

*Gérard Marcou, Professeur
à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne depuis*

LE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION AUJOURD'HUI

Résumé

Le contrôle de l'administration doit être aujourd'hui envisagé dans une double perspective : dans la perspective des droits et dans la perspective de l'action publique. Ni l'une ni l'autre ne sont nouvelles mais leur finalité et les moyens du contrôle se sont beaucoup transformés, sous l'influence des mutations économiques et sociales et du droit européen.

En France, la soumission de l'administration au droit a été, pour l'essentiel, l'œuvre du juge administratif. Mais la réforme de la juridiction administrative a renforcé son rôle dans la protection effective des droits des justiciables. La loi a introduit de nouveaux principes visant à renforcer la protection des droits, et multiplié les institutions indépendantes de protection des droits. La jurisprudence a accru le contrôle du juge sur les relations contractuelles de l'administration.

Mais le contrôle est aussi exercé dans la perspective de l'action publique. Au contrôle de la régularité s'ajoute aujourd'hui de multiples contrôles ayant pour finalité l'efficacité de l'action publique au regard des objectifs poursuivis et de l'économie des moyens. En outre, le recours accru au marché a conduit à la création d'autorités indépendantes dont les décisions sont indépendantes mais qui ne sauraient échapper à tout contrôle de l'autorité politique, une question qui n'a pas encore trouvé de réponse satisfaisante.

Mots clés: *les relations entre l'administration et la juridiction administrative, le contrôle de l'administration, le contrôle juridictionnelle de l'administration, protection des droits, efficacité de l'administration*

Le contrôle de l'administration est généralement envisagé par les juristes sous l'angle de la protection des droits de l'individu face à l'autorité administrative. Le droit administratif s'est même développé sur la base de cette problématique, depuis environ le milieu du 19^{ème} siècle, avec les discussions sur la soumission des actes de l'administration à un juge, sur la nature de ce juge, et sur la notion même d'acte administratif, dont la formalisation, notamment dans la doctrine autrichienne et la doctrine allemande était liée, justement, à la question du contrôle des actes. Ces questions sont au cœur des réflexions fondamentales, non seulement de Gneist, Otto Mayer¹ et Merkl², mais aussi de Orlando³ et en France de Laferrière⁴ et de Hauriou⁵, parmi beaucoup d'autres.

Mais il existe aussi une autre problématique, non moins importante, qui a été explorée davantage dans la perspective de la théorie politique ou constitutionnelle. C'est celle qui considère que l'administration doit être soumise au contrôle de l'autorité politique et, dans sa variante démocratique, au contrôle du corps politique. Elle est liée à la notion même d'administration, qui elle-même est liée étymologiquement à l'idée de servir, et elle a servi de fondement à l'idée selon laquelle l'administration est distincte et séparée, aussi bien sur le plan organique que sur le plan fonctionnel, des autorités politiques. Elle renvoie à des théories politiques très hétérogènes : celle de Rousseau⁶, selon lequel la souveraineté n'appartient qu'au peuple et ne se délègue pas, mais les agents chargés d'exécuter la volonté générale doivent lui être subordonnés ; celle de la démocratie américaine, ou plutôt de l'une de ses tendances, qui considérait que tous les détenteurs de l'autorité devaient être élus⁷ ; celle de la formation du parlementarisme, selon laquelle le ministre répond seul devant le parlement des actes de l'administration, comme l'ont développé les auteurs anglais dès le 19^{ème}

¹ Otto Mayer (1895), *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1ère éd., 2 vol.

² Adolf Merkl (1927), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, J. Springer, reimpr. Verlag Österreich, 1999.

³ V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milan, Società Editrice Libreria, 1900

⁴ Edouard Laferrière (1896), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, rééd. LGDJ, 1989, préface de Roland Drago. Addé : Pascale Gonod (1997), *Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ.

⁵ Maurice Hauriou (1897), *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants ès sciences politiques*, L. Larose, 3^{ème} éd. ; 5^{ème} éd. 1903 ; 12^{ème} éd. Sirey, 1933, reimpr. Dalloz 2002 ; *Principes de droit public*, Sirey 1910, réimp. Dalloz 2010.

⁶ Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, édition critique par Simone Goyard-Fabre, Paris, Ed. Champion, 2010 ;

⁷ Claude G. Bowers (1953), *Jefferson and Hamilton : the struggle for democracy in America*, Houghton Mifflin ; Sidney H. Aronson (1964), *Status and kinship in the higher civil service: standards of selection in the administrations of John Adams, Thomas Jefferson and Andrew Jackson*, Harvard University Press.

siècle (Bagehot⁸, J.S. Mill⁹) ; celle de Max Weber¹⁰, qui voit le gouvernement représentatif prendre le contrôle de la bureaucratie ; mais aussi la théorie léniniste du pouvoir, qui exigeait une administration directement subordonnée aux objectifs révolutionnaires¹¹. De ces différentes théories, celles qui se sont imposées avec le temps sont celles qui admettent que l'administration est un corps, ou une institution, distinct et indépendant du politique, bien qu'elle lui soit subordonnée.

La première problématique du contrôle de l'administration est relativement indépendante de la seconde. Pour Orlando, par exemple, le rapport d'autorité demeure même si la source de la souveraineté change. Le problème fondamental de l'« Etat juridique » est d'établir des garanties individuelles opposables à l'Etat¹². Cette problématique est le produit d'une doctrine libérale qui a précédé le développement de la démocratie politique. La seconde problématique a été finalement conduite à admettre l'administration comme un corps professionnel, certes soumis au corps politique, mais indépendant des autorités par lesquelles celui-ci s'exprime.

