, 2010, p. 19 ; « L'absence de justiciabilité des

- avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence », *RJEP*, 2013, n° 708, p. 19 ; « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP*, 2013, ét. 15, p. 3 ; « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », *RDP*, 2014, p. 290 ; « L'évolution de l'Autorité chargée de la concurrence », *AJDA*, 2016, p. 769 ; « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européenisé », *Droit et société*, 2016, n° 93, p. 275.
- IDOT L., « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 2008, p. 787.
- IDOT L. et LEMAIRE C., « Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France - L'Autorité de la concurrence entre deux Europe », *JCP G*, 18 mars 2009, I.125.
- ILIOPOULOU A., « Quatre ans d'application de la jurisprudence Duvignères », *RFDA*, 2007, p. 477.
- INGLES J. et SALLES J.-M., « Régulation de l'activité des délégataires de services de l'eau et de l'assainissement : Qu'avons-nous appris ? Peut-on faire mieux ? », *Flux*, 1998, vol. 14, n° 31, p. 35.
- ISAMBERT F.-A., « Durkheim et la sociologie des normes » dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 51.
- ISRAEL D., « L'indépendance de l'Autorité de contrôle prudentiel », *RFAP*, 2012/3, n° 143, p. 759.
- JALABERT-DOURY N., « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : le point de vue des entreprises », *CCC*, 2013, n° 5, p. 44.
- JAPPONT F., « La dualité égalité – équité dans la pratique des autorités de régulation », *RID éco.*, 2006, p. 151.
- JARROSSON C., « Médiation » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 1009.
- JEAMMAUD A., « De la polysémie du terme "principe" dans les langages du droit et des juristes » dans S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, 2008, vol. 30, p. 49 ; « La règle de droit comme modèle », *D*, 1990, p. 199.
- JEANNENEY P.-A., « Le régulateur producteur de droit » dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 44.
- JESTAZ P., « Une révolution inaperçue. À propos de l'acte juridique », *RTD civ.*, 2014, p. 67.
- JOBART J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit », *Droit Prospectif*, 2004, p. 33.
- JOUFFIN E., « Le droit mou est-il en train de durcir ? Brèves réflexions au sujet de la soft law bancaire et de sa disparition » dans A. GOURIO et J.-J. DAIGRE (dir.), *Mélanges AEDBF-France*, Paris, Revue banque édition, 2013, vol. VI, p. 265.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., « Pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour faire respecter le pluralisme », *AJDA*, 2003, p. 745.
- KAUFF-GAZIN F., « Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? - À propos de l'affaire C-518/07, Commission c/ Allemagne », *Europe*, 2010, 7, étude 9.
- KERLÉO J.-F., « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, 2014, p. 293 ; « La publicité-exemplarité. Le nouveau droit de la publication des sanctions administratives et juridictionnelles », *RFDA*, 2015, n° 4, p. 751 ; « Les autorités publiques sont-elles des

- lanceurs d'alerte comme les autres ? Les spécificités françaises du régime de l'alerte éthique », *REVDH* [en ligne], n° 10, 2016, 24 juin 2016.
- KERNEIS S., « Autorité » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 111.
- KOUBI G., « Le vice propre à la délibération dans le droit de la décentralisation », *AJDA*, 1992, n° 12, p. 779 ; « Des-ordre/s juridique/s » dans *Désordre(s)*, Paris, PUF, 1997, p. 201 ; « Distinguer “l’impératif” du “réglementaire” au sein des circulaires interprétatives », *RDP*, 2004, n° 2, p. 499 ;
- KOVAR J.-P., « L’indépendance des autorités de régulation financière à l’égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012/3, n° 143, p. 655-666.
- LABEGORRE F. et BOUBAKER S., « L’autorité de régulation des marchés financiers en France : entre État et marché », *Revue d’économie financière*, 2007, vol. 89, n° 3, p. 163-181.
- LABETOULLE D., « Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes : le rôle du juge administratif » dans *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris, Economica, 2002, p. 15 ; « La Commission des sanctions de l’Autorité des marchés financiers : un témoignage », *Droit et société*, 2016, n° 93, p. 337.
- LAGET-ANNAMAYER A. , « L’incitation par l’information » dans G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de l’information*, Paris, L’Harmattan, 2018, p. 69.
- LALLET A. et THEILLAY J.-P., « La Commission d’accès aux documents administratifs à trente ans », *AJDA*, 2008, p. 1415.
- LANGELIER E., « Nouvelles variations sur l’intérêt pour agir dans le recours en annulation », *AJDA*, 2012, p. 417.
- LARRIEU P., « La valeur ajoutée de la médiation sur les autres modes alternatifs de résolution des conflits » dans J. FISCHER-LOKOU et P. LARRIEU (dir.), *La médiation efficace : évolutions juridiques contemporaines et techniques d’influence inédites*, Paris, Harmattan, 2013, p. 26.
- LARROSA V., « Le Défenseur des enfants (Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000) », *Revue de droit sanitaire et social*, 2000, p. 617.
- LASSERRE B., « Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire », *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 42 ; « La nouvelle Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2009, n° 1, p. 9 ; « L’office de l’Autorité de la concurrence », *Justice & cassation*, 2010, Dossier « l’office du juge », p. 100 ; « La régulation concurrentielle, un an après la réforme : un point de vue d’autorité (I) », *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 35.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le délit de “pantouflage” », *AJ Collectivités Territoriales*, 2011, p. 395 ; « L’indépendance des autorités de régulation financière à l’égard des opérateurs régulés », *RFAP*, 2012/3, p. 667 ; « Codes de conduite et bonnes pratiques professionnelles : substitut à une morale individuelle et source du droit bancaire aux mains des banques », *Rev. dr. bancaire et financier*, 2014, n° 3, dossier 21.
- LASSERRE-KIESOW V. et LE MORE P., « Jeux en ligne. Nouvelle régulation sectorielle », *D*, juin 2010, n° 24, p. 1495.
- LATOURNERIE D., « Médiation et Justice » dans *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, Paris, La Documentation française, 1983, p. 79.

- LAUGIER S., « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, 2004, Tome 67, n° 4, p. 607-627.
- Laurin Y., « L'amicus curiae », *JCP G*, 1992, n° 1, p. 345.
- LAVEISSIÈRE J., « Le droit à l'information à l'épreuve du contentieux. À propos de l'accès aux documents administratifs », *D*, 1987, chron. 275 ; « En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret » dans *Études offertes à J.-M. Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 181.
- LE BOT O., « Référé-liberté aux Baumettes : remède à l'inertie administrative et consécration d'une nouvelle liberté fondamentale », *JCP G*, janvier 2013, n° 4, p. 139.
- LEBRETON G., « L'intérêt à agir partiel », *RFDA*, 1988, p. 923.
- LECERF J.-R., « Le contrôle non juridictionnel des prisons », *Pouvoirs*, 2010, n° 135, p. 121
- LE CLAINCHE M., « L'administration consultative, élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? », *RFAP*, 2011, n° 137-138, p. 39-48.
- LE CLAINCHE M., RIHAL H., ROUBAN L., DELAUNAY B., « Chronique de l'administration », *RFDA*, 2009, p. 161.
- LE DIVELLEC A., « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 123-139.
- LE FUR A.-V. et SCHMIDT D., « Il faut un tribunal des marchés financiers », *D*, 2014, n° 9, p. 551.
- LE GALL A., « La loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie : la libéralisation à reculons ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 22 mars 2007, n° 12, p. 1393.
- LE GARS J.-M., « La conciliation par le juge administratif », *AJDA*, 2008, p.1468.
- LEGATTE P., « Le médiateur de la République. Situation actuelle », *Revue administrative*, 1986, p. 431-435.
- LEGRAND A., « Médiateur ou ombudsman ? Commentaire de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur », *AJDA*, 1973, p. 229 ; « Médiateur », *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2001, p.8 ; « Ombudsmän nordiques et Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, p. 499.
- LEMAIRE C., « La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue », *JCP E.*, 26 janvier 2006, n° 4, p. 191 ; « Qualité de partie à l'instance - Arrêt Vebic : Le pouvoir réglementaire reconnaît à l'Autorité de la concurrence la qualité de "partie à l'instance" dans le contentieux devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions dont elle est l'auteur », *Concurrences*, 2012, n° 4, p. 148.
- LEMAIRE C. et BLANC D., « Un nouvel essor des relations entre le Conseil de la concurrence et les juridictions en droit de la concurrence », *JCP E*, 9 novembre 2006, n° 45, p. 2590.
- LENOIR N., « La protection des secrets d'affaires devant l'ADLC : comment l'arrêt Syndicat FILMM du Conseil d'État du 10 octobre 2014 illustre les tensions entre cette protection et le principe du contradictoire », *RLDA*, 2014, n° 99, p. 35.
- LEPAGE A., « Les sanctions en droit pénal des affaires, Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires » dans C. CHANAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, la sanction entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, vol.1, p. 672.

- LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, vol. 3, n° 79, p. 715.
- LE ROY M., « Cinéma », *JC Adm.*, Fasc. 267, 2014.
- LESSI J. et DUTHEILLET DE LAMOTHE L., « L'obligation, le choix, la grâce », *AJDA*, 2015, p. 443.
- ŁĘTOWSKI J. et WIENER C., « Introduction » dans J. ŁĘTOWSKI, C. WIENER et G. BRAIBANT (dir.), *Le Contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest*, Paris, éd. CNRS, 1985, p. 15.
- LEVENEUR L., « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations » dans *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1996.
- LEVY M., « La conciliation par le tribunal administratif et le rôle du juge dans l'instruction des litiges », *AJDA*, 1987, p. 499-519.
- LOCHAK D., « Le droit, discours du pouvoir » dans H. MAISL, G. CONAC et J. VAUDIAUX (dir.), *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429 ; « Droit, normalité et normalisation » dans CURAPP (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1984, p. 51 ; « La société civile : du concept au gadget » dans *La société civile*, Paris, PUF, 1986, p. 44 ; « Secret, sécurité et liberté » dans CURAPP (dir.), *Information et transparence administratives*, Paris, PUF, 1988, p. 51-70.
- LOISEAU G., « La Halde : quelle autorité ? », *Droit social*, février 2009, n° 2, p. 142.
- LOMBARD M., « Le cumul du pouvoir réglementaire et du pouvoir sanctionnateur », *Droit Administratif*, 2003, n° 12, comm. 233 ; « Régulation et hiérarchie des normes, propos conclusifs » dans M.-. FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 77 ; « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », *RJEP*, 2005, n° 619, p. 127 ; « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 530 ; « Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ? » dans G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 147 ;
- LOMBARD M., NICINSKI S. et GLASER E., « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2012, p. 1717 ; « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2014, p. 1874.
- LONG M., « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p.787.
- LONGOBARDI N., « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'Administration publique », *RFDA*, 1995, p. 171 et p. 383 ; « Les "autorités administratives indépendantes" : une première approche (suite et fin) », *LPA*, 13 octobre 1995, n° 123, p.17 ; « Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif (suite et fin) », *LPA*, août 1999, n° 173, p. 10.
- LORIEUX A., « L'expertise et le jugement » dans M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise, colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, Dalloz, 1995, p. 123.
- MAGNON X., « Morale et politique : quelles places pour le droit ? » dans B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Transparence et vie publique*, Paris, Dalloz, 2015, p. 15.

- MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ D., « référé en matière de communication audiovisuelle », *JC Justice adm.*, Fasc. 57, 2013.
- MAISL H., « La maîtrise d'une interdépendance, commentaire de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *JCP G*, 1978, p. 2891 ; « État de la législation française et tendances de la jurisprudence relatives à la protection des données personnelles », *RIDC*, 1987, p. 559 ; « Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ? » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 75.
- MAISL H. et LENOIR N., « La CNIL et le contrôle de l'administration, premières orientations (1978-1983) », *AJDA*, 1983, p. 645.
- MAISTRE R.-O., « Le médiateur du cinéma : conciliation et régulation », *AJDA*, 2009, p. 2460.
- MAITRE G., « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, p. 15.
- MALAURIE-VIGNAL M., « L'injonction structurelle et le projet de loi Macron », *D*, 2015, p. 690.
- MALLOL F., « Les atteintes à l'honneur ou à la réputation dans le contentieux de la responsabilité administrative », *AJDA* 1997, p. 833-836.
- MARCOU G., « Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique - une analyse sur des secteurs sélectionnés » dans G. MARCOU et J. MASING (dir.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 65.
- MARKUS J.-P., « La faute du médecin et les bonnes pratiques médicales », *AJDA*, 2005, p. 1008.
- MARPEAU B., « RSE - le discours de la méthode de l'AMF à destination des émetteurs », *JCP G*, 2014, n° 1-2, p. 60.
- MARTIN R., « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP G*, 7 novembre 1990, n° 44, p. 3469.
- MARTIN S., « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDP*, 2013, p. 53.
- MARTUCCI F., « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation et le principe d'impartialité », *Concurrences*, 2014, n° 1, p. 32.
- MATTATIA F., « CNIL et tribunaux : concurrence ou complémentarité dans la répression des infractions à la loi informatique et libertés ? », *RSC*, 2009, n° 2, p. 317.
- MAZEAUD D., « L'expertise de droit à travers l'amicus curiae » dans M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (dir.), *L'expertise, colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, Dalloz, 1995, p.109.
- MELLERAY F., « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p. 1224.
- MENETREY S., « Le pluralisme et les moyens procéduraux » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 295.

