

I. Articles

LE RÔLE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES DANS LES TRANSITIONS DÉMOCRATIQUES

Elena Simina TĂNĂSESCU*

Résumé

Le répandissement des autorités administratives indépendantes – apparues pour la première fois aux Etats Unis – a réussi changer non seulement la manière dont fonctionne l'administration publique dans les Etats concernés, mais aussi à changer le concept d'agence. De la confrontation de cette évolution avec la transition démocratique a résulté un effet inattendu: les autorités administratives indépendantes se sont transformées dans des instances pour la défense des valeurs qui réunissent les individus dans les communautés politiques.

Mots-clés: *autorités administratives indépendantes, fonctionnalisme, transplant juridique, régulation, surveillance, transition démocratique, protection des droits humains.*

Abstract

Agencies appeared in the United States and then spread quickly to all other parts of the world. In the process, they managed to change not only the way in which

* Professeur à la Faculté de Droit, Université de Bucarest; Directrice du Centre de droit constitutionnel et institutions politiques (www.cdcip.ro) dans le cadre de la Faculté de droit de l'Université de Bucarest; Présidente de l'Association franco-roumaine des juristes; Présidente de l'Association roumaine de droit constitutionnel; Vice-directrice du Centre régional francophone des études en sciences sociales « Villa Noël » ; Membre du Comité Exécutif de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel ; Représentante au titre de la Roumanie dans le Groupe d'experts indépendants sur la Charte de l'autonomie locale auprès du Conseil de l'Europe; Conseiller présidentiel sur la réforme de l'Etat et de la Constitution depuis 2015 ; Décorée par le Président de la République française avec l'Ordre national pour mérite en grade de Chevalier (2011).

public administration functioned, but also the very concept of agency. The intersection of this development with the democratic transitions produced an unexpected result: agencies have turned in forums meant to defend the values that unite individuals in polities.

Keywords: *agencies, functionalism, legal transplant, regulation, monitoring, democratic transition, protection of human rights.*

Les autorités administratives indépendantes (*agencies*) sont apparues sur le sol nord-américain. En 1887 un acte législatif (*Interstate Commerce Act*) du Congrès des Etats-Unis faisait pour la première fois une délégation de compétence normative en faveur d'une commission fédérale de régulation indépendante. Plus tard cette commission (*Interstate Commerce Commission*) allait se voir confiée la compétence de surveiller la mise en œuvre de ses propres règlements¹. Ainsi est apparue la distinction conceptuelle entre la fonction législative, accomplie par des autorités issues des élections organisées sur la base de la compétition entre des partis politiques, donc basés sur des idéologies partisans, et la fonction de régulation, qui serait désormais accomplie par un autre type d'institution, toujours publique mais neutre du point de vue politique, et composée sur des bases éminemment professionnelles. La théorie qui a justifié *post factum* l'apparition des *agencies* souligne que le législateur reste influencé par la politique, alors que la régulation, notamment dans des secteurs qui se caractérisent par un haut degré de technicité, se doit d'être accomplie *sine ira et studio*, par des experts dans les respectifs domaines. La doctrine² a justifié cette évolution par des considérations de nature fonctionnaliste, telles que le besoin d'expertise dans des domaines de grande complexité, le dégrèvement des autorités législatives des tâches fastidieuses, techniques, répétitives et sans véritable mise politique, le soutien de la participation des citoyens à la prise de la décision, la neutralité politique et la stabilité dans l'implémentation des politiques publiques, la souplesse dans la formulation des décisions et dans leur mise en exécution.

¹ Morton J. Horowitz, *The Transformation of American Law (1870-1960) The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 216.

² Giandomenico Majone, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 34.