La conception de l'Etat qui s'est généralement imposée à la fin du 20^{ème} siècle associe ces deux problématiques : le respect des droits individuels et la légitimité démocratique¹³. Mais, en même temps, les missions comme les structures de l'Etat se sont considérablement transformées. On ne se satisfait plus de ce que l'administration respecte les droits et la loi ; on attend de l'Etat qu'il assure la réalisation et la protection des droits, et les droits ne sont plus seulement des garanties individuelles mais le reflet des politiques mises en œuvre par l'Etat, ce qui change la place et le sens de l'administration dans l'Etat. Quant à la source de la légitimité, le principal changement intervenu résulte de la multiplication des sources de la légitimité, lesquelles sont en partie concurrentes. Par exemple, le principe de l'Etat de droit est un principe de légitimité partiellement concurrent du principe démocratique ; les finalités du pouvoir sont un principe de légitimité partiellement concurrent de celui qui résulte de la source du pouvoir ; la légitimité démocratique ne se réfère plus seulement à l'élection mais, concurrentement à d'autres modes de participation des citoyens aux affaires publiques, etc...

⁸ Walter Bagehot, *The English constitution*, nouvelle édition: Cambridge University Press, 2001.

⁹ John Stuart Mill, *Considerations on representative government*, 1861, Pennsylvania State University, 2004.

¹⁰ Max Weber, « La profession et la vocation de politique », dans : *Le savant et le politique*, nouvelle traduction, Ed. La découverte, Paris, 2003.

¹¹ V.I. Lénine, *L'Etat et la révolution*, Ed. Seghers, Paris, 1971.

¹² Op. cit. pp.38-42.

¹³ G. Marcou, «Verwaltung und demokratisches Prinzip» dans: A. von Bogdandy / S. Cassese / P.M. Huber (Hrsg), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol.V: *Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, Heidelberg, C.F. Müller, 2012 (à paraître).

Ces évolutions, et parfois ces bouleversements, nous obligent à renouveler la réflexion sur le contrôle de l'administration. La notion de contrôle elle-même n'est pas si simple qu'il y paraît¹⁴. Elle suppose, certes, toujours une norme de référence ; mais justement la multiplication des normes de référence entraîne une certaine dilution de la notion de contrôle ou de ses limites. Les choses sont assez simples quand la norme de référence est d'ordre juridique. Mais le droit peut lui-même consacrer d'autres normes de référence, comme l'économie de moyen ou l'efficacité. L'évaluation, qui devient une exigence de la gestion moderne et des politiques publiques, relève-t-elle du contrôle ou s'agit-il d'autre chose ? Je suis enclin à considérer qu'il s'agit d'une forme élargie de contrôle, lorsqu'elle se réfère à l'impact et non plus seulement aux résultats (*outcome*) de l'action publique, lesquels peuvent être rapportés à des objectifs, qui sont des normes de référence. Quant à l'administration, la notion en est moins simple que jamais. Aujourd'hui, nombre de missions définies et organisées par la loi sont exercées, non seulement par des administrations d'Etat, mais aussi par des collectivités locales, lesquelles ont des compétences propres et forment à ce titre des administrations autonomes, et par des personnes privées qui sont ainsi rattachées à l'administration par les contrats qui leur confient certaines de ses missions, et par les contrôles qui s'exercent sur elles pour l'accomplissement de ces dernières. Peut-on alors parler de contrôle de l'administration en ignorant les missions exercées par des tiers à la demande, parfois au nom et toujours sous le contrôle de l'administration ?

Pourtant, lorsqu'on parle de contrôle de l'administration, on se place sur le plan organique plutôt que sur le plan matériel. On parlera d'évaluation des politiques publiques, et non de contrôle de l'administration, à propos des actions faisant intervenir des acteurs multiples, publics ou privés, ces acteurs pouvant être eux-mêmes assujettis à des contrôles divers, en fonction des normes de référence en question. Le contrôle de l'administration se rapporte donc à des contrôles exercés sur des organismes publics, même si certaines des procédures de contrôle peuvent atteindre des personnes de droit privé dans les mêmes conditions, et même si le contrôle des organes s'opère rarement indépendamment des fonctions exercées. Ces remarques peuvent même remettre en cause la pertinence de la notion même de contrôle de l'administration. Pourtant, malgré les évolutions qui se sont produites, ce sont bien les administrations publiques qui exercent la plupart des missions de l'Etat, y compris celles des collectivités locales, parfois des administrations d'un type nouveau (par exemple, les admi-

¹⁴ Gérard Bergeron (1965), *Le fonctionnement de l'Etat*, Paris, A. Colin ; ibid. *Petit traité de l'Etat* (1990), Paris, PUF ; G. Braibant / J. Letowski / C. Wiener (dir.) (1985), *Le contrôle de l'administration en Europe de l'Est et de l'Ouest*, Paris, Ed. du CNRS ; Nicolas Grandguillaume (1994), *Théorie générale du contrôle*, Paris, Economica..

nistrations administratives indépendantes...). On s'en tiendra donc ici au contrôle de l'administration dans le sens organique, sans ignorer cependant les prolongements que ces contrôles peuvent avoir en dehors de l'administration proprement dite. On se référera essentiellement à l'exemple de la France, sans exclure, chemin faisant, des références à d'autres pays en fonction des problèmes abordés.

Sur la base des observations que l'on vient de faire, on peut distinguer deux grandes tendances, en se plaçant, successivement, dans la perspective des titulaires des droits, et dans la perspective de l'action publique. D'une part, on relève un élargissement de l'objet et des moyens du contrôle : il ne s'agit plus seulement s'assurer le respect de la légalité ou des droits individuels subjectifs, mais aussi d'assurer la protection des droits (I). D'autre part, dans la perspective de l'action publique, le contrôle de l'administration a connu des évolutions qui reflètent les conflits de légitimité auxquels l'action publique est soumise, selon que l'on se réfère aux buts de l'action publique, ou à son efficacité et à son efficience (II).