- MÉNIER J., « La place du médiateur dans la politique de réforme administrative (1970-1980) », *Rev. int. des Sciences administratives*, 1981, n° 4, p. 311.
- MENURET J.-J., « Autorité de la concurrence », *JC Concurrence Consommation*, Fasc.60, 23 février 2010 ; « Quelle collégialité pour les Autorités administratives indépendantes ? » dans J.-J. MENURET (dir.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public, actes du colloque tenu à Paris le 19 novembre 2010 à l'Université Paris 13*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 119 ; « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *JCP G*, 2013, p. 2231.
- MERLE M., « Le pouvoir réglementaire des institutions internationales », *Annuaire français de droit international*, 1958, vol. 4, n° 1, p. 341.
- MILACIC S., « Le contre-pouvoir, cet inconnu » dans Centre d'études et de recherches en droit des affaires et des contrats, *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, PU Bordeaux, 2003, p. 675.
- MILLARD E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30/31, p. 381 ; « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 21, p. 59.
- MOCKLE D., « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », *Les Cahiers de droit*, 2003, vol. 44, n° 3, p. 297 ; « Les autorités indépendantes relevant du Parlement et de la Constitution : une version plus avancée de l'indépendance » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 621.
- MODERNE F., « Proposition et décision (recherches sur le régime juridique des propositions dans la jurisprudence administrative contemporaine) » dans *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, vol. 2/2, p. 595 ; « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction pourquoi le serait-elle ? », *RFDA*, 1990, p. 798 ; « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA*, 1996, p. 43 ; « La sanction administrative », *RFDA*, 2002, p. 483 ; « Préface » dans *Les actes détachables dans le droit public français*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2002, p. 13.
- MOLINER-DUBOST M., « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté. JO 31 oct. 2007, p. 17891 », *AJDA*, 2008, p. 84.
- MONNIER S., « Le médiateur, nouvelle figure du droit public », *RFDA*, 2015, p. 1175.
- MONTALIVET P. de, « Constitutions et autorités de régulation », *RDP*, 2014, p. 316.
- MORAND C.-A., « La sanction », *Travaux CETEL*, mars 1990, n° 36, p. 1.
- MOREAU J., « Sur l'interprétation du mot "interprétation" à propos des circulaires réglementaires et des circulaires interprétatives », *JCP A*, 2003, n° 5, p. 94.
- MOULIN A.-M., « Le renouvellement des instruments juridiques en matière bancaire. La politique de transparence de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Revue de Droit bancaire et financier*, janvier 2012, dossier 3.
- MULLER E., « La protection des informations commercialement sensibles » dans G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 137 ; « Interrégulation sectorielle ou régulation intersectorielle ? Réflexion sur les configurations institutionnelles de la régulation » dans G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *L'interrégulation*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 117 ; « Le recours à la conciliation et à la médiation par le juge administratif » dans V. DONIER et B.

- LAPÉROU-SCHNEIDER (dir.), *La régulation par le juge de l'accès au prétoire*, Paris, Dalloz, 2013, p. 183.
- MUNOZ F., « Pour une logique de la conciliation », *AJDA*, 1997, p. 41.
- NABLI B., « Européanisation et constitutionnalisation du droit national », *Politeia*, septembre 2005, n° 8, p. 243.
- NADAL J.-L., « Le rôle de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique », *L'ENA hors les murs*, septembre, n° 444, p. 15-16.
- NICOLAS E. et ROBINEAU M., « Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G*, 2013, p. 1961.
- NIORÉ V., « La HALDE : ni partie ni témoin », *Gaz. du Palais*, 29 septembre 2007, n° 272, p. 2.
- NOURY A., « La responsabilité du fait d'une médiation », *RFDA*, 2005, p. 813.
- OCHOA N., « La Cour des comptes, autorité administrative indépendante. Pour une lecture administrative du droit de la comptabilité publique », *RFDA*, 2015, p. 831-853.
- OCQUETEAU F. et ENDERLIN S., « La commission nationale de déontologie de la sécurité : un pouvoir d'influence », *RFAP*, 2011, p. 381.
- OKI J.-L., « Les travaux parlementaires : les paradoxes », *RFDA*, 2017, p. 425.
- OPPETIT B., « Arbitrage, médiation et conciliation », *Revue de l'arbitrage*, octobre 1984, n° 3, p. 307 ; « La résurgence du rescrit », *D*, 1991, p. 105 ; « L'éthique » dans *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998.
- OSMAN F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509.
- OST F., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : trois modèles de justice » dans P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacement*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, n° 30, 1983, p. 46.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., « Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 13.
- PAILLET E., « Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits comme variable d'ajustement » dans L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 317.
- PARODI F., « La protection de la vie privée à l'épreuve des enquêtes administratives menées au titre de la protection du secret de la défense nationale », *DA*, 2013, n° 4, p. 17.
- PAULIAT H., « Le contrôle du juge administratif sur les décisions des "autorités administratives indépendantes" compétentes en matière audiovisuelle », *RFDA*, 1992, p. 256 ; « La contribution du droit souple au désordre normatif », *RDP*, 2017, p. 59.
- PELLET A., « Le "bon droit" et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie » dans *Mélanges offerts à Ch. Chaumont*, Paris, éd. A. Pédone, 1984, p. 465.
- PELLETIER J., « Vingt ans de médiation à la française », *RFDA*, 1992, p. 599.

- PERELMAN C., « L'interprétation juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1972, T. XVII, p. 29 ; « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse » dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 363.
- PÉRÈS C., « Le juge administratif et les recommandations de la commission des clauses abusives », *Revue des contrats*, juillet 2006, p. 670.
- PÉRIER F., « L'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) et le rôle des régulateurs boursiers dans l'internationalisation des marchés », *Revue d'économie financière*, 1995, vol. 33, n° 2, p. 123.
- PERRAY R., « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL ? », *RLDI*, 2008, n° 34, p. 82-85.
- PERRIN A., « conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoir - Conditions particulières relatives à la nature de l'acte contesté », *JC Adm.*, Fasc. 1140, 2011.
- PERROUD T., « Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation : une comparaison France – Royaume-Uni », *Droit et société*, 25 juillet 2016, n° 93, p. 317.
- PETIT J., « Les circulaires sont des actes faisant grief », *RFDA*, 2003, p. 510.
- PLESSIX B., « Droit administratif », *JCP G*, 22 juin 2009, p. 42 ; « Une réponse ? Le rescrit », *RDP*, 2017, p. 83.
- PIERUCCI C., « Le choix des gestionnaires de budget opérationnel de programme, la gestion publique entre empirisme et réglementation », in *Mélanges en l'honneur de R. HERTZOG*, Paris, Economica, 2010, p. 439.
- PIZZIO J.-P., La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs, *Actualités législatives Dalloz*, 1984.
- PLAIDY C., « internationalisation du droit de la concurrence », *JurisClasseur Concurrence et consommation*, Fasc. 52, 1^{er} février 2012.
- PONCELA P., « Le temps des contrôleurs », *RSC*, 2009, p. 211.
- PONTHOREAU M.-C., « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 2006, p. 20-25.
- PONTIER J.-M., « Synthèse des rapports nationaux » dans Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) de P. GÉLARD, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, 15 juin 2006, Assemblée nationale et Sénat, vol. II ; « L'infra-réglementaire : une puissance méconnue », *AJDA*, juin 2014, n° 22, p. 1251-1257.
- PETIT S. et COHEN C., « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *D*, 2008, p. 1520.
- PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, vol. 53, n° 2, p. 275 ; « Norme » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 1079.
- PISIER E., « Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les AAI », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 71.

- PIWNICA E., « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 915.
- PRAT M.-P. et JANVIER C., « La Cour des comptes, auxiliaire de la démocratie », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 97.
- PREUVOT P., « Le droit de pétition : mutations d'un instrument démocratique », *Jurisdoctrina*, 2010, n° 4, p. 73.
- PRIOUX D. et WILHELM P., « Nouveau regard sur le régime contentieux des avis de l'Autorité de la concurrence », *CCC*, janvier 2013, n° 1, étude 1, p. 7.
- PUYBASSET M., « Le droit à l'information administrative », *AJDA*, 2003, p. 1307.
- QUETANT G.-P., « La Halde, "bonne amie" du salarié demandeur devant le conseil des prud'hommes », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2007, n° 223, p. 4.
- QUILICHINI P., « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, p. 1060.
- RANGEON F., « Réflexions sur l'effectivité du droit » dans CURAPP (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126.
- RAYNARD J., « Domaines et thèmes des avis » dans *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 11.
- RENAUD S., « Les Autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central » dans *Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 2203-2220.
- POÉSY R., « La nature juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 347.
- RENAUDIE O., « La genèse complexe du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011/3, p. 397.
- RENOUX T., « Les articles 29 et 30 - Des droits nouveaux pour les citoyens : vers une réforme du Conseil économique et social », *LPA*, mai 2008, n° 97, p. 83.
- REVERT M., « Le juge administratif et le procureur. Contribution à l'étude du champ d'application de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale », *AJDA*, 2003, p. 369.
- RENET T., « Rapport introductif » dans T. RENET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 203.
- RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit » dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39.
- RICHER L., « Arbitrage et conciliation », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, mars 2001.
- RIDEAU J., « Le système de l'Ombudsman », *Revue des droits de l'homme*, 1969, vol. 2, n° 3, p. 440.
- RIGAULT A., « Les pétitions sous la Ve République : évolution des sources », *Revue administrative*, 2008, n° spécial « L'individu face au pouvoir : les pétitions », p. 33.
- RIVÉRO J., « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D*, 1962, p. 37.
- RIVÉRO J., « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif » dans *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Paris, Bruylant, 1972, vol. 3/3, p. 619.
- ROBLOT-TROIZIER A., « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *AJDA*, 2008, p. 1866.

- RODRIGUEZ Y., « Le défenseur du peuple » ou l'ombudsman espagnol », *Revue internationale de droit comparé*, 1982, vol. 34, n° 4, p. 1225.
- ROMBAUTS T., « De la magistrature au magistère. Sémantique du pouvoir d'influence des autorités administratives indépendantes » dans *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 407.
- ROME F., « Le Conseil constitutionnel et le secret-défense : une décision mi figure, mi raison... », *D*, 2011, n° 40, p. 2721.
- ROMI R., « La recevabilité des recours pour excès de pouvoir intentés contre les actes administratifs dits comminatoires », *AJDA*, 1982, p. 619.
- ROQUES-BONNET M.-C., *Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ?* Atelier n° 6 Constitution, pouvoirs et contrepouvoirs, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris, 2008.
- ROUSSEAU D., « La juridictionnalisation continue des AAI », *Revue Lamy de la concurrence*, mars 2013, n° 34, p. 89.
- ROUYÈRE A., « Faut-il faire figurer les AAI dans la Constitution ? », *LPA*, 4 mai 1992, n° 55 ; « La constitutionnalisation des AAI : Quelle signification ? », *RFDA*, 2010, p. 886 ; « Le statut : une mise en ordre pragmatique », *RFDA*, 2017, p. 413.
- SABLIÈRE P., « Une nouvelle source du droit ? Les “documents référents” », *AJDA*, 2007, p. 66.
- SABOURIN P., « La notion de maladministration dans le système juridique français », *AJDA*, 1974, p. 396 ; « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle », *AJDA*, mai 1983, p. 275 ; « Les autorités administratives indépendantes dans l'Etat » dans C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 93.
- SAINT-ESTEBEN R., « La loi Macron : Étendue et limites de la “régulation concurrentielle” », *Concurrences*, 2015, n° 4, p. 16.
- SAJÓ A., « Les autorités indépendantes » dans M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2012, vol. II/II, p. 321.
- SALVI N., « L'Hôpital (en)quête d'éthique » dans *L'Etat moralisateur. Regards interdisciplinaires sur les liens contemporains entre la morale et l'action publique*, Bruxelles, Mare & Martin, 2014, p. 93.
- SARTRE P. et FERLET P., « Le secret de défense en France », *Études*, 2010, Tome 412, n° 2, p. 165.
- SAUVÉ J.-M., « Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles satisfaisantes ? », *Revue L'ENA hors les murs*, septembre 2014, n° 444, p. 9.
- SAVONITTO F., « Les recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé », *RFDA*, 2012, p. 471.
- SCALIA D., « Les rapports du CPT dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : un puits de normes ? », dans I. HACHEZ et al., *Les sources du droit revisitée*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2012, p.433.
- SCHNAPPER D., « Défense et illustration des “Sages” », *Pouvoirs*, 1990, n° 52, p. 101.