Depuis, l'agencification n'a fait que croître et se renforcer. Du point de vue géographique, des vagues successives ont concerné d'abord les Etats Unis³, en suite l'Europe⁴ - et surtout l'Union Européenne⁵ -, les différents Etats en transition démocratique⁶ pour, en fin, toucher les organisations internationales. Si le transplant juridique et/ou institutionnel semble avoir été un succès, la réussite du transfert culturel reste un défi. En effet, la simple reprise des institutions d'un contexte dans un autre ne suffit pas pour que ces institutions remplissent le même rôle et produisent les mêmes effets dans le milieu où elles sont transplantées. La prolifération des autorités administratives indépendantes les a profondément changées elles-mêmes, autant en ce qui concerne leur mandat, qu'en ce qui concerne leur impact sur les systèmes politiques et institutionnels qui les ont reçus.

Du point de vue de leur mandat, les autorités administratives indépendantes ont évolué de la régulation des secteurs spécifiques de l'économie, à la surveillance de la mise en œuvre de la législation, y compris par l'arbitrage des cas particuliers d'application, et, en fin, à la protection des droits humains et la lutte anticorruption⁷. Cette évolution n'a pas été linéaire, et elle n'a pas forcément suivi la propagation géographique.

³ Si le but initial des *agencies* aux Etats Unis a été celui d'infuser l'administration publique avec du professionnalisme, il a évolué rapidement aussi vers l'autonomisation des décisions administratives des influences politiques. (Robert E. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions*, Oxford University Press, Oxford, 1942.) Toutefois, la prolifération des autorités administratives indépendantes n'a pas été épargnée des critiques par rapport à l'objectivité réelle de la bureaucratie ainsi professionnalisée, et par rapport à l'authenticité de la neutralité des experts qui arrivent avec leurs propres intérêts et objectifs. (Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, dans (1983) 97 *Harvard Law Review*, p. 1276.)

⁴ Dans les années '70 certains Etats européens ont commencé à créer des autorités administratives indépendantes afin de dégrever l'administration publique des activités considérées techniques, complexes et nécessitant un haut niveau d'expertise professionnelle.

⁵ Selon les documents officiels de l'Union Européenne, les agences sont apparues timidement dans les années '70 et se sont multipliés considérablement dans les années '90. Cf. COM (2008) 135: Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Agences européennes – Orientations pour l'avenir, <http://eur-lex.europa.eu/procedure/FR/196834> (consulté le 1er mai 2016) Voir aussi P. Jan, *Les agences européennes. Le hasard ... et la nécessité*, dans (2006) n° 126 *Petites affiches*, p. 14.

⁶ Pour une sélection limitée voir les articles réunis dans cette revue.

⁷ John M. Ackerman, *Understanding independent accountability agencies*, dans S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth (eds), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2013, p. 265.

A titre d'exemple, la multiplication des autorités administratives indépendantes au niveau des Etats membres de l'Union Européenne n'a pas été faite de la même manière que celle observée au niveau de l'organisation supranationale elle-même. Ni même entre ces Etats il n'y a pas eu de similarités marquantes. En Grande Bretagne les années '70 ont marqué une période d'innovation considérable dans le domaine de la sécurité et l'assistance sociale, alors que l'économie a dû attendre les années '80⁸. En France les autorités administratives indépendantes sont apparues dans les années '70 non pas afin de réguler l'économie, mais plutôt pour protéger les droits fondamentaux⁹. En Allemagne, une longue tradition d'une forte protection juridictionnelle des droits fondamentaux a justifié la création des autorités administratives indépendantes dans la même période surtout en matière économique, mais plutôt sous l'influence de l'Union Européenne¹⁰. Toutes ces '*quangos*', comme elles sont surnommées, ont généralement repris les caractéristiques des agences de régulation, et parfois, ont assumé aussi des tâches quasi-juridictionnelles. Pendant ce temps, les autorités administratives indépendantes qui se sont multipliées au niveau de l'Union Européenne ont eu comme mandat plutôt la collecte, le traitement et la dissémination des informations, ainsi que la création des réseaux entre les institutions nationales¹¹.

Quant à leur impact sur les systèmes politiques et institutionnels d'adoption, les autorités administratives indépendantes sont désormais une réalité avec laquelle il faut composer des différentes manières.