I. La perspective des droits : du contrôle de la légalité à la protection des droits

Dans la perspective des droits, c'est d'abord sur la possibilité et sur les modalités du contrôle juridictionnel de l'administration que se sont fixés les débats sur le contrôle de l'administration, comme meilleur moyen de protéger l'individu contre les abus d'autorité éventuels de l'administration. Mais les réformes intervenues depuis une trentaine d'années ont à la fois accru le rôle du juge dans le contrôle de l'administration et développé des systèmes de protection concurrents ou complémentaires du juge. De nouveaux principes s'imposant à l'administration ont été consacrés par la loi et leur application a été soutenue par la jurisprudence. Enfin, les contrats font l'objet d'un contrôle renforcé dans le but d'assurer l'égalité d'accès à la commande publique ; autrement dit, le droit des marchés publics n'est plus seulement orienté vers la seule satisfaction des besoins de l'administration, mais vers le respect des règles d'une économie fondée sur le principe de libre concurrence. Dans cette évolution, trois facteurs externes ont joué un rôle déterminant : la transformation du système économique, l'intégration européenne, qui y a contribué, et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Cette évolution générale n'est pas propre à la France, mais elle a donné lieu, en France, à des développements particuliers : une réforme de la juridiction administrative qui en a modifié finalités (A) ; l'introduction par la loi de nouveaux principes visant à renforcer la protection des droits (B) ; la multiplication des institutions indépendantes de protection des droits (C) ; le renforcement des contrôles exercés sur les relations contractuelles de l'administration (D).

A) La réforme de la justice administrative

On sait qu'en France, historiquement, la justice administrative est née du refus de laisser les juges s'immiscer dans les affaires de l'administration, ce qui a conduit le Conseil d'Etat à se spécialiser dans l'examen des recours dirigés contre les actes de l'administration. La finalité de ce contrôle était essentiellement de soumettre l'administration au respect du principe de légalité. Cette orientation s'est affirmée de manière particulièrement nette avec le développement du recours pour excès de pouvoir, dont le sens était d'annuler les actes illégaux de manière à rétablir l'ordre juridique tel qu'il était avant le trouble qu'il avait subi. Rétablir la légalité plutôt que rendre la justice ; on pourrait résumer ainsi la fonction du juge administratif en France à l'époque de la formation du droit administratif classique. La fameuse fable du « Huron au Palais Royal » du professeur Rivero¹⁵ a mis en lumière les faiblesses de cette conception : le juge se souciait peu des suites concrètes, pour le justiciable, de ses décisions ; en tout cas, il ne disposait pas d'instruments juridiques pour cela, ou s'en était parfois lui-même privé dans le passé (notamment le pouvoir d'injonction).

Les réformes qui ont successivement touché la juridiction administrative en ont changé le caractère¹⁶. D'abord avec la création des tribunaux administratifs, en 1953, puis des cours administratives d'appel en 1987, la loi a mis en place une véritable magistrature administrative (voir le statut introduit par la loi de 1980), tandis que le Conseil d'Etat restait un corps partagé entre ses fonctions consultatives et ses fonctions juridictionnelles et dont les membres formaient aussi un vivier de hauts dirigeants de l'administration de l'Etat. Le Conseil constitutionnel a reconnu en 1987 un fondement constitutionnel à la juridiction administrative pour le contrôle de la légalité des actes administratifs.

En plusieurs étapes, le législateur a renforcé les pouvoirs du juge administratif. En 1980, il a reçu le pouvoir d'assortir la condamnation de l'administration d'astreintes par jour de retard dans l'exécution de la décision, dont le produit peut être liquidé au profit du justiciable (ce qui s'est rarement produit, s'agissant plutôt d'un moyen de pression), et la loi a donné au bénéficiaire d'une condamnation pécuniaire qui se heurte à l'inertie de l'administration d'en obtenir paiement direct par le comptable public assigna-

¹⁵ Jean Rivero, « Le Huron au Palais Royal », *Recueil Dalloz*, 1962, chron. p.37.

¹⁶ La littérature est très abondante sur ce sujet. Voir en particulier : C. Teitgen-Colly (dir.) (2011), *Perspectives contentieuses des réformes de la justice administrative*, Paris, LGDJ coll. « Système » ; Florent Blanco (2010), *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Presses universitaires d'Aix-Marseille. Voir également les nombreux manuels de contentieux administratif, en particulier : Bernard Pacteau (2010), *Manuel de contentieux administratif*, PUF coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd.

taire au terme d'un délai de quatre mois de la notification de la condamnation (ou, s'il s'agit d'une collectivité locale : la possibilité d'obtenir du préfet l'inscription d'office dans le budget de celle-ci, et la substitution à l'exécutif local par le préfet en cas de défaut de mandatement). En 1995, la loi attribue au juge administratif un pouvoir d'injonction à l'administration pour qu'elle exécute la décision du juge, lorsque les modalités découlent directement de la décision, ou pour prendre une nouvelle décision dans le cas contraire où une nouvelle instruction est nécessaire. En 2000, enfin, la loi franchit une étape décisive dans le renforcement des pouvoirs du juge administratif en matière de mesures provisoire : le référé-provision permet au juge de condamner l'administration à payer immédiatement au moins un quantum qu'il fixe de la somme réclamée en attendant le jugement au fond s'il estime que la dette de l'administration ne fait pas de doute, ce qui découragera celle-ci de compter que le temps joue en sa faveur ; le référé-suspension, qui permet d'ordonner la suspension de l'exécution d'une mesure sur la base de l'invocation d'un « moyen sérieux », sans autre condition ; le référé-liberté, qui permet au juge administratif de prendre, dans un délai de 48 heures, toute mesure pour faire cesser toute atteinte ou menace d'atteinte à l'exercice d'une liberté fondamentale. A cela s'ajoute les référés précontractuels ou contractuels, introduits en exécution des directives européennes sur les recours en matière de marchés publics, pour empêcher l'exécution de marchés publics, ou d'autres contrats soumis à une procédure de publicité préalable, après avoir été passés en violation des règles de passation. Qu'il s'agisse du justiciable affecté par un acte administratif unilatéral ou d'un concurrent évincé irrégulièrement, ces procédures visent à la protection des droits.

Toutes ces réformes sont aujourd'hui codifiées dans le Code de la Justice administrative du 30 mai 2000.

Un effet indirect important du développement des procédures de référé a été de revaloriser la procédure orale, dans la procédure contentieuse administrative, qui est essentiellement écrite, donnant en particulier beaucoup plus d'importance à la discussion des faits en première instance. Cette évolution a été constatée en particulier dans l'abondant contentieux relatif à l'entrée et au séjour des étrangers. Cette expérience conduit aujourd'hui à réfléchir à faire une place plus importante à l'oralité dans la procédure ordinaire devant le juge administratif.