- SCHRAMECK O., « Les aspects procéduraux des saisines » dans *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1995, p. 81 ; « Le nouveau triptyque de la section du rapport et des études. “Diversification, communication et coopération” », *AJDA*, 2012, p. 1216.
- SCHWEITZER L., « Lutter contre l’indifférence : les premiers pas de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et l’égalité », *En temps réel - Cahiers*, Décembre 2007, n° 30, p. 1 ; « Qu’est-ce qu’une haute autorité indépendante ? » dans Antoine COMPAGNON (dir.), *De l’autorité, colloque annuel du collège de France*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 37.
- SEBAN A., « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *LPA*, 2002, n° 110, p. 63.
- SÉE A., « La sanction par l’information » dans G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de l’information*, Paris, L’Harmattan, 2018, p. 45.
- B., « Les conseils donnés par les personnes publiques », *Droit Administratif*, 2005, n° 11, étude 18 ; « Acte administratif », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2015.
- SENN A., « Contrôleur général des lieux de privation de liberté », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, avril 2015.
- SERENO S., « L’audition de droit de la HALDE confrontée au principe de l’égalité des armes, dans la perspective du projet de loi relatif au Défenseur des droits », *Droit prospectif*, 2010, n° 3, p. 1303.
- SFEZ L., « INSTITUTION » dans D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-Puf, 2003, p. 835.
- SICILIANOS L.-A., « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l’homme » dans H. RUIZ-FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l’instance devant les juridictions internationales : 3ème journée sur le contentieux international*, Paris, juin 2004, Paris, éditions A. Pédone, 2005, p. 123.
- SIMONIAN-GINESTE H., « Nouveau regard sur l’avis consultatif », *RDP*, 1999, p. 1121.
- SLAMA S., « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », *RFAP*, 2011/3, p. 461.
- SOUSSE M., « Le rôle des organes administratifs dans la protection des libertés fondamentales », *Droit prospectif*, 2001, n° 2, p. 799.
- SPILLIAERT P., « Les avis de l’Autorité de la concurrence », *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 58 ; « Quelques considérations sur l’activité consultative de l’Autorité de la concurrence », *CCC*, juin 2011, dossier 6, p. 30.
- STAHL J.-H. et ARRIGHI DE CASANOVA J., « Le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives », *RFDA*, 2010, p. 387.
- STASI B., « La fortune de la médiation. L’indépendance au service des citoyens », *Études*, 2001, Tome 395, n° 7, p. 55.
- STASIAK F., « Les autorités administratives indépendantes » dans Y. MAYAUD (dir.), *Répertoire de droit pénal et de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2004.
- STIRN B., « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », *AJDA*, 1990, p. 591 ; « La dispersion des normes », *RDP*, 2017, p. 5.

- SYNVET H., « Droit et marchés financiers », *Bull. Joly Bourse*, 01 novembre 2014, n° 11, p. 517.
- TAXIL B., « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France », *RIDC*, 2007, p. 157.
- TCHEN V., « ÉDICTION DE L'ACTE ADMINISTRATIF – Auteurs. Forme. Procédure », *JC Adm.*, Fasc. 107-20, 2016.
- TEITGEN-COLLY C., « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution » dans G. TIMSIT et C.-A. COLLIARD (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, p. 21 ; « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, p. 153 ; « Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel », *LPA*, décembre 2008, n° 254, p. 125 ; « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et la création du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n° 139, p. 409.
- TERRÉ F., « Pitié pour les juristes ! », *RTD Civ.*, 2002, p. 247 à 252 ; « Présentation » dans *La notion de l'autorité*, Paris, Gallimard, 2004, p. 7-45.
- TÉTANG F. de P., « L'auto-saisine des autorités de régulation », *Droit prospectif*, 2012, n° 4, p. 1949.
- THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, n° 4, p. 599 ; « Au coeur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Ar. phi. du droit*, 2008, n° 51, p. 341 ; « Rapport de synthèse » dans *Le droit souple. Journées nationales. Tome XIII Boulogne-sur-Mer*, Paris, Dalloz, 2009, p. 141 ; « Synthèse : la force normative » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 741.
- TIBERGHIE F., « Recommandation de bonne pratique et droit des autistes à l'aide sociale », *AJDA*, 2015, p. 54.
- TIBERGHIE F. et LASSERRE B., « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA*, 1982, p.381.
- TIMSIT G., « Pour une nouvelle définition de la norme », *D*, 1988, p. 267 ; « Sur l'engendrement du droit », *RDP*, 1988, p. 39 ; « Les deux corps du droit », *RFAP*, 1996, n° 78, p. 5 ; « Normativité et régulation », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 2, p. 84-87.
- TODOROVA M., « Le Conseil d'État, conseiller du Parlement : premier bilan », *RFDC*, 2013, n° 93, p. 125-148.
- TOURBE M., « L'ARCEP et le service universel des communications électroniques : l'exercice d'un pouvoir d'influence » dans L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 199.
- TOUVET L., « Irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les vœux des assemblées locales », *RFDA*, 1998, p. 553.
- TOUZEAU L., « Le Conseil économique, social et environnemental après la loi organique du 28 juin 2010 : une assemblée constitutionnelle mal identifiée », *RDP*, 2011, p. 637.
- TRAORÉ S., « La commission consultative du secret de la Défense nationale : une autorité administrative indépendante sui generis ? », *Revue administrative*, 1999, n° 311, p. 508 ; « Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale : vers une réintégration institutionnelle de la catégorie juridique ? », *DA*, 2004, n° 8, p. 16.

- TROPER M., « Une théorie réaliste de l'interprétation » dans *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001, p. 69.
- TRUCHE P., « La déontologie de la sécurité » dans *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II/II, p. 1587.
- TRUCHET D., « Avons-nous encore besoin du droit administratif? » dans *Le droit administratif: permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1039 ; « communication audiovisuelle, régulation et secteur public », *JC Adm.*, Fasc. 273-10, 2006 ; « L'institution régulatrice de l'audiovisuel en France : de la Haute autorité au Conseil supérieur de l'audiovisuel » dans C. DEBBASH et C. GUEYDAN (dir.), *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle, Actes des premières rencontres Internationales du Droit de l'Audiovisuel*, Aix-en-Provence, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 19 ; « La loi du 17 janvier 1989 sur la communication audiovisuelle ou la fin de l'illusion lyrique », *RFDA*, 1989, p. 208.
- TUOT T., « La planète des sages » dans B. SPITZ et R. FAUROUX (dir.), *Notre état : le livre vérité de la fonction publique*, Paris, Hachette, 2002, p. 688.
- TURION X., « Le principe de l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les avis » dans G. DUPUIS (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1979, p. 97.
- TÜRK P., « Six ans d'activité de la Commission consultative du secret de la Défense nationale », *LPA*, juin 2005, n° 125, p. 24.
- TURPIN D., « La commission nationale consultative des droits de l'homme », *RDP*, 1989, p. 61 ; « L'activité de la Commission nationale consultative des droits de l'homme », *LPA*, 7 janvier 1994, n° 3.
- UNTERMAIER-KERLÉO E., « Le droit souple, un regard circonspect sur la jurisprudence Crédit foncier de France », *RFDA*, 2014, p. 1029.
- VABRES R. et THIL A., « Autorité des marchés financiers, Attributions. Moyens d'action. Contrôle juridictionnel », *JC Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 1512, 2014.
- VALETTE J.-P., « La régulation des marchés financiers », *RDP*, 2005, p. 183.
- VEDEL G., « Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel » dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 537.
- VERHOEVEN J., « La notion d'«applicabilité directe» en droit international », *Revue belge de droit international*, 1980, p. 243.
- VERPEAUX M., « La liberté », *AJDA*, juillet-août 1998, n° spécial, p. 144 ; « Il est né le défenseur des droits - À propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 2011, n° 19, p. 2178.
- VIALA A., « Valeurs et principes (distinction) » dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2008, p. 971.
- VIALATTE P., « Dix ans de débat public. Un bilan global positif », *Revue Environnement et Développement durable*, 2007, n° 12, étude 13.
- VIARDOT H., « Le télé-achat ou la distribution à la télévision », *LEGICOM*, 1998, vol. 16, n° 1, p. 15.

- VIEU P., « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, 2010, p. 35.
- VIGNEAU V., « Cas particuliers d'intervention des sachants » dans T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise 2011/2012*, Paris, Dalloz, 2011, p. 69.
- VINCENT J.-Y., « Publicité des actes administratifs unilatéraux », *JC Adm.*, Fasc. 107-40, 2013.
- VINCENT-LEGOUX M.-C., « L'office du juge de l'exécution après l'annulation d'un acte détachable de la passation du contrat », *AJDA*, 2011, p.1739.
- VIRALLY M., « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, 1956, vol. 2, n° 1, p. 66 ; « L'élaboration du droit international économique » dans *Aspects du droit international économique*, Paris, éd. A. Pédone, 1972, p. 171 ; « De l'indicatif dans le droit », *Archives de philosophie du droit*, 1974, n° 19, p. 33-61 ; « La distinction entre texte internationaux ayant une portée juridique entre les acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I, II, 1983, p. 166-257.
- VLACHOS G., « Quelques remarques sur le problème des libertés publiques (A propos de la quatrième édition de l'ouvrage de Georges Burdeau : Les libertés publiques) », *Revue internationale de droit comparé*, 1973, vol. 25, n° 1, p. 81-87.
- WACHSMANN P., « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, p. 1 ; « Propos atrabilaires sur la réforme telle qu'elle se pratique dans la France contemporaine » dans *Réformes des finances publiques & modernisation de l'administration. Mélanges en l'honneur de Robert Hertzog*, Paris, Economica, 2011, p. 591 ; WACHSMANN P., « Sur l'«indépendance» des autorités administratives d'État » dans S. DENAJA, P. IDOUX et M. CLAPIÉ (dir.), *Indépendance(s), études offertes au professeur Jean-Louis Autin*, Montpellier, Université de Montpellier I, 2012, vol. 1/2, p. 481-501.
- WARUSFEL B., « Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'État de droit », *Revue Droit et défense*, 1996, n° 4, p. 23 ; « Le secret de défense entre les exigences de l'État et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, mars 2001, n° 199, p. 1 ; WARUSFEL B., « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », *Revue générale nucléaire*, janvier 2003, n° 1, p. 62 ; « Vers un véritable juge du secret ? » dans *Rapport de la CCSDN 1998-2004*, Paris, La Documentation Française, 2005, p. 267 ; « Secret et renseignement : une relation nécessaire à la recherche d'un nouveau cadre », *AGIR- Revue générale de stratégie*, mars 2006, n° 25, p. 122 ; « Renseignement et État de droit », *Cahiers de la sécurité*, septembre 2010, n° 13, p. 114 ; « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français » dans V. CATTOIR-JONVILLE et J. SAISON (dir.), *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecocq*, Lille, Université Lille 2, 2011, p. 461.
- WEIL P., « Préface » dans *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978, p. XIX ; « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue Générale de Droit International Public*, 1986, n° 82, p. 5.
- WOERHLING J.-M., « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme, à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 15 juin 2007, Denance », *DA*, 2007, n° 11, p. 16.
- YENG-SENG W., « Le Médiateur européen, artisan du développement du droit à une bonne administration communautaire », *RTDH*, 2004, n° 58, p. 527.

- YOLKA P., « Chapitre III- Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs » dans P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. II/II, p. 585.
- ZARCA A., « Force normative, force normatrice ? À propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE » dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 2009, p. 459.
- ZILLER J., « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2010, p. 901.
- ZOLLER E., « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 757 ; « L'encadrement constitutionnel des agences indépendantes aux États-Unis », *RDP*, mars 2014, n° 2, p. 379.

