

Galop n°2 du 20 février 2021

L'indépendance en droit public

Rappel méthodologique

Nombreuses sont les copies pénalisées pour des raisonnements partiellement ou essentiellement hors sujet, faute pour les élèves concernées d'avoir suffisamment exploité les documents présents au dossier. Ces documents fournissaient des pistes claires pour le traitement du sujet, qui ne se limitait pas à ses aspects juridictionnels, ni au seul juge administratif. Ainsi, les élèves qui ont su évoquer d'autres aspects de l'action publique - AAI, fonctionnaires, établissements publics, collectivités, régulation économique - et présenter de manière réaliste les enjeux que présentaient dans ces sphères le principe d'indépendance se sont avantageusement distingués. Il est donc impératif de s'appuyer sur le dossier et sur ses connaissances pour bien identifier le périmètre du sujet.

Il est tout aussi essentiel de bien lire les documents qui s'y trouvent : nombreux sont les contresens ou les mauvaises utilisations des décisions fournies au dossier, ce qui est difficilement pardonnable puisqu'il s'agit pour la majorité de décisions relativement connues.

Attention aussi à toujours penser aux contradictions ou tensions inhérentes au sujet. Trop peu d'élèves ont pensé (alors que les documents 1 et 4 le suggéraient) que le principe d'indépendance n'avait rien d'évident, notamment dans la fonction publique. Il ne faut pas hésiter à partir des évidences : l'action publique est d'abord unifiée, et la fonction publique guidée par un principe hiérarchique qui trouve son fondement dans l'article 20 de la constitution. Parler d'indépendance des fonctionnaires vis à vis du gouvernement est un contresens, sauf évidemment pour les juges (ou certaines catégories spécifiques comme les universitaires). On pouvait à l'inverse évoquer l'indépendance des fonctionnaires à l'égard d'intérêts extérieurs (notion de conflit d'intérêt).

Un rappel s'impose également concernant la séparation des pouvoirs. Très peu d'élèves (voire aucun) n'ont utilisé cette notion de manière convaincante. Elle n'avait de sens ici que pour parler de l'indépendance de la justice (cf doc 8). Parler d'indépendance du législatif ou de l'exécutif (tout en confondant parfois ces notions avec celles de pouvoir réglementaire et pouvoir législatif) n'était pas adapté pour analyser les institutions de la Ve République, où la séparation des pouvoirs n'est pas stricte. Il fallait donc, le cas échéant, le préciser et distinguer plus finement ces degrés « d'indépendance » entre les pouvoirs.

Enfin, la décision Didier de 1999 a souvent été mal comprise, ainsi que la notion de juridiction appliquée au AAI.

La proposition de corrigé fournie ci-dessous se rapproche de ce serait attendu au concours, mais l'excède puisqu'elle vise également à fournir des connaissances de fond pour la préparation, sans pour autant viser à l'exhaustivité. Les développements relatifs à l'indépendance du juge administratif sont volontairement limités, puisqu'ils sont bien maîtrisés par la majorité des élèves. A l'évidence, le niveau de détail de certaines références ou la longueur du raisonnement ici proposés ne sont pas nécessairement atteignables en cinq heures et sans l'aide d'une documentation extérieure.

Corrigé

*

En examinant le recours présenté par un ancien secrétaire général du ministère des affaires étrangères, qui souhaitait exercer différentes activités privées, le Conseil d'Etat a jugé, par une décision *M. Gourdault-Montagne* du 4 novembre 2020, que l'avis par lequel la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) s'est prononcée sur la compatibilité d'un projet d'activité privée lucrative avec les fonctions exercées précédemment par un fonctionnaire a le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Cette décision illustre l'actualité et la portée du principe d'indépendance en droit public à double titre. D'une part, elle témoigne de l'importance des autorités administratives indépendantes (AAI) dans le champ de l'action publique, qui justifie qu'un nombre croissant de leurs décisions fassent l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en raison de leurs conséquences. D'autre part, elle précise la portée du contrôle exercé par l'une d'entre elles, la HATVP, qui doit examiner si l'activité envisagée par un fonctionnaire présente un risque déontologique, c'est-à-dire notamment si elle risque de compromettre ou de mettre en cause l'indépendance du service à l'égard d'intérêts privés extérieurs.

