

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de M. Roland Drago, (séance du lundi 29 octobre 2007)

Pierre Mazeaud : Il est vrai qu'à l'heure actuelle les Autorités administratives indépendantes prolifèrent. Il s'agit en fait d'un abandon de la part de l'exécutif de ses prérogatives, d'autant plus qu'il arrive que certains ministres, quoique détenant l'autorité, soient en conflit avec telle ou telle AAI. Le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, dit Comité Balladur, dont j'ai l'honneur d'être le vice-président, a pris ce problème en considération. Il prévoit en effet, en les faisant entrer dans la constitution, un défenseur des droits fondamentaux et un comité du pluralisme qui réuniraient sous leur autorité un très grand nombre de ces AAI.

Permettez-moi, en second lieu, de manifester mon désaccord lorsque j'entends dire que le Conseil constitutionnel est une juridiction. Cela n'était pas du tout le point de vue des constituants qui ont réservé au Conseil constitutionnel – dont les décisions s'imposent à toute autorité administrative et judiciaire – un titre spécial, au lieu de le soumettre sous le titre de l'Autorité judiciaire. La meilleure preuve en est que les membres du Conseil constitutionnel ne se considèrent pas comme des juges. D'ailleurs, ils ne le sont pas d'après la Constitution. Il arrive certes au Conseil constitutionnel d'être juge, mais exclusivement en matière électorale.

*
* *

Jacques Boré : Quels sont les pouvoirs réels de la Haute Autorité en matière de santé ? Avons-nous des exemples connus de son influence sur la politique sanitaire ?

*
* *

Bertrand Saint-Sernin : La plus ancienne AAI que vous ayez citée est le médiateur. Lorsque j'étais recteur d'académie, je n'ai jamais eu affaire à un médiateur. Toutefois, j'ai rencontré des situations où, me semblait-il, la fonction que j'exerçais impliquait des actions qui ne relevaient pas de l'autorité administrative habituelle, mais qui impliquait plutôt des actions de médiation. On est en effet amené, en tant que responsable administratif, à connaître des secrets relatifs aux mœurs, aux opinions politiques, etc. qui nécessitent des mesures appropriées, mais qui ne peuvent être traités selon les procédures administratives habituelles.

Quels sont en fait les pouvoirs d'une AAI ? Le médiateur pourrait-il modifier une décision administrative qui aurait été prise, voire dessaisir l'autorité concernée ?

*
* *

Gérald Antoine : Il ne vous étonnera pas que ma question soit d'ordre grammatical et terminologique. L'expression même de « haute autorité administrative indépendante » n'est-

elle pas formellement spécieuse ? Si l'autorité est administrative, elle ne saurait être indépendante puisque l'administration est dépendante des forces politiques, économiques, sociales, etc.

Et qu'est-ce que l'indépendance ? A partir du moment où les membres de ces autorités administratives, dites indépendantes, sont choisis, les uns par X, les autres par Y, les autres par Z, tous sont nécessairement dépendants. Il conviendrait par conséquent de trouver un qualificatif qui répondît mieux à la réalité des êtres et des choses.

Est-ce que les membres et particulièrement les présidents de ces AAI sont libérés du fameux « devoir de réserve » que l'on impose aux hauts fonctionnaires ? Si oui, il y a quelque chance que puisse s'exprimer une indépendance véritable. Sinon le mot d'indépendance est inapproprié.

*
* *

Jacques de Larosière : Sur le plan international, on assiste aussi à une multiplication d'organismes de contrôle, dont certains sont indépendants. Si l'on prend par exemple la politique du commerce extérieur et la politique de la concurrence en Europe, ce sont bien des responsables de la Commission et possédant un authentique pouvoir supranational. En matière d'énergie, de contrôle nucléaire, de Fonds monétaire..., on observe, au niveau international, des organes qui disposent de pouvoirs d'investigation, de contrôle, et aussi, dans certains cas, de décision.

Le Fonds monétaire international, que j'ai eu l'honneur de diriger pendant une dizaine d'années, est une sorte de mutuelle qui représente les États-membres selon des quotes-parts dans le capital. Mais le directeur général du FMI est lié par un contrat qui lui impose de se montrer indépendant vis-à-vis des États. Cela signifie qu'il doit appliquer la charte du FMI et qu'il ne peut recevoir d'injonction particulière de quelque État que ce soit.