2. Études, articles, chroniques et contributions en langues étrangères

- BAXTER R.R., « International Law in "her infinite variety" », *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, vol. 29.
- BOEHM J. L. et GREENE E. F., « The Limits of Name-and-Shame in International Financial Regulation », *Cornell Law Review*, Vol. 97, Issue 5, July 2012, p. 1083-1040.
- HAFNER-BURTON E. M., « Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem », *International Organization*, The IO Foundation, 2008, 62, p. 689-716.
- ERP J. Van, « Naming without shaming: The publication of sanctions in the Dutch financial market », *Regulation & Governance*, Vol.5, Issue 3, September 2011, p. 287-308.
- ERP J. Van, « Reputational Sanctions in Private and Public Regulation », *Erasmus Law Review*, Vol.1, n° 5, 2008, p. 145-162.
- FRANCIONI F., « International "soft law": a contemporary assessment » dans *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 167-178.
- KAHAN D. M. and POSNER E. A., « Shaming White Collar criminals: a proposal for reform of the federal sentencing guidelines », *Journal of Law and Economics*, 42, April 1999, p. 365-392.
- KATZENSTEIN S., « Reverse-Rhetorical Entrapment: Naming and Shaming as a Two-Way Street », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, novembre 2013, n° 46, p. 1079-1099.
- KLABBERS J., « The redundancy of Soft Law », *Nordic Journal of International Law*, 1996, vol. 65, p. 167-182.
- MEERNIK J., ALOISI R., SOWELL M. et NICHOLS A., « The Impact of Human Rights Organizations on Naming and Shaming Campaigns », *Journal of Conflict Resolution*, 56(2), 2012, p.233-256.
- POSNER E. A. et GERSEN J. E., « Soft Law: Lessons from Congressional Practice », *Stanford Law Review*, 2008, vol. 61, n° 3, p. 573.
- QUESTIAUX N., « How administrative courts meet the need », dans D. C. Rowat (dir.), *The Ombudsman, citizen's Defender*, London, Ed. Unwin brothers Ltd woking and london, 1965, p.217-225.

SCHACHTER O., « The Twilight of nonbinding agreements », *American Journal of International Law*, 1977, vol. 71.

B. Études, articles, chroniques et contributions – sciences humaines et politiques

1. Études, articles, chroniques et contributions en langue française

AGAMBEN G., « Auctoritas et potestas » dans *Etat d'exception. Homo Sacer*, Paris, Seuil, 2003, p. 124-148.

AMBROISE B., « Une conception non scolastique de l'efficacité linguistique. Bourdieu lecteur d'Austin » dans M.-A. LESCOURRET (dir.), *Pierre Bourdieu. Un philosophe en sociologie*, Paris, PUF, 2009, p. 65-88.

ARENDT H., « Qu'est-ce que l'autorité ? » dans *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1989, p. 121-185.

BAUDOT P.-Y. et REVILLARD A., « Le médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, n° 1, p. 193 ; « Le médiateur de la République : périmètre et autonomisation d'une institution », *RFAP*, 2011, n° 139, n° 3, p. 339.

BECKER J.-J., « L'opinion publique française et les débuts de la guerre de 1914 (printemps - automne 1914) », *Le Mouvement social*, 1978, n° 104, p. 63 ; « L'opinion publique : un populisme ? », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1997, vol. 56, n° 1, p. 92-98

BORILLO D. et CHAPPE V.-A., « La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité : un laboratoire juridique éphémère ? », *RFAP*, 2011/3, vol. 139, p. 369-380.

BOURDIEU P., « La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, n° 1, p. 3 ; « L'opinion publique n'existe pas » dans *Questions de sociologie*, Paris, Minit, 1984, p. 222.

BONGRAND P. et LABORIER P., « L'entretien dans l'analyse des politiques publiques : un impensé méthodologique ? », *Revue française de science politique*, 2005, vol. 55, n° 1, p. 73-111.

BEAUD P., « Introduction », *Sociologie de la communication*, 1997, vol. 1, n° 1, p. 315 ; « Du pouvoir en général au pouvoir politique » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1, p. 335.

CAZENEUVE J., « La fabrication de l'opinion », *Les Cahiers de la publicité*, 1962, vol. 1, n° 1, p. 33.

CHAZEL F., « INFLUENCE », Encyclopædia Universalis [en ligne], août 2015 (universalis.fr/encyclopedie/influence/, consulté le 18 septembre 2016) ; « Le concept de pouvoir » dans *Du pouvoir à la contestation*, Paris, LGDJ, 2003, p. 21-35 ; « Spécificité du pouvoir politique » dans *Du pouvoir à la contestation*, Paris, LGDJ, 2003, p. 67 ; « Pouvoir » dans R. BOUDON (dir.), *Traité de sociologie*, Paris, PUF, 1992, p. 195 ; « Pouvoir, structure et domination », *Revue française de sociologie*, 1983, XXIV, p. 369.

CONTAMIN J.-G., « La réception parlementaire d'une pratique politique "périphérique" : le droit de pétition entre réfraction et réflexion » dans CURAPP, *La politique ailleurs*, Paris, PUF, 1998, p. 39.

- CURIEN N., *IV/ Réseaux, concurrence et régulation*, Paris, La Découverte, 2005, p. 67.
- DELPEUCH T, DUMOULIN L. et GALEMBERT L. de, « Chapitre 5 - droit et action publique » dans *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 143.
- DREYFUS F., « Les autorités administratives indépendantes : de l'intérêt général à celui des grands corps » dans *Perspectives du droit public. Études offertes à Jean-Claude Hélin*, Paris, éditions du Juris-Classeur, 2004, p. 219.
- DUBOIS V., « L'action publique » dans A. COHEN, B. LACROIX et P. RIUTORT (dir.), *Nouveau manuel de science politique*, 1^{ère} éd., Paris, La Découverte, 2009, p. 311.
- DUFOURNET H., « Le piège rhétorique : une contrainte par la morale ? Réflexions sur l'emprise des "arguments moraux" dans les processus d'action publique », *Revue française de science politique*, 2015, vol. 65, n° 2, p. 261 ; « Le monopole de la dénonciation. Les ressources ambiguës d'un succès médiatique », dans P. JUHEM et J. SEDEL, *Agir par la parole. Porte-paroles et asymétries de l'espace public*, Rennes, PUR, 2016, 171.
- FOUCAULT M., « L'extension sociale de la norme » dans *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, p. 74 ; « Sujet et pouvoir » dans *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, p. 1041-1062 ; « La redéfinition du judiciaire, intervention au séminaire du Syndicat de la Magistrature » (1977), *Vacarme*, automne 2004, n° 29, p. 54-57.
- FRETEL J., « Habiter l'institution. Habitus, apprentissages et langages dans les institutions partisans » dans J. LAGROYE et M. OFFERLÉ (dir.), *Sociologie de l'institution*, Paris, Belin, 2010, p. 195.
- GAÏTI B., « L'opinion publique dans l'histoire politique : impasses et bifurcations », *Le Mouvement Social*, vol. 4, n° 221, 2007, p. 95.
- GIRARD C., « Instituer l'espace de la contestation : la compétence du peuple et la régulation des médias », *Philosophiques*, 2013, vol. 40, n° 2, p. 399-432.
- GNABA A., « Une instance qui ne se réclame que d'elle-même : le Comité Consultatif National d'Éthique », *Socio-anthropologie*, 15 septembre 2004, n° 15.
- JAKOBSON R., « Linguistique et poétique » dans *Essais de linguistique générale*, Paris, Minuit, 1968, p. 209.
- JOUVENEL B. de, « Livre IV. L'autorité : "Potestas" et "Potentia" » dans *De la politique pure*, Paris, Calmann-Lévy, 1977, p. 145.
- LACROIX A., LALONDE L. et LEGAULT G. A., « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, mars 2002, n° 33, p. 1.
- LACROIX B., « Ordre politique et ordre social » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1, p. 469.
- LAGROYE J., « La légitimation » dans M. GRAWITZ et J. LECA (dir.), *Traité de science politique*, Paris, PUF, 1985, vol. 1, p. 395 ; « On ne subit pas son rôle. Entretien avec Jacques Lagroye », *Politix*, 1997, vol. 10, n° 38, p. 7-17.
- LAPIERRE J. W., « POLITIQUE - Le pouvoir politique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne] (universalis.fr/encyclopedie/politique-le-pouvoir-politique/, consulté le 4 mars 2016).
- LASCOUMES P., « La C.O.B. : entre magistrature économique et gestion du droit des affaires », *Déviance et société*, 1985, vol. 9, n° 1, p. 1 ; « Normes juridiques et politiques publiques », *L'Année sociologique*, 1990, n° 40, p. 43.

- LASCOUMES P. et LE GALÈS P., « Instrument » dans L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT et P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3^e éd., Paris, Presses de FNSP, 2010, p. 325.
- LASCOUMES P. et SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 101.
- LASCOUMES P. et SIMARD L., « L'action publique au prisme de ses instruments », *RFSP*, 2011/1, n° 61, p. 5.
- LEFEBVRE R., « Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle » dans J. LAGROYE et M. OFFERLÉ (dir.), *Sociologie de l'institution*, Paris, Belin, 2010, p. 195.
- LE LIDEC P., « Les députés, leurs assistants et les usages du crédit collaborateurs. Une sociologie du travail politique », *Sociologie du travail*, 2008, n° 50, p. 147.
- LE LIDEC P. et DEMAZIÈRE D., « Introduction », *Sociologie du travail*, 2008, n° 50, p. 137.
- LENGLET M., « Légiférer en situation ? La déontologie de marché, entre production des normes et institutionnalisation des pratiques » dans BESSY C., DELPEUCH T. et PELISSE J. (dir.), *Droits et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, LGDJ, 2011, p. 167.
- LETONTURIER E., « AUTORITÉ », *Encyclopædia Universalis* [en ligne] (universalis.fr/encyclopedie/autorite/, consulté le 15 août 2015).
- MEIMON J., « Sur le fil. La naissance d'une institution » dans J. LAGROYE et M. OFFERLÉ (dir.), *Sociologie de l'institution*, Paris, Belin, 2010, p. 105.
- NEVEU E., « SOCIOLOGIE DE LA PRESSE », *Encyclopædia Universalis* [en ligne] (universalis.fr/encyclopedie/sociologie-de-la-presse/, consulté le 15 août 2015).
- NICHOLS JR. J. H., « L'enseignement de Kojève sur l'autorité », *Commentaire*, 2009, Numéro 128, n° 4, p. 877.
- OFFERLÉ M., « Avant-propos » dans M. OFFERLÉ (ed.), *La société civile en question*, Paris, La Documentation Française, 2003, p. 5.
- REVILLARD A., « L'expertise critique, force d'une institution faible ? », *RFSP*, 2009, Vol. 59, n° 2, p. 279.
- SAURUGGER S. et GROSSMAN E., « Les groupes d'intérêt français. Transformation des rôles et des enjeux politiques », *Revue française de science politique*, vol. 56, n° 2, 2006, p. 197.
- TERRÉ D., « Droit, morale et sociologie », *L'Année sociologique*, 2004, n° 54, p. 483 ; « Le pluralisme et le droit », *Archives de philosophie du droit*, 2005, n° 49, p. 69.
- TILLY Charles, « La guerre et la construction de l'État en tant que crime organisé », *Politix*, vol. 13, n° 49, Premier trimestre 2000, p. 100.

2. Études, articles, chroniques et contributions en langues étrangères

- BALDWIN D. A., « The Power of Positive Sanctions », *World Politics*, 1971, vol. 24, n° 1, p. 19.
- DAHL R. A., « The concept of Power », *Behavioral Science*, 1957, 2:3, p. 201.

- HOOD C., « Advice, information, persuasion » dans *The Tools of Government*, Londres, Macmillan Press, 1983, p. 21.
- PARSONS T., « On the Concept of Influence », *The Public Opinion Quarterly*, 1963, vol. 27, n° 1, p. 37.
- PARSONS T., « On the Concept of Political Power », *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1963, vol. 107, n° 3, p. 232.
- SHAPIRA O., « Exploring the Concept of Power in Mediation: Mediators' Sources of Power and Influence Tactics », *Ohio State Journal on dispute resolution*, 2009, n° 24, p. 1.
- SIMON H. A., « Authority », dans C.M. Arensberg, S. Barkin, W.E. Cambers, H.L. Wilensky, J.C. Worthy et B.D. Dennis (dir.), *Research in Industrial Human Relations. A Critical Appraisal*, New York, Harper & Brothers Publishers, 1957, p. 103.

V – Rapports et études⁹

- CONSEIL D'ÉTAT, *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE, Paris, La documentation française, 1983-1984, n° 35 ; *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993 ; *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, La Documentation française, 1995 ; *La transparence et le secret*, Rapport public 1995, EDCE, n° 47, Paris, La Documentation française, 1996 ; *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La Documentation française, 1998 ; *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, Rapport public 1998, EDCE, n° 51, Paris, La Documentation française, 1999 ; *L'intérêt général*, Rapport public 1999, EDCE, n° 50, Paris, La Documentation française, 1999 ; *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2000, EDCE, n° 52, Paris, La Documentation française, 2001 ; *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, EDCE n° 57, Paris, La Documentation française, 2006 ; *Les recours administratifs préalables obligatoires*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, La Documentation française, 2008 ; *Consulter autrement, participer effectivement*, Rapport public 2011, EDCE, n° 62, Paris, La Documentation française, 2012 ; *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, La Documentation française, 2010 ; *Les agences publiques : nouvelle gestion ?*, Rapport public 2011, EDCE n° 63, Paris, La Documentation française, 2012 ; *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, EDCE, n° 64, Paris, La Documentation française, 2013 ; *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, coll. « Les études du Conseil d'État », Paris, La Documentation Française, 2014.
- GÉLARD P., Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 et n° 3166 (2005-2006) au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, sur les autorités administratives indépendantes, 15 juin 2006, Assemblée nationale et Sénat, tome 1 et 2 ; Rapport d'information n° 616 (2013-2014) de P. GÉLARD, au nom de la commission des lois constitutionnelles, sur les autorités administratives indépendantes, 11 juin 2014, Sénat.