Elle souligne ainsi les deux dimensions que peut prendre l'indépendance, comprise comme l'absence de lien de subordination d'une autorité à une autre tendant à garantir sa capacité à décider sans influence extérieure. L'indépendance est à la fois organique, au sens où deux organes ne sont pas liés par des liens de subordination qui contraignent les décisions de l'un d'eux, et personnelle, dans la mesure où les individus qui composent ces autorités sont soumis ou non, notamment pour leur carrière, à la volonté d'une autre autorité.

La notion d'indépendance ne trouve historiquement pas une place importante en droit public français, fondé sur une conception de l'exercice de la puissance publique qui laisse une large place à la volonté de l'administration, comme en témoigne l'indépendance tardivement acquise du juge administratif. L'idée selon laquelle la décision administrative, pour être impartiale, devrait être soustraite à l'influence d'un pouvoir politique considéré comme l'instrument de la volonté générale n'a également été introduite que dans une période relativement récente.

La crise sanitaire actuelle souligne, au terme de processus de décision combinant velléités de transparence et centralisation du pouvoir de décision, les atours multiples de cette notion : l'indépendance de l'expertise scientifique préalable justifie la décision politique, ensuite contestée de manière massive en référé devant le juge administratif, dont l'indépendance est abondamment scrutée et commentée. La même observation pourrait s'appliquer en matière d'environnement, avec les récents jugements sur « *L'affaire du siècle* » (TA Paris, 3 février 2021) ou la décision *Commune de Grande Synthe* (CE, 19 novembre 2020). Ainsi, se pose toujours aujourd'hui la question de la conciliation de cette tradition régaliennne française avec l'aspiration des citoyens à une prise de décision administrative indépendante de considérations politiques dans le cadre de pouvoirs publics équilibrés.

Le droit public, fondé en France sur un modèle institutionnel qui accorde une prééminence à l'exercice de la puissance publique, a progressivement intégré l'exigence d'indépendance pour certaines institutions et décisions administratives (I). Cette tension impose de faire évoluer le droit

public pour mieux articuler, dans l'organisation et le fonctionnement de l'administration et de sa juridiction, l'exercice de la puissance publique qui découle de la volonté générale et l'aspiration libérale à plus de transparence et d'impartialité des organes publics (II).

* * *

Respectueux des prérogatives de l'administration comme force d'exécution de la volonté générale, le droit public français a longtemps ignoré ou réduit la portée de la notion d'indépendance (A). L'intégration progressive de ce principe sein du droit public témoigne de l'assimilation d'une conception plus libérale de l'action administrative, fondée sur l'équilibre des pouvoirs et l'impartialité des décisions (B).

La conception française d'un exercice de la puissance publique soucieux de l'autorité du pouvoir politique et des prérogatives administratives se manifeste d'une part, dans l'organisation administrative qui accorde une place centrale à l'autorité hiérarchique (1), et d'autre part, dans la place particulière de la justice administrative en droit public français (2).

L'autorité hiérarchique qui permet au pouvoir politique de contrôler l'action administrative se manifeste à la fois dans l'organisation des pouvoirs publics et dans les conditions d'exercice de leurs fonctions par les agents publics.

L'article 20 de la Constitution donne au gouvernement autorité sur l'administration, lui permettant de mettre en oeuvre les lois et les règlements, le cas échéant en édictant des directives ou des lignes directrices précisant son interprétation. La jurisprudence (CE, 1936, *Jamart*) donne aux ministres, même sans texte, le pouvoir réglementaire d'organisation des services placés sous leur autorité. Le droit public français assure ainsi au gouvernement l'autorité nécessaire sur son administration pour mener sans entrave sa politique, soumettant ainsi la décision administrative à l'autorité politique.