Quelles sont les raisons qui ont conduit à la prolifération de ces organismes indépendants ? On parle à juste titre de démantèlement du pouvoir exécutif. On pourrait aussi parler de la naissance de contre-pouvoirs. Les raisons sont, à mon sens, au nombre de trois.

Il y en a qui sont liées à l'émergence d'entités supranationales ; par exemple, la Commission de la concurrence en France est née de la législation européenne. En second lieu, il faut prendre en considération un mouvement qui, depuis une quinzaine d'années, tend à réduire le pouvoir exécutif, par un transfert de pouvoirs vers la sphère privée (pensons aux privatisations) et de contrôle vers des autorités indépendantes. La troisième explication est d'ordre plus sociologique : les gouvernements sont de plus en plus contestés par l'opinion publique. Il y a une désaffection vis-à-vis du pouvoir, d'où la recherche d'instances animées par des personnalités de la société civile considérées comme plus indépendantes.

Au jargon anglais que vous avez cité, les QUANGOS, s'ajoute un autre terme difficile à traduire en français, celui d'*accountability*, qui est la nécessité de rendre des comptes. Les Anglo-Saxons, qui ont été les premiers à créer des organismes indépendants ou quasi-indépendants, ont toujours voulu que ceux-ci soient *accountable*, c'est-à-dire responsables, soit devant des autorités parlementaires, soit devant des autorités gouvernementales ou encore devant des autorités judiciaires.

*
* *

Gabriel de Broglie : En tant qu'ancien membre et ancien président d'une de ces autorités administratives indépendantes, j'aimerais formuler deux remarques amenant des questions.

On peut comprendre le mouvement qui tend à créer des AAI, mais on oublie que la première condition de l'autorité et de l'indépendance est la stabilité. Or, en France, on ne respecte pas la stabilité des AAI. L'audiovisuel en est à sa cinquième expérience et l'on nous annonce un prochain écartèlement des attributions de l'autorité indépendante de l'audiovisuel entre plusieurs autorités. Tous ces changements ne manquent sans doute pas de justifications, mais à force de réformer continuellement les autorités indépendantes, c'est la notion même d'autorité qui est mise à mal, comme celle d'indépendance.

Quelles précautions prendre pour créer une véritable autorité indépendante ? Un acte volontariste ne suffit sans doute peut-être pas et il se peut que l'on s'aperçoive seulement après un ou deux siècles qu'une autorité indépendante s'est constituée. Nous connaissons l'exemple du Conseil d'État qui a bien été créé comme une autorité indépendante, mais il a fallu deux cents ans pour qu'on en prenne conscience.

Ma seconde observation porte sur la terminologie qui, à l'évidence, pose problème. Les Anglais et les Américains n'ont du reste pas mieux que nous su le résoudre. Cela montre que l'objet et la mission des ces organismes ne sont pas tout à fait clairs.

Il me semble toutefois que la mission se clarifie si l'on constate que, jusqu'à présent – du moins en France – les questions étaient réglées par les administrations centrales. C'était là le principe napoléonien qui prévoyait des directeurs pour, à chaque fois, régler les problèmes, qu'il s'agît des marchés financiers – de la compétence du directeur du Trésor – ou des assurances – de la compétence du directeur des Assurances – ou des biens – de la compétence du directeur de la Concurrence – etc. Mais on s'est aperçu que ce n'était pas forcément dans le rôle d'une direction d'administration centrale que de contrôler des activités qui ne se laissent pas encadrer par une réglementation. Vous avez du reste très justement opposé réglementation et régulation. C'est là que réside tout le problème. On ne saurait tout gouverner par la seule réglementation d'une direction d'administration centrale.

L'émergence d'AAI traduit donc bien un retrait des directions d'administrations centrales. Si l'on emploie le mot d'indépendance, il convient de se demander à l'égard de qui il y a indépendance. Mon avis est que les hautes autorités sont créées indépendantes d'abord à l'égard des directions d'administrations centrales.