⁹ Au regard des trop nombreux rapports intéressants l'ensemble des Autorités administratives indépendantes, seuls sont référencés ici – en dehors des rapports et études du Conseil d'Etat – les rapports officiels dont l'objet est consacrée à la catégorie juridique des AAI.

DOSIÈRE R. et VANNESTE C., Rapport d'information n° 2925 (2010-2011) au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, sur les autorités administratives indépendantes, Assemblée Nationale, 28 octobre 2010, tome 1 et 2.

MÉZARD J., Rapport n° 126 (2015-2016) au nom de la Commission d'enquête, sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, *Un État dans l'État » canaliser la prolifération des AAI pour mieux les contrôler*, 28 octobre 2015, Sénat, Tome 1 et 2 ; Rapport n° 332 (2015-2016) au nom de la Commission des lois sur la proposition de loi de Mme M.-H. DES ESGAULX, MM. J.-L. DUPONT et J. MÉZARD portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et sur la proposition de loi organique de Mme M.-H. DES ESGAULX, MM. J.-L. DUPONT et J. MÉZARD relative aux autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, 27 janvier 2016, Sénat.

J.-L. WARSMANN, Rapport n°s 3689 et 3693 (2015-2016) de J.-L. WARSMANN au nom de la Commission des lois sur la proposition de loi organique, adoptée par le sénat, relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes (n° 3477), et la proposition de loi, adoptée par le Sénat, portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (n° 3476), 26 avril 2016, Assemblée nationale.

STASI B., *Vers la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Rapport au Premier ministre*, Paris, La Documentation Française, 2004, 129 p.

VI – Conclusions

BERTRAND L., conclusions sur CE Sect. 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France c. Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, Rec. Lebon, p.753.

BOTTEGHI D., conclusions sur CE, Sect., n° 360397 et n° 360398, 10 juill. 2013, *Société AT et T Global Network Services France et a.*, inédites.

BRAIBANT G., conclusions sur CE, 13 juill. 1962, n°s 51265 et 51266, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, RDP 1962, p. 739.

BURGUBURU J., conclusions sur CE, Sect., 06 novembre 2009, n° 304300, *Revue juridique de l'économie publique*, 2010, n° 674, p. 18-26.

BURGUBURU J., conclusions sur l'arrêt CE, Sect., 6 novembre 2009, n° 304300, *Société Inter Confort*, Rec. Lebon, p. 451.

CHAUVAUX D., conclusions sur CE, Sect., 31 mars 2003, n°s 188833 et 211756, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, RFDA*, 2003, p. 1185.

COMBREXELLE J.-D., conclusions sur CE, Sect., 27 octobre 1999, n° 196306, *Solana, RFDA*, 2000, p. 825.

DAUMAS V., conclusions sur la décision CE, Ass., 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, RFDA, 2016, p. 506.

DECOUT-PAOLINI R., conclusions sur CE, Sect., 22 juillet 2015, n° 361962, *Société Zambon*, inédites.

DEREPAS L., conclusions sur CE, 13 juillet 2007, n° 294195, *Éditions Tissot*, *AJDA*, 2007, p. 2145.

DE SILVA I., conclusions sur CE, 17 juillet 2009, n° 303874, *M. Daniel Gerbault*, *AJDA*, 2009, p. 2361.

DOMINO X., conclusions sur CE, 30 janvier 2015, n° 374022, *Région Provence-Alpes-Côte d'Azur*, *AJDA*, 2015, p. 876.

DONDOUX P., conclusions sur CE, Sect., 19 février 1982, n° 24215, *Mme Commaret*, *Rec. Lebon*, 1982, p. 81.

DUMORTIER G., conclusions sur CE, Ass., 11 avril 2012, n° 322326, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (FAPIL), *RFDA*, 2012, p. 547-557.

FOMBEUR P., conclusions sur CE, Sect., 18 décembre 2002, n° 233618, *Mme Duvernès*, *RFDA*, mars 2003, p. 280.

FRANC M., conclusions sur CE, Ass., 10 juillet 1981, n° 05130, *Retail*, *RDP*, 1981, p. 1448.

GLASER E., conclusions sur CE, 20 juillet 2005, n° 279180, *Société Fiducial Informatique et Société Fiducial expertise*, *RFDA*, 2006, p. 698.

GUYOMAR M., conclusions sur CE, Ass. 30 octobre 2009, n° 298348, *Mme Perreux*, *RFDA* 2009, p. 1125.

GUYOMAR M., conclusions sur CE, 16 janvier 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe*, *AJDA*, 2006, p. 829-831.

GUYOMAR M., conclusions sur CE, 10 janvier 2007, n° 286701, *Collectif pour la défense des loisirs verts*, inédites.

HUBERT P., conclusions sur CE, Ass., 26 juin 1998, n°s 194151 et 194152, *AXS Télécom et Société Esprit Télécom*, inédites.

LANDAIS C., conclusions sur CE, 27 avril 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*, *AJDA* 2011, p. 1328.

LAROQUE M., conclusions sur CE, 27 mai 1987, n° 83292, *S.A. Laboratoires Goupil*, inédites.

LEGRAS C., conclusions sur CE, 11 octobre 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard*, inédites.

MOSSET C., conclusions sur CE, Ass., 26 octobre 1956, n° 26266, *Association générale des administrateurs civils*, *Rec. Lebon* p. 391, *RDP*, 1956, p.1309.

QUESTIAUX N., conclusions sur CE, Sect. 23 mai 1969, n° 71782, *Société Distillerie Brabant et Cie*, *Rec. Lebon*, p. 264.

ROUX M., conclusions sur CE, Ass., 20 mai 1985, n° 64146, *MM. Labbé et Gaudin*, *RFDA*, 1985, p. 556.

SALINS C. de, conclusions sur CE, Ass., 8 avril 2009, n° 311136, *MM. Hollande et Mathus*, *RFDA*, mars 2009, p. 351.

SEBAN A., conclusions sur CE, Ass., 3 décembre 1999, n° 207434 *Didier*, *RFDA*, 2000, p. 584.

- STAHL J.-H., conclusions sur CE, Sect., n° 202260 26 mars 1999, *Société EDA*, *AJDA*, 20 mai 1999, n° 5, p. 433.
- STIRN B., conclusions sur CE, Sect., 25 janvier 1991, n°s 103143, 107100 et 107101, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, *RFDA*, 1991, p. 285.
- THÉRY J., conclusions sur CE, Sect., 28 mai 1971, n° 78951, *Damasio*, Rec. Lebon p. 391.
- VAN RUYMBEKE O., conclusions sur CE, Sect., 21 octobre 1988, n° 68638 et n° 69439, *Église de scientologie de Paris*, Rec. Lebon, p. 355.
- VIDAL S., conclusions sur CAA de Paris, 26 avril 2011, n° 09PA05749, *M. Sarkis Bedoian*, *RFDA*, 2012, p. 91.
- VON COESTER S., conclusions sur CE, Ass., n° 368082, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, Rec. Lebon p. 81 ; *RFDA*, 2016, p. 497.

INDEX DES JURISPRUDENCES

CJCE/CJUE

Allemagne c/ Commission, aff. C-518/17, 161, 162
Commission c/ Hongrie, aff. C-288/12, 101
France c/ Commission, aff. C-17/99, 898
République française c/ Commission, aff. C-202/88, 161

Conseil constitutionnel

Décision n° 76-88 L sur la nature juridique des dispositions de la loi portant réforme hospitalière, 138
Décision n° 82-124 L sur la nature juridique des dispositions de la loi relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, 138
Décision n° 83-164 DC - Loi de finances pour 1984, 249
Décision n° 83-165 DC - Loi relative à l'enseignement supérieur, 14
Décision n° 84-173 DC - Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, 14, 137
Décision n° 84-181 DC - Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, 1011
Décision n° 86-217 - Loi relative à la liberté de communication, 81, 111, 146, 583, 861
Décision n° 87-240 - Loi sur les bourses de valeurs, 245
Décision n° 88-248 - Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, 36, 146, 241, 372, 621, 862, 1011
Décision n° 89-260 - Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, 105, 112, 146, 1011
Décision n° 91-1141/1142/1143/1144 AN - *Paris (13^{ème} circ.)*, 81
Décision n° 92-170 L - Nature juridique de dispositions de la loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, 137, 143
Décision n° 92-316 DC - Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, 246
Décision n° 92-378 DC - Loi de réglementation des télécommunications, 864
Décision n° 97-389 DC - Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, 1014
Décision n° 99-184 L - Nature juridique de disposition de la loi relative au renforcement de la protection de l'environnement, 137
Décision n° 99-416 DC - Loi portant création d'une couverture maladie, 249
Décision n° 2000-433 DC - Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, 372
Décision n° 2003-194 L - Nature juridique de dispositions relatives à la composition des commissions administratives de reclassement des fonctionnaires ayant servi en Afrique du Nord, 142
Décision n° 2003-467 DC - Loi pour la sécurité intérieure, 249
Décision n° 2004-497 - Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, 146
Décision n° 2004-499 - Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, 281, 284

Décision n° 2006-535 - Loi pour l'égalité des chances, 370
Décision n° 2006-544 DC - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, 494
Décision n° 2009-580 DC - Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, 861, 952, 1011
Décision n° 2009-595 DC - Loi relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 752
Décision n° 2011-626 DC - Loi organique relative au Défenseur des droits, 7, 155, 249
Décision n° 2012-280 QPC - *Société Groupe Canal Plus*, 754, 1014-1015
Décision n° 2012-286 QPC - *Société Pyrénées services et autres*, 176
Décision n° 2013-241 L - Nature juridique de dispositions relatives à des conseils consultatifs, 142
Décision n° 2013-331 QPC - *Société Numéricable SAS et autre*, 1013, 1015
Décision n° 2013-672 DC - Loi relative à la sécurisation de l'emploi, 237
Décision n° 2015-713 DC et 2015-714 DC - Loi organique relative à la nomination du président de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, 82, 249
Décision n° 2015-715 DC - Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, 494

Conseil d'État

Abisset, 660
Association AC ! et autres, 489, 668
Association comité télévision et libertés et autres, 584
Association France nature environnement, 194
Association French Data Network, 586, 622, 951, 951
Association lacanienne Internationale, 617, 655, 677
Association Nouvelle Donne et autres, 584
Association pour garantir l'intégrité rurale restante, 194
Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP), 612, 617, 648, 677
Association Promouvoir, 622, 624, 625
Avrillier, 973
AXS Télécom et Sté Esprit Télécom, 878
Boujassy, 474
CCAMIP (avis), 7
Chambre régionale d'agriculture, Provence-Alpes-Côte-d'Azur, M^{me} Arnaud-Eraud, 789, 795
Choquet, 372
Chougnay, 669
Clausi, 663
Colombino, 943
Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, 621, 997
Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM), 602, 605
Crédit foncier de France, 880-893, 901-904
Dakar, 192
Damasio, 660, 663
Danthony, 489
Département de Tarn-et-Garonne c/ Bonhomme, 673
Derez, 624
Dlle Barbier, 188
Duvignères, 587-594, 601, 650, 893

Éditions Tissot, 29, 373, 394, 593, 621, 622, 641, 658, 1005
 Église de scientologie de Paris, 391, 395-398
 Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France, 394-397
 Fédération du Crédit mutuel centre-est Europe, 392-395, 418, 644
 Garde des Sceaux c/ M. K., 639
 Garreau de Loubresse, 500
 GDF Suez (Engie), 649, 650, 655, 662
 Gimbert, 818
 Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement (F.A.P.I.L.), 767, 789
 Institut français d'opinion publique (IFOP), 590
 Institution Notre-Dame du Kreisker, 589-591
 Lallemand et autres (élections régionales de la Réunion) et Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, 584
 M. Daniel Gerbault, 478-481
 M. et Mme Miller, 187, 190
 M. Jousselin, 881
 M. Rousseaux c. CNAM, institut de France, et ministre de l'enseignement supérieur, 493
 M.P. Ordonneau, 102
 Marine et Jean-Marie Le Pen, 957
 Mechri, 587
 Mélenchon, 944, 972
 Meyet, 589
 Min. Agr. c/ Sté les fils de Henri Ramel, 586,
 Min. de la Solidarité nationale, 385
 Min. éco et fin. et ville de Bordeaux c/ Sastre, 943
 Min. Int. c/ Benaouali, 558
 Min. Intérieur c/ MM. A., 887
 Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, 382-389, 474
 Ministre de l'intérieur c/ C. O., 887
 Ministre de la Santé publique et de la sécurité sociale c/ Delle Ecarlat, 904
 MM. Hollande et Mathus, 584, 877
 MM. Labbé et Gaudin, 583
 Mme Abric, 190, 474, 622
 Mme Commaret, 818, 819, 832
 Mme Laurent, 492
 Mme Perreux, 789
 Mme Troyon, 193
 Mme U. et autres, 780
 Monfort, 827
 Mouvement CAP 21, 624
 Mutuelle générale des services publics, 770
 Oniflor, 891
 Organisme de gestion écoles catholiques Couëron, 587
 Péan, 787
 Préfet d'Ille-et-Vilaine, 776, 794
 Président de l'Assemblée nationale, 188
 Président de l'Assemblée nationale (2), 188
 Région Provence-Alpes-Côte d'Azur (2), 494, 585
 Retail, 155, 182-190, 402, 570
 S.A. Chopin et Cie et autres, 424, 924
 S.A. Laboratoires Goupil, 380-384, 391, 641
 S.A. Voltalis, 593, 650
 S.A.R.L. ENLEM, 669, 679
 S.A.R.L. Riviera, 622
 S.A.R.L. Villerupt Auto-école, 818
 Sieur Martin, 384, 474, 642