Sur le plan personnel, l'autorité hiérarchique se manifeste d'abord par l'autorité fonctionnelle, le fonctionnaire étant soumis à un devoir d'obéissance particulièrement strict puisqu'en application de l'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 reprenant une jurisprudence ancienne (CE, 1944, *Langneur*) il ne doit s'y soustraire que face à un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. En dehors d'un tel cas de figure, le fonctionnaire qui refuse d'obéir à un ordre s'expose à une sanction disciplinaire (CE, 1970, *Navarrot*). Pour certains corps, ce devoir d'obéissance est encadré de manière plus étroite encore. Les policiers et les gendarmes doivent ainsi, confrontés à un tel ordre, présenter de manière formelle leurs objections à l'autorité en justifiant leur refus (article R. 434-5 du code de la sécurité intérieure). Ce principe hiérarchique a pour corollaire la protection fonctionnelle, due aux fonctionnaires pour les fautes qui ne sont pas détachables de l'exercice de leurs fonctions (article 11 de la loi du 13 juillet 1983).

La difficulté pour un fonctionnaire d'apprécier le caractère manifeste de l'illégalité et la gravité de l'atteinte peut le placer dans une situation intermédiaire délicate, à laquelle l'article 40 du code de

procédure pénale, qui impose au fonctionnaire la dénonciation d'une éventuelle infraction au parquet, ne répond que partiellement. L'autorité hiérarchique permet en tout état de cause au supérieur hiérarchique de réviser la décision prise par son subordonné, ce qui permet par exemple au ministre de réviser les décisions prises par des hauts fonctionnaires. Enfin, pour asseoir l'autorité du gouvernement sur l'administration, l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 prévoit que les plus hautes fonctions de l'encadrement supérieur de l'État sont pourvues à la discrétion du gouvernement. Le contrôle restreint du juge sur ces nominations laisse au gouvernement un large pouvoir d'appréciation.

Enfin, il faut souligner que le principe hiérarchique n'est ni général ni absolu. Il connaît notamment des exceptions liées à l'exercice de certaines professions, comme celle d'enseignant-chercheur, dont l'indépendance a été consacrée comme un PFRLR par le conseil constitutionnel (n° 83-165 DC, 20 janvier 1984) comme l'indépendance des professeurs des universités (n° 93-322 DC, 28 juillet 1993).

La protection des prérogatives de l'administration passe aussi par une conception particulière de la justice administrative, dont l'indépendance a longtemps été limitée.

L'interdiction faite au juge judiciaire de juger des affaires de l'administration, au titre de la loi des 16 et 24 août 1790, traduit la volonté, du fait de l'indépendance du juge judiciaire, d'éviter qu'un autre pouvoir n'entrave l'action administrative qui procède de la volonté générale. La création du Conseil d'État et des conseils de préfectures pallie l'absence de contrôle juridictionnel de l'administration, dans le cadre d'une justice retenue, soumise à l'autorité du pouvoir politique et révisable par lui. Il faut ensuite attendre la loi du 24 mai 1872 pour que soit donnée son indépendance à la juridiction administrative, alors même que la séparation des pouvoirs est consacrée dès 1789 par l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. C'est également cette conception particulière qui justifie que le Conseil d'État, n'étant dans un premier temps pas un organe juridictionnel, conserve une double fonction consultative et contentieuse, alors même que la première le lie étroitement à l'action du gouvernement. La primauté a donc historiquement été donnée au respect des prérogatives de l'administration sur l'exigence d'indépendance et d'impartialité des juridictions, ce qui explique notamment que si la constitution de la Ve République consacre explicitement l'indépendance de l'autorité judiciaire en son article 64, elle ne prévoit pas de garantie équivalente pour le juge administratif. Dans son arrêt du 21 février 2014 *M. Marc-Antoine*, le Conseil d'État réaffirme ainsi sa position traditionnelle et juge que les magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ne sont pas des magistrats au sens de l'article 64 de la Constitution mais bien des fonctionnaires de l'État pour lesquels l'article 34 de la Constitution ne réserve au législateur que la définition des garanties fondamentales.