Il y a des matières qui relèvent de la régulation et non pas de la réglementation. Comment établir des autorités de régulation lorsque le besoin s'en fait sentir ; lorsqu'il n'est plus possible qu'un homme, en l'occurrence le directeur d'administration centrale, prenne seul une décision impliquant de nombreux acteurs de la société civile ?

Je me permets de rappeler qu'une loi stipule que les directions d'administrations centrales ne devraient plus rien gérer et qu'elles ne devraient que réglementer et prendre des décisions générales et impersonnelles. Cette loi n'a jamais été appliquée, mais elle traduit bien les interrogations que suscite la création d'autorités administratives indépendantes.

*
* *

Marcel Boiteux : L'administration centrale dépend d'un ministre, lequel fait partie d'un gouvernement émanant de l'Assemblée nationale des élus du peuple. On voit là une filiation. On voit qui est responsable devant qui. Mais devant qui est responsable la haute

autorité de ceci ou de cela ? On ne saurait bénéficier d'une autorité si l'on n'est pas responsable d'une manière ou d'une autre de l'usage qu'on en fait. C'est pourquoi j'éprouve un malaise face à ces Hautes Autorités.

*
* *

Alain Plantey : Premièrement, il s'agit d'intégrer les professionnels dans les instances de décision ou de contrôle. Ainsi, les professionnels de l'audiovisuel, de la santé, etc. sont dans les commissions.

Deuxièmement se pose un problème d'expression indépendante à l'égard de l'administration. Or, il n'y a pas de véritable indépendance puisque les membres des AAI sont nommés et que le législateur peut les changer.

Troisièmement, qui est responsable d'une faute, d'une mauvaise gestion par une haute autorité ?

*
* *

François Terré : La tarte à la crème des politologues consiste à confondre pertinemment et constamment séparation des pouvoirs et indépendance des pouvoirs. Et l'on oublie de dire que Montesquieu n'a jamais écrit dans *L'esprit des lois* que les trois pouvoirs qu'il distinguait étaient nécessairement indépendants les uns des autres. Qui relit sérieusement Montesquieu apprendra aussi qu'il ne faut pas confondre pouvoir et autorité.

Je prendrai un exemple illustrant bien que la séparation des pouvoirs a été remise en cause par les AAI, celui de la COB. Quand elle fut créée par les ordonnances de 1967, elle ne disposait que d'un pouvoir restreint – essentiellement celui de formuler des recommandations. Mais, au bout d'un certain temps, on lui a confié le pouvoir d'exercer le contrôle de l'exécution de ses recommandations. Enfin, par une loi d'août 1989, ont été accordés à la COB des pouvoirs de juridiction, si bien que le même organe dispose aujourd'hui à la fois du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire ! Comment peut-on arriver à une telle confusion des pouvoirs ?

Dans un autre registre, imaginez un étudiant de licence ou de maîtrise qui vienne vous trouver en disant qu'il aimerait bien devenir magistrat pour s'occuper des contrats. Vous lui objecteriez que c'est du ressort de la Commission des clauses abusives. Il pourrait alors vouloir se tourner vers la concurrence, mais il y a le Conseil de la concurrence. Peut-être l'informatique ? Que nenni, c'est le domaine réservé de la CNIL. Même chose pour l'audiovisuel. Il ne vous resterait plus qu'à dire à cet étudiant déçu que s'ouvre à lui un avenir exaltant avec le divorce et la petite correctionnelle.

On le voit, ce qui a été démantelé avec les AAI, ce n'est pas seulement l'administration centrale, mais également le pouvoir judiciaire.

En dernier lieu, j'aimerais savoir si un jury d'examen est une autorité administrative indépendante.

*
* *

Pierre Bauchet : les Autorités indépendantes de régulation ne vous semblent-elles pas se situer dans le prolongement de la création spontanée et progressive d'Agences dans les administrations que nous observons ? Ces agences ne répondent-elles pas au besoin impérieux qu'éprouvent les pouvoirs publics d'analyser et de maîtriser le développement économique et technique si rapide de nos sociétés, particulièrement dans le domaine de la santé, que les modes d'administration traditionnelle ne permettent pas de satisfaire ? Les Autorités Indépendantes de régulation n'en seraient alors que l'aboutissement.