Ce n'est pas seulement le droit communautaire qui a, comme dans ce dernier cas, conduit à une évolution de la justice administrative, c'est aussi, et peut-être davantage encore, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg. L'article 6 de la Convention, qui fonde le droit à un pro-

cès équitable, a conduit au développement du contentieux de pleine juridiction. On appelle contentieux de pleine juridiction la procédure selon laquelle le juge administratif n'a pas seulement pour fonction d'éliminer de l'ordre juridique les actes administratifs illégaux, mais encore le pouvoir de « réformer », c'est-à-dire de modifier la décision de l'autorité administrative. Tel est le cas en matière de sanctions administratives, lesquelles connaissent un nouveau développement depuis les années 80, notamment avec les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, notamment dans les domaines de la régulation des activités concurrentielles. En effet, ces sanctions relèvent de la « matière pénale » au sens de la Cour européenne des droits de l'homme, et le droit à un procès équitable exige que qu'un juge puisse, en dernier ressort réexaminer l'ensemble des faits et prononcer la décision finale, ce qui ne permet pas le recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat admet que l'article 6 soit invoqué devant lui à l'appui d'un recours et, allant au-delà, de ce qu'exige la Cour européenne, il impose aux autorités administratives indépendantes, le respect d'une partie des prescriptions de cet article, alors même qu'il s'agit d'autorités administratives dont les décisions sont soumises au contrôle d'un juge. Il a lui-même fait application directe de certaines dispositions de la Convention pour écarter l'application de la loi française : par exemple, sur la base de l'article 14 qui interdit les discriminations, il écarte l'application des dispositions législatives qui gelaient le montant des pensions d'anciens combattants qui avaient perdu la nationalité française à la suite de l'indépendance de leur pays (CE Ass. 30 nov. 2001 « Min. de la Défense c. Diop », *GAJA*¹⁷ 17^{ème} éd. n°110) ; il accepte de considérer les droits à pension, ou d'autres droits pécuniaires, comme des biens protégés par le Protocole n°1 sur le droit de propriété (id. et CE Ass. 11 juillet 2001 « Min. de la Défense c. Préaud », *RFDA* 2001.1047). Dans d'autres cas ; il donne de la loi une interprétation compatible avec la Convention.

Le juge administratif n'a jamais été le seul juge à contrôler l'administration. Il existe depuis longtemps un certain nombre d'hypothèses où le juge judiciaire est compétent (la voie de fait, certaines atteintes à la propriété...). Mais le Conseil constitutionnel a admis que la législateur pouvait déroger, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à la compétence du juge administratif pour statuer sur la légalité d'actes administratifs (23 janvier 1987) ; sur la base de ce motif, la loi a ainsi confié à la Cour d'Appel de Paris, juridiction ordinaire, les recours contre les décisions de l'Autorité de concurrence, ou d'autres autorités indépendantes de régulation en matière de règlement des différends. En sens inverse, les nouveaux pouvoirs de référé du juge admi-

¹⁷ Abréviation usuelle de : M. Long / P. Weil / G. Braibant / P. Delvolvé / B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz.

nistratif ont réduit le nombre des cas où des justiciables invoquent la voie de fait devant le juge ordinaire.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu aussi une influence sur l'organisation et la procédure de la juridiction administrative. Au nom du principe de l'égalité des armes, le traditionnel « commissaire du gouvernement », qui n'a jamais été le défenseur des intérêts de l'Etat ou du gouvernement, a vu ses prérogatives diminuer et son nom modifié à la suite de plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (notamment : CEDH 7 juin 2001 « Kress c. France », *GAJA* n°108) : devenu « rapporteur public » en 2008, ses conclusions, au moins les grandes lignes, sont communiquées aux parties en cause préalablement à leur prononcé, celles-ci peuvent y répondre par des observations, le rapporteur public ne participe plus au délibéré. Il n'est pas sûr que la justice en soit mieux assurée !

La juridiction administrative a ainsi connu une transformation profonde, au terme de laquelle elle assume beaucoup plus que par le passé la fonction de rendre la justice et donc de rétablir effectivement dans leurs droits les victimes d'un dommage ou d'une illégalité, et non plus seulement de rétablir la légalité.

B) L'introduction de nouveaux principes

Le droit administratif français s'est développé essentiellement par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Historiquement il est le droit d'un juge. Cette fonction prétorienne du Conseil d'Etat n'a pas disparu aujourd'hui et l'on pourrait citer de nombreux arrêts dans lesquels il a véritablement posé des normes nouvelles : par exemple le contrôle de conventionalité des lois (CE Ass. 20 oct. 1989 « Nicolo », *GAJA* n°93 ; CE 7 juin 2006 « Association AIDES et autres », *AJDA* 2006.2233) ; la modulation dans le temps des effets d'une annulation (CE Ass. 11 mai 2004 « Association AC ! et autres », *GAJA* n°114) ; la création d'un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat, contre un marché signé, au bénéfice du concurrent évincé (CE Ass. 16 juillet 2007 « Soc. Tropic Travaux signalisation », *GAJA* n°117), et bien sûr toute la jurisprudence sur la coopération avec la Cour de Justice de l'Union européenne.

Cependant, c'est l'intervention du législateur, ou parfois de la Communauté puis de l'Union européenne, ou encore certaines conventions internationales, qui sont à l'origine de nouveaux principes fondamentaux qui donnent de nouvelles bases au contrôle de l'administration dans certains domaines. On retiendra ici trois principes : le principe de transparence, le principe de participation et le principe de précaution.

Le principe de transparence est sans doute celui qui a la plus grande portée et plusieurs lois en mettent en œuvre différentes applications. Il renverse un principe traditionnel de l'organisation administrative, qui est celui du secret, qui

se traduit en droit français par une obligation de discrétion professionnelle des agents sur les affaires de leur service. Le principe de transparence ne fait pas disparaître le principe de discrétion professionnelle (à ne pas confondre avec le secret professionnel, qui protège, non l'administration, mais les personnes sur lesquelles l'administration doit détenir des informations professionnelles du fait de ses missions), mais celui-ci cède devant les dispositions législatives qui mettent en œuvre le principe de transparence. On peut rattacher à ce principe :

- Le droit d'accès d'une personne aux données personnelles la concernant qui figurent dans un fichier de données nominatives et le droit de rectification (loi du 11 janvier 1978 modifiée) ;

- Le droit d'accès aux documents administratifs sous réserve des exceptions prévues par la loi (loi du 17 juillet 1978, modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005 qui régleme, notamment, la réutilisation des données publiques) ;

- L'obligation de motivation des décisions administratives individuelles défavorables, et les décisions dérogatoires (loi du 11 juillet 1979, modifiée).