L'intégration d'aspirations à une impartialité et une transparence plus grandes des décisions administratives a néanmoins conduit à adapter l'organisation et le fonctionnement de l'administration, pour permettre dans certaines circonstances une prise de décision indépendante, ou du moins moins liée au pouvoir politique (1). Cette adaptation a aussi touché la juridiction administrative, et notamment le Conseil d'État (2).

Pour certaines politiques publiques, notamment celles qui touchent aux libertés publiques ou aux activités économiques et financières, il a été jugé préférable de confier des décisions individuelles et parfois une partie du pouvoir réglementaire à des autorités administratives indépendantes du gouvernement et de l'administration d'État.

C'est une conception libérale de l'action administrative, inspirée notamment du modèle d'agences anglo-saxonnes, qui s'est ainsi intégrée au droit public français. Une conception politique d'une part, pour une meilleure garantie des libertés des citoyens, portée par exemple par le défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante fondée sur le modèle de l'Ombudsman suédois, ou encore par la CNIL et la CADA. Une conception économique d'autre part, pour éviter l'interférence intéressée ou inefficace de personnes détentrices de l'autorité publique dans le fonctionnement du marché et du secteur privé, sous l'influence du droit européen de la concurrence (Autorité de la concurrence) et des directives imposant l'ouverture régulée des marchés ferroviaires (ARAFER), énergétiques (ADEME), ou financiers (AMF). L'indépendance de ces autorités est généralement garantie, sur le plan organique, par l'impossibilité pour le ministre de réviser leurs décisions, et sur le plan personnel, par l'irrévocabilité du mandat de leurs membres (CE, 1989, *Ordonneau*) et l'impossibilité de le renouveler. Sur ces deux points, la rupture est nette avec la tradition administrative française. Elle l'est plus encore par l'attribution à certaines AAI d'une partie du pouvoir réglementaire (n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*), permettant ainsi à d'autres autorités administratives que le président de la République et le gouvernement d'édicter des normes à portée générale, pour des raisons tant d'expertise que de soustraction de ces champs au pouvoir politique. Cette pratique a néanmoins été encadrée strictement par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Liberté de communication II* (n° 88-248 DC du 17 janvier 1989) qui précise que cette habilitation ne peut concerner que des mesures de portée limitée dans leur champ d'application et leur contenu.

La rupture se caractérise aussi par l'attribution aux AAI d'un pouvoir de sanction dans l'exercice duquel, bien qu'elles ne soient pas des autorités de nature juridictionnelle, elles doivent respecter certaines des prescriptions qu'implique l'article 6-1 de la CESDHLF, et notamment le principe d'impartialité (CE, 1999, *Didier*), ainsi que les principes de la légalité et des peines et des droits de la défense (CC, 2012-280 QPC, *Canal plus*)

La création d'agences répond par ailleurs à la volonté de séparer la conception stratégique des politiques publiques, qui relève du pouvoir politique et des administrations centrales, de sa mise en oeuvre, notamment s'agissant de décisions administratives individuelles, qui peut être assurée par des agences, qui appliquent cette politique sans interférence du pouvoir politique. Ainsi, si c'est au ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche de fixer la stratégie nationale pour la recherche, ce sont l'agence nationale pour la recherche et l'agence pour l'évaluation de la recherche

et de l'enseignement supérieur qui, respectivement, attribuent les financements aux laboratoires sur la base d'appels à projets et évaluent les établissements d'enseignement supérieur. Cela permet d'éviter que le pouvoir politique n'investisse de trop près ces questions techniquement complexes et pour lesquelles il existe une forte demande d'impartialité.

Enfin, les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'action administrative ont conduit à réviser le fonctionnement de la juridiction administrative pour assurer son indépendance.