Société A/S 2, 372
 S.A. « La Cinq », 622, 892, 901
 Société Banque Privée Fideuram Wargny, 1012
 Société Bouygues Télécom et a., 904
 Société Casino Guichard-Perrachon, 418, 588, 605, 609, 612, 620, 628, 902, 1031
 Société CEGEDIM, 770
 Société Crédit agricole S.A., 650
 Société des auteurs et compositeurs dramatiques et autres, 624
 Société Distillerie Brabant et Cie, 881
 Société EDA, 766, 767, 770
 Société Géa, 880
 Société générale d'entreprise et autres, 587
 Société GlaxoSmithKline Biologicals et Société Laboratoire GlaxoSmithKlin, 349, 652
 Société Groupe Canal Plus, 176
 Société Inter Confort, 245, 249
 Société Maison Genestal, 902
 Société Million et Marais, 767
 Société Profil France, 176
 Société Saint Martin Cable TV FWI, 193
 Société Zambon France, 119, 120
 Solana, 943, 945, 958
 Solana (2), 943, 968, 969
 Sté Altus Energy et a., 567
 Société AT et T Global Network Services France et a., 240, 241
 Société civile auteurs réalisateurs producteurs et a., 875
 Société Colruyt France et étab. FR Colruyt, 176
 Société Fairvesta International GMBH, 46, 64, 117, 379, 398, 474, 542, 575, 588, 627-694, 871, 1024
 Société les laboratoires Servier, 617
 Société NC Numericable, 64, 117, 379, 575, 588, 627-694, 871, 1024
 Société Pierre et Cristal, 473
 Société ITM et Leclerc, 609
 Synd. nat. enseignement technique agricole SNETAP-FSU, 488
 Syndicat des sylviculteurs du Sud-Ouest, 556
 Syndicat français des ostéopathes, 605
 Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées, 280
 Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres, 489
 Tinez et a., 7, 1021
 Vermot, 621
 Vidon, 494
 Ville de Paris et Société SODEVAM, 769
 Villemain, 590

Cour de cassation

Cass., 1^{ère} civ., 31 mai 1991, 418, 523
 Cass., 1^{ère} civ., 14 mai 1991, 767
 Cass., Ass. Plén., 31 mai 1991, 771, 775, 780
 Cass., Soc., 4 déc. 1996, 827
 Cass., crim., 3 février 1998, 961, 963, 968
 Cass., Ass. plén., 5 février 1999, COB c/ Oury et a., 1015
 Cass., Ass. Plén., 29 juin 2001, 780
 Cass., Soc., 2 juin 2010, Yusen air & Sea service, 788, 793

Cour EDH

Dubus S.A. c/ France, 176, 1015, 1016
 Société Colas Est c/ France, 249
 Yengo c/ France, 778

Tribunal des conflits

Agelasto, 962

*M. Bedoian c/ Autorité de contrôle prudentiel et de
résolution*, 965

Mme Bitirim c. CHU de Dijon, 964

Préfet de la Guyane, 962

INDEX DES MATIERES

A

Acte administratif unilatéral

- **Décisoire**, 381, 393, 570 et s., 588-617 (591), 635 et s., 996
- **Non décisoire**, 391-395, 474, 570 et s., 579, 627 et s., 646-693

Acte juridique, 442, 571

Acte parlementaire, 188

Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (AERES), 14, 385, 428, 680

Agence française de lutte contre le dopage (AFLD), 285, 1008

Amicus curiae, 774 et s.

Arbitrage, 800

Autorité

- **Notion**, 30
- **Auctoritas**, 30, 871
- **Autorité administrative**, 8, 184, 185
- **Autorité morale**, 29-33, 83-88, 458, 729, 992-994

Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA), 113, 247, 292, 321, 487, 815

Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), 93, 230, 247, 327, 333, 367, 465, 757, 759, 866, 876, 897, 930, 944, 964, 1008

Autorité de la concurrence, 80, 117, 120, 141, 172, 218 et s., 228, 247, 280, 290, 299, 300, 316, 321, 336, 342, 372, 487, 490, 547, 554, 557, 568, 588, 609, 623, 628, 664, 676, 684, 715 et s. (753), 766 et s. 770, 772, 782, 896, 898, 902, 1014, 1027-1033, 1037

Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), 495, 585

Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER), 290, 317, 490, 495, 557, 585, 796, 856, 1016

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), 117, 240, 779, 856, 904, 944, 1008, 1014 et s.

Autorité de régulation des télécommunications (ART), 779, 864, 873, 877

Autorité de sûreté nucléaire (ASN), 328, 856, 974

Autorité des marchés financiers (AMF), 88, 95, 112, 118, 120, 122, 124, 165, 190, 231, 237, 257, 285, 367, 398, 502, 510, 542, 649, 653, 664, 683, 685, 690, 767, 805, 811, 820, 833, 856, 866, 926, 930, 955, 1015 et s.

Autorité publique indépendante (API), 165

Auto-saisine, 170-179, 227, 229, 547, 709, 716, 720

Avis

- **Définition**, 427
- **Avis conforme**, 101, 138, 485, 490 - 495
- **Avis inquisitoire**, 296, 301
- **Avis motivé**, 271, 489, 490, 585
- **Avis obligatoire**, 486, 489
- **Avis préparatoire**, 294, 642
- **Avis simple**, 429, 490, 494, 495

B

Bureau de vérification de la publicité (BVP), 927

C

Circulaire, 424, et s., 588 et s., 597 et s., 601, 650, 684, 884 et s., 932

Coauteur, 495

Comité consultatif national d'éthique (CCNE), 124, 230, 303, 605, 730, 775, 780, 827

Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN), 266, 303, 330, 350 et s., 458, 934

Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), 218, 266, 269, 272, 335, 344, 363, 499 et s., 818-821, 832, 839, 841

Commission de la sécurité des consommateurs (CSC), 292, 329, 366, 380 et s.

Commission de régulation de l'énergie (CRE), 79, 82, 94, 101 et s., 113, 122, 236, 491, 557, 567, 649 et s., 866, 982, 1015 et s.

Commission des clauses abusives (CCA), 137, 236, 292, 329, 395, 396, 453, 597

Commission des opérations de bourse (COB), 78, 758, 930, 1020

Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), 17, 83, 124, 174, 218, 461, 730, 778, 920, 981, 1000

Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), 192, 266, 458, 942

Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), 82, 100, 110, 192, 266, 331, 458, 499, 551, 940

Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS), 156, 251, 324, 362, 762, 828, 844, 923, 937

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), 82, 88, 95, 110, 117, 122, 160, 187 et s., 193, 201, 209, 212, 218 et s., 223, 227 et s., 238, 248, 255, 266 et s., 281, 284, 306, 323, 327, 337, 344 et s., 442, 489, 494, 512, 622, 841, 856, 903, 926, 928, 944, 952, 961, 963, 968, 972, 996, 1025

Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), 81, 111, 146 et s., 861, 901

Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP), 81, 251, 944

Commission nationale du débat public (CNDP), 16, 137, 143, 194, 303

Communiqué, 43, 292, 300, 324, 336, 366, 372, 399, 403, 422 et s., 542, 577, 587, 589, 628, 633, 653, 683, 685, 690, 742, 875, 895 et s., 926, 956, 972

Communiqué de procédure (autorité de la concurrence), 896

Composition, 31, 72-90, 108 et s., 124, 128, 133, 140-143, 197, 218, 225, 270, 513, 726, 921, 928, 930, 1010

Conflit d'intérêts, 104-127

Conseil constitutionnel, 137, 142 et s., 155, 185, 710, 752-754, 861 et s., 951, 1008 et s.

Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), 114, 148,

168, 321, 333, 372, 514, 582, 589, 740, 856, 875, 926, 1016, 1023

Consultation. Voir Avis

Contradictoire (principe de), 262, 291-299, 374, 678, 780

Contrôle

- **Contrôle de constitutionnalité**, 753, 754
- **Contrôle normal**, 676, 971
- **Contrôle restreint**, 677, 970, 971, 1021

Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), 85, 100, 156, 173, 222, 237, 247, 258, 283, 290, 365, 428, 721, 730, 792, 828, 934, 944, 953, 979, 989

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), 249, 257, 291, 622, 791, 795

Cumul des fonctions, 110, 1013

Cumul des pouvoirs, 701, 791, 794, 851, 950, 1011-1017, 1028, 1034

D

Défenseur des droits, 54, 75, 83, 87, 97, 152, 154-156, 160 et s., 178, 212-223, 229, 231, 248, 256 et s., 260, 275 et s., 283, 291, 321 et s., 337, 360 et s., 371 et s., 397, 498, 504, 511 et s., 552, 654, 710 et s., 728, 734 et s., 742, 744 et s., 748, 754, 782-790, 794, 801, 813 et s., 832 et s., 839 et s., 911, 923, 928, 954 et s., 979, 984 et s., 998-1007

Défenseur des enfants, 87, 156, 173, 175, 217, 716, 769, 994 et s.

Délit d'entrave, 251-258, 291

Dénonciation. *Voir* Stigmatisation

Déontologie, 106, 115, 117, 321, 906-931

Détachabilité, 390-395, 398, 962

Dignité (principe de), 123, 336, 584, 729 et s., 825 et s., 991

Directive administrative (Ligne directrice), 177, 501, 614, 677, 680, 855, 879-905

Doctrines administratives, 39, 124, 215, 287, 312, 329, 334, 335, 418, 761, 832, 890, 923

Document administratif, 349, 363

Document préparatoire, 342, 353

Droit souple, 341, 516-529, 648, 698, 857

Droits de la défense, 244, 287, 291, 299, 370, 561, 563, 677, 693, 763, 780, 793, 1013, 1032

E

Effectivité, 23, 42, 44, 307, 315, 466, 519-531, 648, 702 et s., 797, 851, 878, 926, 958, 1026, 1037

Effet juridique, 46, 47, 383, 384, 386, 442, 521, 523-527, 544, 547, 613, 636, 643, 934

Équité, 67, 81, 361, 475-480, 547, 677, 729, 731, 791, 811, 823-830

Erreur manifeste d'appréciation, 146, 396, 674-679

F

Fonction contentieuse, 571, 796, 830

Fonction d'alerte, 41, 70, 939, 941, 1037

Fonction d'expertise, 177, 210

Fonction d'information, 310-312

Fonction de promotion, 77, 79, 87, 312, 315, 319-324, 511, 778, 833, 928, 980, 1006, 1037

Fonction de proposition, 41, 708-710, 714, 720, 734, 736, 848

Formalisme, 405, 534-536, 569, 678, 695, 1024

G

Grief

- **Notion**, 635 et s.