A côté de ces dispositions générales, il existe des régimes particuliers dans différents codes (par exemple, le Code des procédures fiscales).

On peut aussi rattacher au principe de transparence l'obligation qui est désormais imposée aux titulaires de certains mandats ou de certaines charges de déclarer leur patrimoine au moment de leur prise de fonction et au terme de celle-ci.

Le principe de transparence s'impose aussi dans les marchés publics, au travers de l'obligation de publicité qui conditionne la régularité de tout appel d'offres, de l'interdiction de passer le contrat à des conditions différentes de celles sur la base desquelles les offres ont été soumises, et de l'obligation de l'autorité administrative de motiver son choix.

Le principe de participation est moins précis, mais il présente des applications diffuses importantes en matière environnementale. Il se traduit par des obligations de procédure déterminées par la loi : concertation organisée par la commune pour toute action ou opération d'aménagement pendant de toute la durée de l'élaboration du projet (code de l'urbanisme, art. L.300-2) ; procédures d'enquête publique pour les projets de document d'urbanisme ou travaux ou ouvrages ayant un impact sur l'environnement, notamment. La Charte de l'environnement, introduite par la loi constitutionnelle de 2005, prescrit que « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » ; selon le Conseil d'Etat, il appartient au législateur d'en fixer les conditions et les limites, tandis que le pouvoir réglementaire ne peut prendre que des mesures d'exécution (CE Ass. 3 octobre 2008 « Commune d'Annecy », *GAJA*, op. cit. n°118).

A la suite de cet arrêt du Conseil d'Etat, la loi du 12 juillet 2010 prévoit que « les décisions réglementaires de l'Etat et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement » (Code de l'environnement : art. L.120-1). Le code de l'environnement organise la procédure de débat public, menée par une commission indépendante sur la base d'un dossier présenté par le maître d'ouvrage, qui doit ensuite indiquer et expliquer les conclusions qu'il tire de cette procédure.

La convention d'Aarhus de 1998 fait obligation aux Etats signataires d'organiser la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, en ce qui concerne les activités qu'elle énumère. Toutefois, le Conseil d'Etat considère que la convention d'Aarhus ne crée des obligations qu'à la charge des Etats, et ses dispositions ne peuvent pas être directement invoquées par les requérants (CE 4 août 2006 « Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire »).

Le principe de précaution a été consacré par la charte de l'environnement ; il a donc valeur constitutionnelle, mais sa mise en œuvre suppose une appréciation des risques d'une part, et des garanties résultant de la législation et de la réglementation en vigueur, ce qui rend son application pratique difficile et toujours controversée. La difficulté est accentuée par le fait que le principe doit souvent être confronté à des directives communautaires dont l'interprétation relève de la Cour de Justice (cf par exemple : CE 6 novembre 2009 « Soc. Monsanto »).

Comme on le voit, il existe un lien étroit entre l'affirmation de nouveaux principes et la jurisprudence. Dans une large mesure, c'est du juge administratif que dépend la portée des nouveaux principes.

C) Les autorités administratives indépendantes

En France, c'est pour la protection des droits que des autorités indépendantes ont été instituées : pour garantir l'impartialité de certaines décisions administratives ou pour garantir un réexamen indépendant et impartial de faits ou de pratiques. L'exemple le plus ancien et le plus classique, mais auquel on ne songe généralement pas, est celui des jurys des concours de recrutement de la fonction publique, depuis que le recrutement par concours est devenu la règle. La loi garantit l'indépendance et la souveraineté de la décision du jury, dont le classement, par ordre de mérite s'impose à l'autorité de nomination. Le Conseil d'Etat a reconnu en 1968 l'existence d'autorités administratives de l'Etat qui ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique du ministre, et dont le ministre peut seulement contester les décisions par un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif (CE 6 décembre 1968 « Ruffin », concl. J. Rigaud, *RDP*

1969, p.701, à propos des « conseils de révision », commissions qui statuaient autrefois sur l'aptitude des jeunes hommes à être incorporées dans l'armée).

Les premières institutions indépendantes de contrôle ont certainement été les chambres des comptes et, en Suède, l'ombudsman, une institution, imitée depuis dans le monde entier, qui vérifie le fonctionnement de l'administration sur la plainte d'un administré et qui peut adresser des remontrances à l'autorité compétente qui doit remédier (mais sans y être juridiquement tenue). Rappelons que l'ombudsman est apparu au début du 19^{ème} siècle comme un « homme de confiance » élu par le parlement, ce qui est resté depuis la source principale de son indépendance. La France s'est inspirée de ce modèle en créant par une loi de 1973 le Médiateur de la République, avec des attributions voisines, lequel cède la place en 2011 au Défenseur des Droits (cf infra).

Mais c'est à partir des années 80 que se multiplient les autorités administratives indépendantes, et toujours dans un but de protection des droits : dans les domaines de l'audiovisuel (Haute autorité en 1982), puis Haut conseil de l'audiovisuel, Conseil supérieur de l'audiovisuel depuis 1989), de la presse (1984), du contrôle des fichiers informatisés de données personnelles (1978 : la Commission nationale Informatique et Liberté – CNIL) ; de l'accès aux documents administratifs (Commission d'accès aux documents administratifs – CADA). Dans tous les cas, il s'agit de prévenir des pratiques illégales et de les sanctionner, et le danger paraissait venir des autorités administratives. En ce sens elles sont bien des institutions de contrôle. D'autres institutions de cette nature ont été créées pour exercer des fonctions de contrôle qui, dans leur domaine, peuvent viser, non seulement des administrations, mais aussi des personnes privées. Tel est le cas en particulier de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), créée en 2004, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (1991 : prévenir et faire cesser les écoutes téléphoniques illégales), la Commission nationale de déontologie de sécurité (2006 : contrôle des pratiques policières), le Contrôleur des prisons (2008 : contrôle des établissements pénitentiaires). Le point commun de toutes ces autorités est que leur statut assure l'indépendance de leurs membres, qu'elles ont avant tout un pouvoir de dénonciation, de proposition et de recommandation. Cependant, la plupart des autorités indépendantes créées ces dernières années visent la régulation de l'économie et leurs pouvoirs visent essentiellement des personnes privées (par exemple : l'Autorité de concurrence, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la Commission de régulation de l'énergie...) ¹⁸.