Cette indépendance a été consacrée au niveau constitutionnel, comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, par la décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*. Elle ne revêtait auparavant qu'un caractère législatif, contrairement à l'indépendance de la juridiction judiciaire, et cette consécration marque une évolution, la dualité de juridictions ne se traduisant plus par une dissymétrie dans les garanties d'indépendance accordées aux deux ordres. En outre, la loi du 12 mars 2012 a expressément reconnu aux conseillers de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel le statut de magistrats, qui n'est toutefois pas reconnu aux membres du Conseil d'Etat. Ces avancées, pour symboliques qu'elles soient, marquent une volonté de distinguer plus clairement l'administration de sa juridiction.

C'est surtout pour faire face aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme que la juridiction administrative a dû évoluer. Celle-ci imposant aux juridictions une indépendance et une impartialité non seulement effectives mais apparentes, le décret du 7 janvier 2009 a renommé le commissaire du gouvernement, chargé de rendre ses conclusions avant le délibéré de la formation de jugement, « rapporteur public », pour éviter que son titre ne laisse penser qu'il serait sous l'autorité du pouvoir exécutif. En outre, si la double fonction consultative et contentieuse du Conseil d'Etat a été jugée conforme à l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, c'est sous réserve que la composition de la formation de jugement exclue toute personne ayant participé à la consultation du Conseil sur un texte dont la légalité serait contestée (CEDH, 2006, *Sacilor-Lormines*). Lorsqu'un texte ayant fait l'objet d'une consultation du Conseil est contesté, la section du contentieux demande aux sections consultatives de procéder aux vérifications nécessaires dans ses archives. La séparation des deux fonctions est donc assurée au niveau personnel.

* * *

Si l'intégration progressive d'exigences d'indépendance dans l'administration et la juridiction administrative a permis de répondre en partie aux aspirations à l'impartialité et à la transparence des décisions administratives et juridictionnelles, des questions restent en suspens et des évolutions demeurent souhaitables pour perfectionner l'adaptation de l'organisation et le fonctionnement de l'administration et de la juridiction administrative à ces exigences.

* * *

L'indépendance prend des formes différentes et trouve des limites changeantes selon les dépositaires et champs de l'action publique auxquelles elle s'applique (A). L'évolution du cadre juridique tend néanmoins à assurer une effectivité nouvelle mais perfectible du principe d'indépendance en droit public (B)

Si les personnes morales de droit public, ainsi que certains services de l'administration, peuvent présenter des degrés d'autonomie divers (1), l'indépendance de l'autorité judiciaire n'est pas davantage absolue (2).

Certaines autorités publiques, dotées de la personnalité morale, disposent de statuts intermédiaires d'autonomie ou de libre administration qui ne sauraient être confondus avec le statut d'indépendance.

C'est le cas des collectivités territoriales qui « s'administrent librement par des conseils élus », disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leur compétence en application de l'article 72 § 3 de la constitution et bénéficient d'une de ressources « dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi » (Art 72-2 C). Ce principe de libre administration ne correspond pas à un statut d'indépendance, dans la mesure où les représentants de l'Etat conservent « la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois » (art 72 C) et où il revient au législateur de fixer, au niveau national, les règles concernant la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources (art 34 C). Fondamentalement, toute prétention à l'indépendance des collectivités territoriales se heurte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français, qui avaient par exemple fait obstacle à ce que la France ratifie la charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999).