*
* *

Réponses :

À Pierre Mazeaud : Je sais bien que le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction. Il n'a en effet pas de ministère public, ses séances ne sont pas publiques, etc. Il est néanmoins un organe de régulation et, par conséquent, ses décisions concernant les AAI sont très importantes et il n'est pas exagéré de parler de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à cet égard.

Pour en revenir plus directement aux AAI, elles présentent toutes – je dis bien : toutes – un défaut, à savoir qu'elles sont toutes gérées par des personnes nommées. On aurait pu imaginer une décentralisation par service. On a préféré nommer et ces nominations ne touchent pas forcément les représentants les plus compétents des professions concernées. La HAS en offre un bon exemple.

À Jacques Boré : Voici quelques-unes des sept commissions qui sont membres de la HAS. Comme moi, vous n'y comprendrez sans doute pas grand-chose, mais au moins verrez-vous que la répartition des pouvoirs est étrange. 1^o commission : Évaluation des actes professionnels. 2^o commission : Évaluation des médicaments. 3^o commission : Évaluation des disponibilités en technologie de santé. La classification est à la fois abstraite et technique et donc assez ambiguë.

À Gabriel de Broglie : le mot « régulation », que l'on utilise beaucoup, vient de l'anglais et qu'il a le même sens que le mot français de « réglementation » - encore que l'on assiste actuellement à l'apparition d'un subtil distinguo sémantique, en français, entre l'un et l'autre.

Par ailleurs, il est bien vrai que l'appellation anglo-saxonne de QUANGOS, qui désigne des organisations non gouvernementales quasi autonomes, est fort ambiguë et traduit une difficulté à définir la place de ces organes. La question se pose de savoir si, en France, on a des autorités autonomes ou quasi autonomes.

Pour revenir à la HAS, elle ne pose pas tant problème par ses pouvoirs que par sa taille. Elle compte en effet 8 membres, 350 agents, 3 000 experts, etc. C'est quasiment un empire qui prend en main, de façon presque souveraine, l'ensemble de la politique de santé, aussi bien du point de vue médical que du point de vue pharmaceutique et du point de vue de la sécurité sociale. Les membres de la commission centrale sont nommés par le gouvernement et ce sont eux qui, ensuite, nomment les membres des sept commissions. Cela implique inévitablement toute une série de complaisances. En revanche, avec le mécanisme français traditionnel, à savoir : au gouvernement, la compétence réglementaire ; au ministre, la compétence réglementaire subordonnée, on arriverait à un traitement plus cohérent des problèmes.

À Gérald Antoine : Le problème de l'autonomie tient à ce que, si les ministres ont normalement un pouvoir de tutelle sur les établissements publics et que ceux-ci sont ainsi contrôlés indirectement, les AAI ne sont nullement soumises à une tutelle quelconque, d'où le nom d'autorités administratives INDÉPENDANTES. Le ministre doit certes, dans certains cas, confirmer certaines propositions, mais dans bien des cas il ne peut annuler ce qui aura été décidé par les AAI, sauf à aller devant le juge.

À Jacques de Larosière : Vous avez parfaitement raison en ce qui concerne les organisations internationales. Toutefois, il faut rappeler qu'en application de la charte des Nations Unies et du traité qui est proposé actuellement, les règles internationales ont une valeur supérieure aux règles internes, quelles qu'elles soient. Cela confère aux organisations internationales un pouvoir considérable.

À Marcel Boiteux : Le pays qui compte le plus d'AAI n'est pas les Etats-Unis, contrairement à ce que l'on croit, mais la Grande Bretagne. À son arrivée au pouvoir, Margaret Thatcher avait défini comme l'un de ses objectifs principaux la suppression de toutes les AAI. On sait qu'elle n'y est pas parvenue. Sans doute est-ce là un exemple de plus d'un phénomène bien connu : les institutions mises en place se survivent à elles-mêmes sans qu'il soit possible de les faire disparaître.

À François Terré : Lorsque la COB a changé de nom, on a donné des pouvoirs véritablement extraordinaires au Conseil de la concurrence. Celui-ci peut en effet condamner une entreprise à des sanctions colossales, avec confirmation ou infirmation par les juges.

*
* *