¹⁸ Voir en particulier sur ces institutions : M. Collet (2003), *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ ; G. Marcou / F. Moderne (dir.) (2005), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, L'Harmattan coll.

Beaucoup plus ambitieuse est l'institution par la révision constitutionnelle de 2008 du Défenseur des Droits (nouvel article 71-1 de la Constitution) : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ». Il remplace le Médiateur de la République, la HALDE, la Commission nationale de déontologie de la sécurité et le Défenseur des droits de l'enfant, dont il reprend les attributions, mais son domaine de compétence est très large et peut encore être élargie par la voie de la loi organique. Il s'agit cette fois d'un véritable organe supérieur non juridictionnel, mais indépendant, de protection des droits des personnes vis-à-vis des administrations publiques. Il est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans qui n'est pas renouvelable et peut être saisi par toute personne qui s'estime « lésée par le fonctionnement d'un service public » ou de toute administration de l'Etat, collectivité territoriale, établissement public ou tout organisme investi d'une mission de service public, ce qui étend sa compétence à des entreprises privées qui seraient investies d'une telle mission ; il peut aussi se saisir d'office. La loi organique ajoute qu'il pourra aussi être saisi par un parlementaire, mais il ne sera pas nécessaire de transmettre sa plainte en passant par un parlementaire.

La loi organique du 29 mars 2011, qui fixe le statut de la nouvelle institution, la qualifie d'« autorité constitutionnelle indépendante ». Cette qualification est cependant sans portée et ne dit rien sur la nature juridique de l'institution. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 29 mars 2011 sur la loi organique relative au Défenseur des Droits, précise qu'il « s'agit d'une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution » ; ses actes sont donc des actes administratifs et ils peuvent faire l'objet d'un recours au juge administratif.

Le Défenseur des Droits est assisté par des adjoints spécialisés et par des collèges spécialisés, ainsi que par des délégués territoriaux. Il dispose de pouvoirs d'enquête, peut formuler des recommandations. Il siège avec voix consultative à la CNIL. Son régime financier doit assurer son indépendance dans sa gestion : ses crédits sont inscrits dans la loi de finances annuelle, il est ordonnateur principal, dispensé du contrôle financier préalable et soumis au seul contrôle de la Cour des Comptes.

L'avenir dira ce que vaut la nouvelle institution par rapport à celles qui l'ont précédée. Le Défenseur des Droits a été nommé par décret en Conseil des Ministres le 22 juin 2011.

« Logiques juridiques », 2 vol. ; Laurence Calandri (2009), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ.

D) L'évolution du contrat: l'intervention du juge pour faire respecter la loyauté des relations contractuelles

La France est depuis longtemps un pays de contrats administratifs¹⁹. La plupart des contrats passés par l'administration sont des contrats administratifs et les litiges contractuels relèvent à la procédure contentieuse administrative ; c'est aussi le cas, notamment en Espagne, au Portugal, en Grèce. Tel n'est pas le cas dans beaucoup d'autres pays européens, où l'on considère que les contrats de l'administration sont en principe des contrats civils.

Cependant, le droit communautaire a conduit à un développement considérable de la part administrative du droit des contrats. C'est la conséquence des directives de l'Union européenne sur les marchés publics, actuellement les directives de 2004, qui réglementent de manière détaillée la passation des contrats pour garantir l'égal accès à la commande publique dans l'ensemble du marché unique, et des directives sur les recours, qui imposent le développement de procédures destinées à garantir l'effectivité de ces procédures. Cela a conduit dans tous les pays à développer un droit administratif et une procédure administrative des contrats de l'administration qu'ils ne connaissaient pas auparavant, afin de faire respecter les règles du droit communautaire.

Paradoxalement, le droit français des contrats administratifs a connu partiellement une évolution divergente, bien qu'elle ne soit pas contradictoire. La jurisprudence française avait, jusqu'à l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat « Commune de Béziers » du 28 décembre 2009, donné une importance croissante à la régularité du contrat, si bien que toute irrégularité du contrat conduisait à en déclarer la nullité. Mais, en pratique, il arrivait de plus en plus souvent que la nullité soit invoquée par celle des parties qui souhaitait se libérer de ses engagements contractuels. Ensuite, la nullité du contrat créait des situations difficiles. D'une part il fallait régler un contentieux indemnitaire sur la base du quasi-contrat (enrichissement sans cause) ou sur la base d'une responsabilité pour faute. D'autre part, il fallait régler les suites du contrat déclaré nul lorsque l'objet du contrat affectait la continuité du service public.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat, dans l'arrêt cité, a décidé de replacer au premier plan le respect de la « loyauté contractuelle ». En présence d'un contrat affecté par une irrégularité, le juge administratif doit apprécier si l'irrégularité est invocable par la partie qui s'en prévaut : elle ne doit pas être à l'origine de cette irrégularité. Ensuite, il apprécie la gravité de cette irrégularité et ses conséquences sur le sort du contrat, par rapport à l'intérêt général qui s'attache en principe au maintien du contrat. En fonction du résultat de cette appréciation, le juge dispose de trois possi-

¹⁹ Sur ce sujet dans son ensemble voir : Laurent Richer (2010), *Le droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd.

bilités : 1) la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve d'une régularisation (une possibilité qui était rarement admise jusqu'ici) ; 2) la résiliation du contrat, le cas échéant avec effet différé pour préserver la continuité du service public ; 3) l'annulation du contrat, « en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ».