C'est aussi le cas des établissements publics, personnes morales de droit public chargées d'une mission de service public, très nombreux au niveau national (plusieurs centaines) comme local (plusieurs dizaines de milliers) et regroupant aussi bien des EPIC comme la RATP (et, jusqu'en 2020, la SNCF) que des EPA comme des théâtres ou des écoles. Dans leur diversité, ces établissements gardent des traits communs qui touchent notamment à leurs rapports ambivalents avec l'administration. D'une part, les établissements publics ne sont pas directement soumis au pouvoir hiérarchique de l'administration, qui ne peut exercer de pouvoir de tutelle sans qu'un texte le prévoie (CE, 1993, *Association des anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration*) et ne peut davantage s'immiscer dans leurs affaires internes (CE, 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/Centre hospitalier de Lannion*). Mais d'autre part, cette tutelle limite l'indépendance des EP en s'exerçant par différents biais : pouvoir de nomination, contrôle des actes ou contrôle budgétaire. La combinaison entre lien de tutelle et lien hiérarchique trouve parfois à s'appliquer de manière très fine. Ainsi en est-il des directeurs d'ARS qui sont, en tant qu'autorités agissant au nom de l'Etat, soumis au pouvoir hiérarchique des ministres compétents. A ce titre, les ministres peuvent, dans le cadre de leurs attributions respectives, leur adresser des instructions pour toutes les compétences qu'ils exercent au nom de l'Etat (CE, 2012, *SYNERPA*). Enfin, le principe de spécialité limite l'indépendance des EP, qui ne sont pas maîtres de leurs compétences. Ainsi, ce principe leur

interdit d'exercer des activités étrangères à cette mission, sauf si ces activités constituent le complément normal de sa mission et sont directement utiles pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci (CE, 1999, *Consortium français de réalisation*).

Enfin, le rôle des inspections générales mérite d'être mentionné. Propres à chaque ministère, elles réalisent de manière indépendante leurs missions d'inspection, mais ne disposent d'aucun pouvoir de sanction et se contentent de remettre des rapports, souvent confidentiels, à leur ministre de tutelle. Par exemple, l'inspection générale de la justice n'est pas considérée comme indépendante du Garde des sceaux, dès lors qu'elle est « placée auprès de lui », qu'il en nomme les membres, en approuve le programme annuel d'inspection et décide de la diffusion de ses rapports, alors même que le décret posant son statut prévoit qu'elle « rend ses conclusions en toute indépendance ». Pour cette raison, le Conseil d'Etat a jugé que cette inspection générale ne pouvait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et l'article 64 de la Constitution, inclure dans le champ de sa mission permanente d'inspection la Cour de cassation sans prévoir de garanties supplémentaires sur les conditions d'inspection (CE, 2018, *Syndicat Force ouvrière Magistrats et autres*).

Si l'indépendance de l'autorité judiciaire est garantie par la constitution, elle n'en trouve pas moins certaines limites en ce qui concerne les magistrats du parquet.¹ En droit constitutionnel, français, l'autorité judiciaire inclut les magistrats du siège et du parquet comme l'a rappelé à plusieurs reprises conseil constitutionnel (CC, n° 93-326 DC du 11 août 1993, *Réforme du CPP* ; 2004 *Loi Perben II* et QPC, 2010, *M. Daniel W et autres*). La loi du 25 juillet 2013 a proscrit les interventions du ministre de la justice dans les affaires individuelles, mais sans mettre fin pour autant aux questionnements sur le statut du parquet. Aux termes des dispositions de l'article 5 de la loi organique du 22 décembre 1958, « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice. À l'audience, leur parole est libre ». Toute l'ambiguïté de ce statut transparaît dans une décision QPC *Union Syndicale des magistrats* de 2017 du Conseil constitutionnel qui a considéré que ces dispositions assurent « une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs ». Le statut du parquet résulte ainsi de l'équilibre entre deux principes constitutionnels opposés : la subordination hiérarchique de l'administration au gouvernement, et l'indépendance de l'autorité judiciaire. Différentes décisions plus récentes soulignent l'ambivalence de ce statut, et les appréciations divergentes concernant l'indépendance du parquet. Ainsi, le conseil constitutionnel a rappelé qu'« il découle de l'indépendance de l'autorité judiciaire, à laquelle appartiennent les magistrats du parquet, un principe selon lequel le ministère public exerce librement, en recherchant la protection des intérêts de la société, l'action publique devant les juridictions pénales » (n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B.*). Et la CJUE a considéré, le 12 décembre 2019 dans une décision *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg* que le parquet français présentait « une garantie