– **Acte faisant grief**, 571, 635 et s., 640, 644 et s., 671

– **Décision faisant grief**, 393, 398, 500, 571, 583, 589, 592, 605, 612, 621, 624, 636-645, 902, 996

H

Habilitation, 131, 175, 177, 239, 249, 327, 330, 371, 376, 433, 504, 525, 542-556, 697, 721, 862, 867

Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (HCERES), 428, 562, 680

Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C), 139, 230

Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA), 148, 582, 583

Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), 79, 88, 156, 213, 248, 252, 291, 320 et s., 362, 373 et s., 394, 474, 511 et s., 730, 785 et s., 812, 822, 834, 952, 954, 1005

Haute autorité de santé (HAS), 45, 119, 124 et s., 298, 349, 461, 602, 613 et s., 648, 652, 659, 677, 828, 904, 927

Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), 82, 100, 117, 511, 586, 796, 815, 861, 950 et s., 1008, 1026

Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), 82, 122 et s., 562, 700, 948, 956

Homologation des actes (des AAI), 856, 865, 898, 931

I

Impartialité, 30 et s., 72 et s., 89 et s., 103 et s., 112, 119, 128, 161, 303, 401 et s., 624, 677, 707, 812, 1012-1016, 1032

Impérativité, 413, 434 et s., 529, 578, 589-599, 601-619, 644, 649 et s., 671

Influence

– **Notion**, 19 et s. (24)

– **Pouvoir d'influence**, 8, 19-33, 44, 47, 102, 130, 133, 172, 203, 460-465, 471, 528, 547, 556, 687, 777, 790, 809, 919, 983, 1036

Injonction, 24, 186, 252, 256, 362, 400, 594, 600, 608, 691, 938, 983-1007, 1036

Institution (Hauriou), 15 et s., 154, 700

Intercession, 836-847

Intérêt à agir, 641-646, 654, 657, 658-667, 671, 678, 680

Intérêt général, 79, 177, 225, 234, 501, 717, 788, 886

Intérêt public, 4, 15, 81, 118, 173, 234, 700, 717, 724, 729, 778, 788, 794, 812, 814, 831, 921, 1043

Interprétation, 122, 155, 161, 297, 298, 351, 503, 544, 589-594, 650, 676, 684, 760, 776, 794, 1016

Interprétation constructive, 504

Interprétation illégale, 589, 590, 650

Interprétation impérative, 589, 590, 592

Interprétation neutralisante, 155, 161

Interprétation téléologique, 161

J

Juridicité. *Voir* Norme juridique

L

Légalité

- **Principe de légalité**, 569, 677, 827, 889, 901

- **Légalité externe**, 396, 669, 673, 678 et s.
- **Légalité interne**, 669, 676

M

Médiateur de la République, 53, 60, 84, 97, 155 et s., 180-188, 229, 475-481, 717 et s., 731 et s., 733-735, 748, 750, 769, 799-801, 807, 822, 836 et s., 842-846, 911, 921, 936, 982, 993-999, 1003
Mesure d'ordre intérieur, 633, 637 et s., 645, 656, 718
Mesure gracieuse, 475-481
Mise en demeure, 252-256, 373 et s., 586, 620-625, 950, 983, 986, 996, 1005 et s., 1010, 1021 et s.
Mise en garde, 41, 366, 425, 542, 558, 576, 622, 649, 653, 663 et s., 683 et s., 933, 948, 986, 1008, 1009, 1021-1026
Motivation, 241, 350-352, 501, 506, 531, 557-559, 567, 622

N

Name and shame, 354, 363

Norme

- **Définition**, 413
- **Norme incitative**, 419, 437, 504, 506 et s., 512, 520
- **Norme juridique**, 24, 42, 49, 422, 430-446, 465, 504, 526, 529, 534, 539, 569, 598, 615, 676, 702, 1041
- **Norme recommandationnelle**, 411-446, 459, 469-474, 506, 528, 546
- **Norme supplétive**, 419, 501, 504, 614, 615, 885

Notification, 330, 365, 565, 567

O

Obligatorité, 434-446, 521, 1050

Opinion publique, 85, 156, 302-310, 336, 341, 350, 354, 356, 361, 378, 394, 399, 566, 739, 741, 849, 991, 1007

P

Persuasion, 22-33, 44, 49, 201, 253, 298, 318, 409 et s., 459 et s., 555, 574, 626, 678, 698, 723, 729, 836, 851, 912, 917, 989, 1010, 1024

Pétition, 308, 837-843

Pluralisme, 75-82, 92, 103, 108, 336, 582, 726, 729, 919
Pouvoir de sanction, 138, 291, 609, 625, 898, 910, 935, 938, 959, 1008-1028

Pouvoir réglementaire, 135-143, 241, 494, 856-878

Principe de précaution, 389

Proportionnalité, 243, 370

Publication, 316, 327-398, 550, 553, 562-568, 608, 649, 652, 655, 663, 685, 690 et s., 742-745, 864, 889, 898, 903, 926, 956, 991, 1000, 1005 et s., 1021

R

Recommandation. *Voir Norme recommandationnelle*

- **Définition**, 409
- **Recommandation de bonnes pratiques**, 124-127, 298, 602, 611-617, 677, 904, 917, 927 et s., 932

- **Recommandation en équité (Défenseur des droits)**, 475-478, 481, 547

Recours

- **Recours en plein contentieux**, 474, 660, 673, 687
- **Recours pour excès de pouvoir**, 46, 190 et s., 375, 379 et s., 390 et s., 571-694, 866, 901 et s., 943, 959, 969 et s., 996, 1026, 1031, 1046 et s.

Référé, 365, 1003

Référé liberté, 365

Régulation

- **Autorégulation**, 226, 514, 907, 914, 916-929
- **Co-régulation**, 761, 916-923, 929-933
- **Fonction de régulation**, 9, 16, 36, 37, 1037

Répression administrative. *Voir Sanction administrative*

Responsabilité

- **Faute lourde**, 387, 965
- **Faute simple**, 387, 388
- **Préjudice moral**, 385, 391
- **Sans faute**, 383, 389

S

Sagesse, 19, 30, 72, 77, 85, 90, 401, 729

Sanction

- **Notion**, 358
- **Sanction administrative**, 370-375, 586, 622, 958, 1011, 1019 et s., 1045

Secret

- **Secret des affaires**, 264, 280
- **Secret professionnel**, 264, 273, 275, 278, 281, 283, 284, 285, 292, 348, 397
- **Secret de la défense nationale**, 271, 273, 330, 350
- **Secret de fabrication**, 264, 285, 292

Sécurité juridique, 827, 852, 868, 878, 911, 1038

Séparation des fonctions, 176

Soft Law. *Voir Droit souple*

Stigmatisation (Pouvoir de), 317, 356-375, 400, 464, 745, 957, 958, 992, 1007

Sunshine regulation, 313-315, 363

T

Théorie des compétences implicites, 239, 877

Transaction, 248, 299, 510, 796, 799, 959

Transparence, 82, 106 et s., 121-127, 264 et s., 275, 293, 313-318, 325, 363, 399, 554, 557, 559, 565 et s., 693, 729, 744, 759, 989

Tribunal des conflits, 964

V

Vice propre, 669, 679

Vérifications sur place, 247, 249

Vœu, 422-427, 442, 667-671, 679, 694, 838

TABLE DES MATIERES

Remerciements	I
Liste des abréviations	III
Avertissement	V
Sommaire	VII
Introduction générale	1
Section 1. L'objet de l'étude	2
§1 La catégorie des autorités administratives indépendantes	3
A. Une catégorie distinctive	5
B. Une catégorie souple.....	11
§2 La magistrature d'influence	21
A. La magistrature d'influence plutôt que le pouvoir d'influence	23
B. La magistrature d'influence plutôt que le magistère moral	28
Section 2. L'intérêt de l'étude	34
§1 Une approche fonctionnelle des autorités administratives indépendantes renouvelée.....	34
§2 Les incertitudes juridiques autour de la magistrature d'influence	40
§3 L'épistémologie juridique à l'épreuve de la magistrature d'influence	44
Section 3. La méthode de recherche	47
§1 Les démarches non retenues.....	48
A. L'approche de science politique.....	48
B. L'approche comparative	52
§2 La méthode retenue.....	55
Première partie : Les conditions d'exercice d'une magistrature d'influence par les Autorités administratives indépendantes	61
Titre 1. L'indépendance, source incontournable de l'influence	63
Chapitre 1. L'indépendance d'esprit, condition d'un magistère d'influence	67
Section 1. Une indépendance d'esprit liée à la composition des autorités.....	69
§1 Une autorité collégiale.....	71
§2 Une autorité unipersonnelle.....	79
Section 2. Une indépendance vis-à-vis de l'autorité politique	84
§1 La diversification des autorités de désignation des membres.....	86
§2 Des garanties variables contre le pouvoir politique de nomination.....	91
Section 3. Une indépendance à l'égard du secteur surveillé.....	96
§1 Les incompatibilités applicables aux membres	99
§2 Les interdictions ponctuelles	107
§3 La transparence pour prévenir les conflits d'intérêts	111
Chapitre 2. L'indépendance d'action, condition d'une capacité d'influence	121
Section 1. La stabilité institutionnelle comme garantie de l'indépendance d'action	122
§1 La répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire .	123
A. La compétence réservée au législateur de création ou de suppression des AAI.....	124
B. La compétence du pouvoir réglementaire dans l'organisation et le fonctionnement des AAI	129
§2 L'apport relatif de la constitutionnalisation de l'indépendance des autorités.....	132
A. Les résistances à la constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes	133
B. La neutralisation des effets de la constitutionnalisation du Défenseur des droits.....	138
Section 2. Les autonomies fonctionnelles nécessaires à l'exercice d'une magistrature d'influence	141
§1 Les incertitudes de l'autonomie décisionnelle.....	142

§2	Une autonomie de gestion ajustée.....	149
§3	Le renforcement de l'autonomie d'action.....	155
Section 3.	La soumission des magistratures d'influence indépendantes au contrôle du juge administratif.....	164
§1	La nature administrative des autorités indépendantes.....	165
§2	Le contrôle des refus d'exercer une magistrature d'influence.....	171
Conclusion du titre I.....		177
Titre 2.	L'information, ressource privilégiée de l'influence.....	179
Chapitre 1.	Les pouvoirs de recueillir l'information, condition d'une expertise influente..	181
Section 1.	Une information diversifiée.....	182
§1	S'informer : une mission de veille et d'expertise.....	182
§2	La sollicitation d'autres organes de contrôle ou de conseil.....	187
§3	La sollicitation de la société civile.....	193
Section 2.	Une information exigée.....	198
§1	Une compétence administrative générale d'accès à l'information.....	199
§2	Des compétences spécifiques d'enquête.....	206
§3	Le renforcement de l'accès à l'information par la sanction.....	213
Section 3.	Une information encadrée.....	217
§1	Les limites matérielles au recueil de l'information.....	219
A.	Les secrets de la puissance publique.....	220
B.	Les secrets privés.....	227
§2	L'encadrement progressif du recueil de l'information.....	235
A.	Le contradictoire imposé par le législateur.....	236
B.	Le contradictoire issu de la pratique des autorités administratives indépendantes....	240
Chapitre 2.	Le pouvoir de diffuser l'information, condition d'une action influente.....	245
Section 1.	Le pouvoir d'informer.....	252
§1	Les vertus préventives du pouvoir d'informer.....	253
A.	L'influence par la transparence des situations.....	253
B.	L'influence par la promotion des droits et des libertés.....	256
§2	Les conditions d'adaptation des modes de diffusion de l'information aux publics visés. 262	
A.	L'autonomie du pouvoir d'informer comme condition de l'influence de leur expertise 263	
B.	Principale conséquence de l'autonomie du pouvoir d'informer : la diversification des stratégies de communication.....	266
§3	L'encadrement limité de la diffusion de l'information.....	271
A.	La levée progressive des limites fonctionnelles à la diffusion de l'information.....	271
B.	Le maintien de limites matérielles à la diffusion de l'information.....	276
Section 2.	Le pouvoir de stigmatiser.....	281
§1	La stigmatisation, une sanction morale aux effets variables.....	282
A.	La stigmatisation comme moyen de pression.....	282
B.	La stigmatisation comme moyen d'information.....	288
§2	La stigmatisation, une sanction administrative non reconnue ?.....	292
Section 3.	Le pouvoir de diffuser l'information progressivement contrôlé.....	298
§1	La responsabilité administrative du fait de la diffusion de l'information.....	299
A.	La prise en compte du préjudice lié aux effets de la publication.....	299
B.	L'exigence d'une faute simple pour engager la responsabilité du fait d'une recommandation publiée.....	304
§2	La détachabilité de la décision de diffusion de l'acte diffusé.....	307
A.	Les enjeux du contrôle de la décision de diffuser un avis.....	308
B.	L'intérêt limité du contrôle de la légalité de la décision de publication.....	312
Conclusion du titre 2.....		317
Conclusion de la première partie.....		319
Deuxième partie : Les manifestations normatives de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes.....		321
Titre 1.	Les instruments normatifs de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes.....	323