Cette évolution contraste avec l'importance donnée en droit communautaire à la régularité de la passation du contrat. Mais la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat concerne le règlement d'un litige survenu au cours de l'exécution du contrat. En principe, les litiges soulevés lors de la passation auront dû être réglés au stade précontractuel, ou immédiatement après la signature du contrat, par les différentes procédures ouvertes aux concurrents évincés. Il n'en reste pas moins qu'au niveau des principes ces deux orientations ne sont pas parfaitement cohérentes l'une avec l'autre, et il n'est pas exclu que des affaires particulières conduisent à les confronter.

II. La perspective de l'action publique: contrôle, management et légitimité

Le contrôle doit aussi être envisagé dans la perspective de l'action publique. L'évolution de ses buts, de ses formes et de ses techniques suit alors l'évolution des buts et des formes de l'action publique. Les contrôles internes conservent leur importance mais les prescriptions du management pénètrent dans les rapports hiérarchiques. L'évaluation des résultats s'ajoute au contrôle de la régularité ; la culture du résultat est parfois opposée à l'exigence du respect de la légalité, selon une interprétation opportuniste de l'efficacité. Mais le renouvellement du contrôle peut concourir au renouvellement de la responsabilité politique. Enfin, on voit se multiplier les autorités administratives indépendantes dans les dispositifs de mise en œuvre des politiques publiques, ce qui peut poser des problèmes de légitimité.

A) Les contrôles internes : rapports hiérarchiques et management

Traditionnellement, les rapports hiérarchiques sont fondés sur le devoir d'obéissance des agents subordonnés et la responsabilité du supérieur pour les actes de ses subordonnés²⁰.

Les recours administratifs, par nature mettent en jeu les rapports hiérarchiques, lorsque l'autorité supérieure est saisie d'un recours qui la conduit à réviser la décision d'une autorité subordonnée.

²⁰ Danièle Loschak, « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bull. IJAP* 1976, n° 37.

Mais le contenu des rapports hiérarchiques a évolué au cours des dernières années sous l'influence des nouvelles doctrines du management²¹. Les dirigeants de l'administration sont de plus en plus souvent évalués sur la base des résultats obtenus dans l'exécution de leurs missions, et non simplement sur le fait d'avoir exécuté les instructions reçues.

C'est dans cet esprit que les procédures d'audit interne²² se sont multipliées dans la pratique administrative, non seulement dans l'administration de l'Etat, mais aussi dans les collectivités territoriales.

On a vu apparaître de documents appelés « contrats », mais qui n'en sont pas, entre le ministre et des dirigeants de l'administration, spécifiant des objectifs à atteindre, des échéances, dont la réalisation peut conditionner la part variable de la rémunération.

Il est encore trop tôt pour apprécier la portée de ces nouvelles pratiques, mais il est certain qu'elles ne remettent pas cause le modèle hiérarchique ; elles en sont seulement un aménagement. Il suffit d'ailleurs que le ministre change pour que les engagements soient de facto caducs.

B) L'évaluation

L'évaluation est une opération plus complexe que le contrôle classique mais constitue une forme nouvelle de contrôle, qui met au premier plan la réalisation des objectifs fixés et, le cas échéant une analyse de l'impact des mesures mises en œuvre²³. Inversement, on pourrait soutenir que le contrôle de la légalité est une évaluation du respect de la légalité, qui peut-être s'intéresserait aussi aux facteurs divers qui ont une influence sur le respect de la légalité.

L'évaluation peut avoir des objets différents : elle peut porter sur les agents (gestion des ressources humaines), sur la mise en œuvre de mesures, sur la réalisation d'une politique publique. Il est de plus en plus fréquent que des lois adoptées pour mettre en œuvre une politique publique prévoient un dispositif d'évaluation avec la remise d'un rapport au bout de quelques années. Cette évaluation est alors destinée au parlement et au gouvernement. Des évaluations peuvent également être entreprises d'office par la Cour des Comptes.

²¹ Bernard Abate (2000), *La nouvelle gestion publique*, Paris, LGDJ coll. « Système ».

²² Franck Mordacq (2009), *La réforme de l'Etat par l'audit*, Paris, LGDJ coll. « Système ».

²³ Sylvie Trosa (dir.) (2009), *Evaluer les politiques publiques pour améliorer l'action publique : une perspective internationale*, Paris, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, Ministère de l'Economie et des finances ; Bernard Perret (2008), *L'évaluation des politiques publiques*, Paris, La Découverte.

C) Responsabilité politique et contrôle de l'administration

Traditionnellement, c'est la responsabilité ministérielle qui était le moyen du contrôle parlementaire sur l'administration. C'est un contrôle politique, lié à la formation du régime parlementaire. Aux Etats-Unis, qui n'ont pas un régime parlementaire, c'est par l'intermédiaire du contrôle du budget et de l'affectation des moyens budgétaires que le Congrès contrôle les administrations fédérales.

D'une certaine manière, dans les collectivités territoriales, c'est également par le contrôle des élus chargés des fonctions exécutives que s'opère le contrôle politique de l'administration.

L'expérience a montré que le contrôle exercé par les assemblées sur l'administration était souvent insuffisant, voir fictif, quand il n'était pas biaisé par des considérations partisans.

Pourtant, l'évolution des conceptions relatives à la gestion budgétaires ont renouvelé les modalités et l'esprit du contrôle parlementaire. On le voit en France avec l'application de la Loi organique sur les lois de finances (LOLF) de 2001, qui vise à mieux distinguer le contrôle de l'administration du contrôle du gouvernement.

La nouvelle loi organique établit un lien étroit entre la réforme de la procédure d'adoption du budget et l'organisation de la gestion budgétaire par les différentes administrations de l'Etat. Désormais, celle-ci est orientée vers une logique de résultats, et non plus seulement de régularité de la dépense²⁴. Selon l'ancienne organisation budgétaire (ordonnance du 2 janvier 1959), les crédits étaient affectés par chapitres définis en fonction de la nature des dépenses et répartis entre les sept titres du budget et entre les ministères. Traditionnellement, le principe de spécialité budgétaire était satisfait par la nomenclature en chapitres, les crédits ne pouvant pas en principe être transférés d'un chapitre à un autre sans une procédure particulière. Pour assouplir la gestion, de nombreux chapitres ont été fusionnés au fil du temps. De plus, et c'était l'une des innovations de l'ordonnance de 1959, le parlement se prononçait en bloc sur les services votés, et le débat budgétaire devait se concentrer sur les mesures nouvelles. Après l'exécution du budget, le parlement devait voter une loi de règlement, fondée sur le rapport de la Cour des Comptes sur l'exécution du budget.