¹ Pour une analyse actualisée des débats et points de vues sur ce point, et plus généralement sur l'indépendance de la justice, juges administratifs compris, voir le rapport de la Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, notamment les différentes auditions qui l'ont alimenté.

suffisante d'indépendance pour émettre des mandats d'arrêt européens » Autrement dit, les magistrats du parquet disposent du pouvoir d'apprécier de manière indépendante, notamment par rapport au pouvoir exécutif, la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen et exercent ce pouvoir de manière objective en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge (audition de Rémi Heitz par la commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire le 5 février 2020)

*

Tandis que l'indépendance des fonctionnaires à l'égard d'intérêts extérieures tend à se renforcer (1), l'indépendance des AAI a vu ses contours être précisés (2), et l'indépendance de la justice pourrait recevoir des garanties supplémentaires pour répondre à des exigences accrues (3).

Si les fonctionnaires ne sont pas indépendants de leur hiérarchie, ils doivent exercer leurs fonctions en toute indépendance à l'égard d'intérêts extérieurs, publics ou privés. Ils doivent ainsi prévenir ou faire cesser tout conflit d'intérêt, défini comme toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions (article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983, créé par la loi du 20 avril 2016). L'exigence déontologique, ancienne, a ainsi été modernisée par plusieurs textes successifs visant à assurer cet exercice indépendant. Dès 2012, la juridiction administrative s'est par exemple dotée d'une charte de déontologie, ainsi que la police et la gendarmerie en 2013. La loi du 20 avril 2016 a donné une importance accrue à cette exigence professionnelle, en l'assortissant d'un dispositif de prévention, reposant sur des déclarations d'intérêts à remplir par les hauts fonctionnaires, des entretiens déontologiques, et la désignation de référents déontologues. La consultation d'un référent déontologie est par exemple devenue un droit pour tout fonctionnaire.

A certains égards, cette exigence déontologique peut être source de frictions avec le principe hiérarchique. Elle a justifié une meilleure définition du statut des fonctionnaires lanceurs d'alertes, par la création d'un dispositif combinant encadrement et protection. L'existence du lanceur d'alerte avait été reconnue dans les domaines sanitaires (loi du 29 décembre 2011) et environnemental (loi du 16 avril 2013), puis de manière plus générale par la loi du 11 octobre 2013. La procédure d'alerte définie en 2016 se combine avec le principe hiérarchique, et doit respecter des formes précises : dans un premier temps, le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. Dans un deuxième temps, après un délai raisonnable destiné à permettre de vérifier le sérieux du signalement, ce dernier est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels. En l'absence de traitement du signalement par l'un de ces organismes, il peut être rendu public. Le lanceur d'alerte qui remplit ces conditions est protégé par une exigence de confidentialité sur son identité, et l'interdiction de toute mesure discriminatoire prise en raison de son signalement. A l'inverse, des dénonciations abusives peuvent être sanctionnées.

La diversité et l'importance des AAI dans l'action publique a justifié l'élaboration d'un statut général par une loi et une loi organique du 20 janvier 2017. Ces textes résultent d'une

initiative parlementaire, à la suite du rapport Mézard (2015) qui voyait en elles un « Etat dans l'Etat » et préconisait de renforcer le contrôle sur ces autorités. Le renforcement de ce contrôle peut sembler paradoxal, s'agissant d'autorités indépendantes, mais il faut bien distinguer : le contrôle par l'administration, qui ne s'applique pas aux AAI ; le contrôle juridictionnel longtemps réservé au Conseil d'Etat en raison de la nature administrative des autorités, mais partiellement transféré en 1987 à la Cour d'appel de Paris ; le contrôle parlementaire. La loi renforce ainsi le contrôle du parlement sur les AAI au nom d'une exigence démocratique, principalement en harmonisant des règles et pratiques déjà existantes : transmission au Parlement du rapport annuel ; reddition de compte par toute AAI ou API devant les commissions compétentes du Parlement à leur demande ; publicité des avis des AAI et API sur les projets de loi ; rapport sur la gestion des AAI et API annexé au PLF. Enfin, la principale innovation du texte réside dans le nouveau monopole légal institué par l'article 1^{er} de la loi organique, selon lequel « toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante est instituée par la loi. ». Le texte renforce aussi les garanties d'indépendance et d'impartialité des membres des AAI. Il consacre le caractère irrévocable de leur mandat et surtout, interdit désormais d'être membre de plusieurs AAI. Toutefois, comme l'a souligné la doctrine, ce texte ne procède qu'à une harmonisation « modeste », ce qui s'explique s'explique par un souci de pragmatisme et par une volonté de ne pas nuire à l'efficacité des AAI, tenant aussi à la spécificités de leurs statuts propres (« Le nouveau statut général des AAI et API », P. Idoux, AJDA 2017. 1115).