Chapitre 1. Les instruments recommandationnels de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes	325
Section 1. Le procédé recommandationnel, générateur de propositions normatives non impératives.....	326
§1 La vocation directive du procédé recommandationnel.....	327
A. Le contenu normatif du procédé recommandationnel	327
B. La typologie difficile des actes émis dans le cadre du procédé recommandationnel ...	332
§2 La juridicité introuvable de la norme recommandationnelle	339
A. L'absence de caractère obligatoire de la norme recommandationnelle	340
B. La remise en question du caractère obligatoire comme critère déterminant de la juridicité	344
Section 2. Le procédé recommandationnel, manifestation d'une relation dynamique entre le destinataire et le destinataire de la norme.....	350
§1 Le destinataire de la norme dans le procédé recommandationnel	351
A. L'apport de la théorie des actes de langage	352
B. L'apport de l'étude des techniques de persuasion	357
§2 Le destinataire de la norme dans le procédé recommandationnel.....	363
A. Les conséquences de l'adhésion volontaire des particuliers au comportement recommandé	364
B. Les conséquences de l'adhésion volontaire de l'autorité administrative au comportement recommandé.....	367
Chapitre 2. Les instruments incitatifs de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes	373
Section 1. Les obligations procédurales	374
§1 Les obligations en amont de l'avis et de la recommandation.....	374
A. L'obligation de consultation.....	375
B. L'exclusion des avis conformes et des propositions de la catégorie des instruments incitatifs	377
§2 Les obligations en aval de l'avis et de la recommandation	382
A. L'obligation d'information des suites données aux avis et recommandations	382
B. L'obligation de réponse motivée	384
Section 2. Les sanctions positives.....	387
§1 La juridicité singulière des incitations positives	388
§2 Le développement des labels	391
Section 3. La conceptualisation incertaine du droit souple	395
§1 L'assimilation critiquable des instruments incitatifs et des instruments recommandationnels.....	398
§2 L'assimilation critiquable des effets réels des normes recommandationnelles et des effets juridiques.....	401
Conclusion Titre 1.....	407
Titre 2. L'encadrement des manifestations normatives de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes	409
Chapitre 1. La réglementation partielle des manifestations normatives de la magistrature d'influence	413
Section 1. La définition de la compétence recommandationnelle des autorités administratives indépendantes.....	414
§1 Portée de la consécration d'une compétence d'édicter des actes à visée recommandationnelle.....	414
§2 L'établissement d'un modèle d'exercice de la magistrature d'influence	419
Section 2. L'accroissement limité des garanties au profit des destinataires des actes à visée recommandationnelle.....	422
§1 La motivation obligatoire.....	423
§2 Le droit de présenter des observations écrites ou orales	426
§3 Les règles de publicité	427
Chapitre 2. Les conditions du contrôle juridictionnel des actes de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes	431
Section 1. L'impératif comme condition stricte d'un contrôle des actes à visée recommandationnelle.....	433

§1	Les requalifications ponctuelles des actes à visée recommandationnelle.....	434
A.	La requalification des « fausses appellations »	435
B.	La requalification des dispositions impératives des actes à visée recommandationnelle 441	
§2	Une approche pragmatique de l'impérativité des actes à visée recommandationnelle....	446
A.	Les prescriptions générales : le test d'impérativité	447
1)	La tonalité impérative comme indice insuffisant du caractère décisoire de l'acte ..	448
2)	Les pouvoirs propres de l'autorité comme indice décisif du caractère décisoire de l'acte449	
3)	L'influence déterminante comme critère contestable de la nature décisoire d'un acte 453	
B.	Les prescriptions individuelles : application de la jurisprudence des mises en demeure 457	
Section 2. L'influence déterminante comme condition complexe du contrôle des actes à visée recommandationnelle.....		462
§1	Les critères de recevabilité des recours dirigés contre les actes à visée recommandationnelle	465
A.	Les effets réels de l'acte non décisoire faisant grief.....	465
1)	La dissociation du grief de la nature décisoire de l'acte : précisions sur la notion contentieuse de « grief »	466
2)	La mesure de l'influence d'un acte non décisoire.....	473
i.	L'influence significative de l'acte non décisoire.....	473
ii.	L'effet notable de l'acte non décisoire.....	478
B.	L'intérêt à agir du requérant contre un acte non décisoire.....	481
C.	Les leçons tirées des jurisprudences relatives aux actes non décisores : vers l'abandon complet du principe d'irrecevabilité.....	487
§2	Les conséquences sur l'office du juge de l'excès de pouvoir du contrôle des actes d'une magistrature d'influence	490
A.	L'étendue du contrôle opéré sur les actes non décisores	491
1)	Le contrôle variable des actes porteurs d'un énoncé normatif.....	492
2)	Le contrôle limité des actes porteurs d'un énoncé non normatif.....	494
B.	Le maintien du pouvoir d'appréciation des autorités de régulation.....	498
1)	La reconnaissance d'une compétence générale d'émettre des actes à visée recommandationnelle.....	498
2)	Les pouvoirs d'injonction du titre Ier du livre IX du Code de justice administrative 501	
Conclusion du titre 2		505
Conclusion de la deuxième partie.....		507

Troisième partie : Les usages de la magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

Titre 1 : La magistrature d'influence, une institution de promotion de l'effectivité des droits.....

Chapitre 1. Des institutions encourageant la concrétisation des droits.....	515
Section 1. L'influence diffuse sur l'élaboration et la modification des lois et règlements.....	515
§1 La légitimation des propositions de modification des lois et règlements.....	518
A. Un pouvoir progressivement consacré et renforcé par la loi.....	519
B. L'importance de l'origine des propositions de réforme	523
1. L'expertise critique	525
2. La détection de réformes	529
§2 Le suivi des propositions de modification des lois et règlements.....	531
A. La communication des propositions	532
B. La diversification des relais institutionnels des propositions	536
1) Les correspondants au sein des ministères.....	536
2) Les parlementaires dans leur travail législatif et de contrôle	538
3) L'accès au Conseil constitutionnel.....	540
4) La participation à des réseaux internationaux.....	543
Section 2. L'influence encadrée sur la détermination des politiques jurisprudentielles.....	549

§1	La consultation des autorités administratives indépendantes à l'initiative des juridictions	550
A.	La délivrance d'avis de nature juridique aux juridictions : les risques de dessaisissement du juge.....	550
B.	L'encadrement de l'influence des autorités administratives indépendantes par le juge : la figure de l'« ami de la Cour ».....	557
§2	Les interventions <i>sui generis</i> imposées aux juridictions à l'initiative des autorités administratives indépendantes	563
A.	Les observations de droit du Défenseur des droits.....	564
B.	Le contradictoire comme condition suffisante du respect de l'équilibre du procès.....	569
Chapitre 2. Des institutions participant à la conciliation des droits		573
Section 1. L'illusion de la médiation		574
§1	Les spécificités du processus de médiation	576
§2	L'incompatibilité de la magistrature d'influence avec la médiation.....	580
Section 2. Les avancées de la conciliation.....		584
§1	La conciliation comme préalable à la saisine du juge : le désencombrement des prétoires	586
§2	La conciliation comme alternative à la saisine du juge.....	590
A.	L'invocation explicite des valeurs dans la résolution des différends.....	590
B.	La pédagogie du différend fondée sur une expertise originale	593
Section 3. La complémentarité des intercessions		597
§1	Une activité d'intercession concurrente au droit de pétition au Parlement.....	597
§2	Une activité d'intercession complémentaire de celle des parlementaires	602
Conclusion du Titre I.....		607
Titre 2. La magistrature d'influence, un instrument précaire de la régulation souple 609		
Chapitre 1. Les impasses fonctionnelles de la magistrature d'influence dans la réglementation administrative.....		613
Section 1. La magistrature d'influence, un substitut imparfait aux compétences réglementaires		614
§1	L'octroi conditionné de compétences réglementaires aux autorités administratives indépendantes	615
A.	Les contraintes constitutionnelles à la délégation du pouvoir réglementaire.....	616
B.	Des solutions inconfortables au regard de l'indépendance des autorités administratives indépendantes	619
§2	L'insécurité juridique engendrée par la recommandation-réglementation.....	622
A.	Le procédé recommandationnel comme moyen de pallier les carences de compétences réglementaires.....	622
B.	L'issue juridictionnelle aléatoire des « recommandations-réglementation »	626
Section 2. L'entre-deux fonctionnel des lignes directrices.....		629
§1	Le caractère hybride des lignes directrices : entre règlement et recommandation ?.....	631
A.	L'absence de spécificité fonctionnelle de la ligne directrice	631
B.	La spécificité de la ligne directrice au regard de son régime contentieux.....	634
§2	Un instrument adapté à la souplesse d'action des autorités administratives indépendantes	636
A.	Un instrument privilégié par les autorités administratives indépendantes.....	637
B.	Une application de la jurisprudence des lignes directrices aux autorités administratives indépendantes	640
Section 3. L'entre-deux normatif des règles déontologiques		644
§1	Les conditions d'intervention des AAI dans la matière déontologique	645
A.	La spécificité normative des règles déontologiques	645
B.	La co-régulation comme correctif des insuffisances de l'autorégulation déontologique	651
§2	Les AAI comme structure de co-régulation.....	656
A.	Les manifestations de la co-régulation par les autorités administratives indépendantes	656
B.	Les limites de la co-régulation par les AAI : exemple dans la matière bancaire et financière.....	660
Chapitre 2. L'impuissance de la magistrature d'influence dans le contrôle des comportements.....		667
Section 1. L'instrumentalisation de la transmission des informations aux autorités de contrôle		669

§1 L'obligation de transmission des informations au parquet : objet de stratégies de maximisation de leur influence.....	671
A. L'obligation de signalement au parquet comme moyen d'action des autorités administratives indépendantes.....	673
1) Le signalement comme outil d'une stratégie dissuasive.....	673
2) Le signalement comme outil d'une stratégie collaborative.....	677
3) Le signalement comme outil d'une stratégie de communication.....	680
B. L'obligation de signalement au parquet comme limite de l'action des autorités administratives indépendantes.....	682
1) Le contrôle des signalements abusifs.....	683
2) Le contrôle de la rétention des affaires.....	687
§2 La transmission des informations aux autorités internationales et européennes de contrôle : des sources d'information privilégiées.....	691
Section 2. Le paradoxe du pouvoir d'injonction au sein d'une magistrature d'influence.....	698
§1 Signification de l'attribution d'un pouvoir d'injonction à une autorité administrative....	700
§2 La portée incertaine des injonctions non sanctionnées.....	704
A. La confusion entre l'injonction morale et l'autorité morale.....	704
B. L'approche contentieuse des injonctions.....	707
§3 L'exemple du pouvoir d'injonction du Défenseur des droits.....	709
A. L'attribution formelle d'un pouvoir d'enjoindre de suivre le comportement recommandé.....	709
B. La pratique d'un pouvoir d'enjoindre de tenir compte d'une recommandation.....	712
Section 3. Les conséquences du cumul d'une magistrature d'influence et d'un pouvoir de sanction.....	714
§1 Un cumul des pouvoirs encadré par le droit commun de la répression.....	716
§2 L'instrumentalisation de la magistrature d'influence au profit d'une répression graduée.....	724
§3 Le risque de subjectivisation des attributions consultatives : l'exemple de l'Autorité de la concurrence.....	730
Conclusion du titre 2.....	737
Conclusion de la troisième partie.....	739
Conclusion générale.....	741
Bibliographie.....	751
I – TRAITÉS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIALISÉS.....	751
II – Monographies et ouvrages collectifs.....	753
1. Monographies en langue française.....	753
2. Monographies en langues étrangères.....	755
B – Monographies – sciences humaines et politiques.....	756
1. Monographies en langue française.....	756
2. Monographies en langues étrangères.....	758
A. Thèses et mémoires – science juridique.....	758
B. Thèses et mémoires – sciences humaines et politiques.....	761
IV – Études, articles, chroniques et contributions.....	761
A – Études, articles, chroniques et contributions – science juridique.....	761
1. Études, articles, chroniques et contributions en langue française.....	761
2. Études, articles, chroniques et contributions en langues étrangères.....	793
B. Études, articles, chroniques et contributions – sciences humaines et politiques.....	794
1. Études, articles, chroniques et contributions en langue française.....	794
2. Études, articles, chroniques et contributions en langues étrangères.....	796
V – Rapports et études.....	797
VI – Conclusions.....	798
Index des jurisprudences.....	Erreur ! Signet non défini.
Index des matières.....	805
Table des matières.....	885

La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes

Résumé

La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes est fréquemment décrite à travers diverses attributions de conseil, avis, proposition, recommandation ou contrôle, propres à conférer une fonction juridique et sociale importante. La mise en lumière des phénomènes de l'influence et de la persuasion à travers le statut, les pouvoirs et les fonctions des autorités administratives indépendantes, permet d'apporter une lecture nouvelle, tant de ces institutions que du renouvellement des pratiques de gouvernement. Cette étude met en évidence l'importance du caractère pluriel du pouvoir exercé par les autorités administratives indépendantes, ainsi que des limites des recherches invoquant la souplesse en droit.

Mots clés : Autorités administratives indépendantes – Régulation – Magistrature d'influence – Acte administratif – Information.

Résumé en anglais

The “magistrature of influence” of the independent administrative authorities is usually associated with a set of attributes such as counsel, information, proposition, and recommendation. They would give significant legal and social functions to those State agencies. Focusing on the independent administrative authorities' status, powers, and functions, reveal phenomena of influence and persuasion. It allows to rethink those institutions, as well as the renewal of government practices. This dissertation, by emphasizing on the plural forms of the independent administrative authorities' power, cast doubt several research on the softness of Law.

Key words: Independent administrative authorities – Regulation – Magistrature of influence
Administrative act – Information.