D'un côté, il a un déclin de l'ardeur avec laquelle la théorie de la séparation des pouvoirs dans l'Etat est mise en œuvre¹². La rationalité instrumentale

⁸ Majone, *op. cit. supra*, note 2, p. 34.

⁹ Jean Frayssinet, *Informatique, fichiers et libertés : les règles, les sanctions, la doctrine de la CNIL*, Litec, Paris, 1992.

¹⁰ Daniel Halberstam, *The promise of comparative administrative law: a constitutional perspective on independent agencies*, dans Rose-Ackerman, Lindseth, *op.cit., supra*, note 7, p. 197.

¹¹ Majone, *op. cit., supra*, note 2, p. 38. Voir aussi Michelle Everson, Giandomenico Majone, *Réforme institutionnelle: agences indépendantes, surveillance, coordination et contrôle procédural*, dans O. de Schutter, N. Lebessis, J. Paterson (eds.), *La gouvernance dans l'Union Européenne*, Commission européenne, Luxembourg, 2001, p. 162. Pour une analyse plus détaillée sur la réforme des agences de l'Union Européenne entamée depuis la fin des années 2000 voir Sami Andoura, Peter Timmerman, *Governance of the EU: The Reform Debate on European Agencies Reignited*, European Policy Institutes Network Working Papers N° 19, October 2008.

¹² Bruce Ackerman, *Good-bye Montesquieu*, dans Rose-Ackerman, Lindseth, *op.cit., supra*, note 7, p. 128.

de l'administration publique, c'est-à-dire le fait que l'administration publique est chargée avec la mise en œuvre des politiques publiques prédéterminées, implique une relation de hiérarchie et de contrôle entre l'entité qui fixe le mandat et celle qui doit le mettre en application, mais suppose aussi une séparation institutionnelle et fonctionnelle entre les deux. La séparation des fonctions législative et exécutive est intrinsèque au concept même d'administration publique. Or la complexité et la dynamique des relations sociales contemporaines nécessitent des réactions mieux adaptées que celles qui pourraient être fournies par l'autorité publique, des prestations qui pourraient être prodiguées par des entités plus flexibles, capables, en même temps, de fixer des règles et de surveiller leur respect sans enfreindre les frontières tracées à leurs compétences par la Constitution. Le déclin de la classique séparation ternaire des pouvoirs dans l'Etat est à tel point visible qu'on parle désormais d'un quatrième pouvoir par rapport aux *quangos* afin de souligner non seulement leur importance pour l'agencement institutionnel de l'Etat, mais aussi pour les usagers de leurs prestations.

De l'autre côté, même au sein de l'Etat moderne la hiérarchie et le contrôle constituent la marque de la rationalité du pouvoir ; cette rationalité reste l'essence de l'Etat de droit, et, par conséquence, elle ne peut pas disparaître. Pour ce qui est des autorités administratives indépendantes les éléments de la fameuse théorie du commanditaire/gérant (*principal/agent*) vient donner vie à la hiérarchie et au contrôle nécessaires pour incarner cette rationalité. Les nombreuses analyses¹³ qui concernent le sujet, ainsi que la nature du commanditaire (*principal*) et les attitudes possibles du gérant (*agent*), mettent en avant la difficulté d'encadrer les autorités administratives indépendantes dans le paradigme classique des pouvoirs étatiques, et l'incertitude qui règne par rapport à leur impact sur ces pouvoirs classiques. Certains auteurs¹⁴ ont souligné le paradoxe qui concerne les autorités administratives indépendantes : alors qu'elles deviennent des plus en plus nombreuses dans les Etats de l'Amérique

¹³ Voir notamment les contributions réunies dans le cadre de la troisième partie, consacrée à l'analyse de l'indépendance administrative, dans l'ouvrage collectif coordonné par S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth, *op. cit. supra*, note 7, *passim*.

¹⁴ Brian F. Crisp, Erika Moreno, Mathew S. Shugart, *The Accountability Deficit in Latin America*, dans S. Mainwaring, C. Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, NY, Oxford University Press, 2003.