Pour les magistrats, des pistes de perfectionnement restent ouvertes face à une demande sociale forte. En premier lieu, l'indépendance de la juridiction administrative bénéficie de garanties solides, aujourd'hui inscrites dans le code de justice administrative, qui prévoit notamment que le Conseil d'Etat est chargé de l'inspection des juridictions par l'intermédiaire de la mission d'inspection de la juridiction administrative (article L. 112-5), établit une charte de déontologie (L. 131-4) et assure lui-même la gestion budgétaire de l'ordre administratif, ainsi que la gestion des ressources humaines. Comme le démontre le rapport de la Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, la gestion budgétaire de la juridiction administrative est plus unifiée et rationalisée que celle de l'autorité judiciaire. Pour autant, l'indépendance de la juridiction serait susceptible d'être raffermie, et plusieurs pistes de réflexions se dessinent à ce jour. Elle pourrait passer par des mesures symboliques, comme le port de la robe ou la prestation de serment. Pour le Conseil d'Etat, dont le rôle est de plus en plus scruté, en particulier dans le contexte de la crise sanitaire, elle pourrait aussi passer par une séparation accrue entre les fonctions administratives et contentieuses.

En second lieu, l'indépendance de l'autorité judiciaire semble, en dépit de sa consécration constitutionnelle explicite, faire l'objet d'appréciations plus sévères. Elle mériterait d'être renforcée sur plusieurs points, soulignés par le rapport de la commission d'enquête précité : clarification des relations avec le pouvoir exécutif, renforcement des droits de la défense par un encadrement plus strict de la conduite des enquêtes, et amélioration de l'information des citoyens. Cette indépendance renforcée pourrait reposer sur : l'alignement du mode de nomination et du régime disciplinaire des magistrats du parquet sur celui des magistrats du siège ; la possibilité de saisine du CSM par tout magistrat qui estime son indépendance remise en cause ; l'alignement des déclarations d'intérêt des

magistrats judiciaires sur celles des magistrats administratives pour inclure notamment les fonctions bénévoles.

* * *

Si la conception régaliennne de la puissance publique a longtemps marginalisé la notion d'indépendance en droit public, l'exigence de transparence et d'impartialité de l'administration conduit à renforcer progressivement l'indépendance de la juridiction administrative et des autorités indépendantes chargées de protéger les libertés publiques et de réguler l'économie, avec des marges de progression certaines. L'infusion de la notion d'indépendance a aussi pris la forme d'exigences déontologiques renforcées, qui au-delà des mécanismes formels mis en place permettent d'introduire une culture renforcée de l'impartialité et de la lutte contre les conflits d'intérêts. S'il apparaît aujourd'hui nécessaire d'approfondir son application dans les domaines où l'indépendance est nécessaire au nom de l'impartialité ou de la séparation des pouvoirs, il convient aussi d'en fixer collectivement les limites là où l'indépendance peut s'opposer à l'efficacité ou à l'unité de l'action publique. C'est en prenant sa juste place, qui dépend autant d'aspirations collectives de d'équilibres changeants entre principes fondamentaux, que le principe d'indépendance trouvera toute son autorité et toute son effectivité au bénéfice des administrés et des justiciables.

IPESUP