Selon la loi organique du 1^{er} août 2001, les dépenses doivent désormais être présentées sous la forme de programmes, eux-mêmes regroupés en missions. Le programme devient l'unité budgétaire de base, celle sur laquelle les

²⁴ Damien Catteau (2007), *La LOLF et la modernisation de la gestion publique. La performance, fondement d'un droit public financier rénové*, Paris, Dalloz ; « La LOLF et les institutions politiques », *Revue française de Finances publiques*, 2006, n°94. Pour un regard critique : Jean-René Brunetière (2010), « Les objectifs et les indicateurs de la LOLF quatre ans après... », *Revue française d'Administration publique*, n°135, p.477.

parlementaires se prononcent. Tous les ministères ont revu leur organisation budgétaire au cours des dernières années afin de présenter le budget, depuis celui de 2006, selon une structure en programmes. La nouvelle organisation permet aussi de regrouper en missions et en programmes des interventions partagées entre plusieurs ministères, donnant ainsi une lisibilité budgétaire à des politiques interministérielles, mais il est vrai que l'on n'en rencontrera que peu d'applications. Chaque programme donne lieu à la définition d'objectifs en fonction desquels les moyens sont attribués. Les moyens sont fongibles, sans que cela puisse conduire à l'augmentation des effectifs. Chaque programme a un responsable de programme. Derrière cette organisation budgétaire on recherche une meilleure distinction entre la responsabilité pour la définition des politiques publiques et la responsabilité managériale pour leur mise en œuvre.

Cette nouvelle organisation budgétaire conduit à la transformation du contrôle. Désormais, chaque programme donne lieu à des rapports de mise en œuvre et à une évaluation, destinés au parlement. Cette évaluation doit porter sur les objectifs fixés et les raisons pour lesquelles, éventuellement, ils n'ont pas été atteints, ainsi que sur l'emploi des moyens. Lors de la préparation du budget de l'année suivante, le parlement est invité à prendre en considération l'exécution des programmes du budget précédent pour la préparation des crédits de l'année suivante. Dans ces conditions, la discussion budgétaire doit devenir un moment privilégié du contrôle parlementaire sur l'administration, au cours duquel les parlementaires pourront examiner les résultats atteints dans le cadre de la mise en œuvre d'un programme par rapport aux objectifs qui avaient été fixés ; ils pourront analyser par rapport à ces constats si les moyens ont été bien employés. Il serait naïf de penser que les parlementaires feront abstraction de considérations politiques pour se concentrer sur la gestion et l'évaluation, mais on peut s'attendre, néanmoins, à ce que la loi organique impose une méthode d'examen de la mise en œuvre des programmes qui conduira à certains constats indiscutables du point de vue du fonctionnement de l'administration ou de l'adéquation de son organisation à la politique poursuivie. Dans cette mesure, la loi organique devrait conduire à un renforcement du contrôle parlementaire sur l'administration publique.

De plus, la procédure de la loi de règlement est réformée. Elle devient une procédure de certification, conduite par la Cour des Comptes et sur laquelle le parlement se prononce.

D) Politiques publiques et autorités indépendantes

Aujourd'hui la loi confie souvent la mise en œuvre des politiques publiques ou une partie de cette mise en œuvre à des autorités administratives indépendantes. Cette catégorie d'institutions, apparue en France pour la protection des droits, trouve ici un nouvel emploi et soulève de nouveaux problèmes.

Ces autorités se sont multipliées pour participer à la régulation des marchés dans un contexte de libéralisation de l'économie.

Il existe deux catégories de ces institutions : les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes. Les secondes se distinguent par le fait qu'elles sont la personnalité morale et des ressources propres, qui peuvent couvrir l'essentiel de leurs ressources, mais le Conseil d'Etat ou la Cour d'appel de Paris, selon leurs compétences respectives, contrôlent leurs actes de la même manière.

Se pose à leur propos aujourd'hui deux types de questions qui sont de plus en plus controversées :

- 1) Quel est le sens de leur indépendance ?
- 2) A qui doivent-elles rendre compte de leur activité ?

Le droit communautaire, par un arrêt de la Cour de Justice du 9 mars 2010 « Commission c. Allemagne », et les nouvelles directives de 2009 sur l'électricité, le gaz et sur les communications électroniques, demandent aux Etats de garantir l'indépendance de ces autorités par rapport aux autorités gouvernementales, sans exclure un contrôle juridictionnel et un contrôle parlementaire mais qui ne sauraient porter atteinte à l'indépendance de leurs missions.

Cette orientation du droit communautaire contraste avec la tendance que l'on observe dans l'ordre interne des Etats et dans les discours politiques, qui réclament des contrôles adaptés à l'activité de ces institutions dans la mise en œuvre des politiques. Le sens en est d'assurer que le dernier mot reste au pouvoir politique. Il y a bien là une antinomie qui n'a pas encore trouvé de solution. Si l'utilité des autorités indépendantes ne peut être mise en cause, chaque fois qu'il s'agit de protéger des droits ou des intérêts légitimes, leur fonction relève de la mise en œuvre ; la responsabilité des politiques publiques demeurent entre les mains des autorités politiques dont la désignation repose sur l'élection. Mais où passe en réalité la limite entre l'élaboration des politiques et la mise en œuvre, dans la mesure où les autorités indépendantes participent de toute évidence à la première et mobilisent une part essentielle de l'expertise d'Etat ? Les autorités indépendantes ne sauraient échapper à tout contrôle politique et juridictionnel sans voir à la longue leur légitimité remise en cause²⁵.

Le contrôle juridictionnel s'est approfondi mais le contrôle politique n'a pas encore trouvé sa voie entre l'ingérence et l'indifférence.

²⁵ G. Marcou (2011, « Les autorités administratives « dépendantes » et « indépendantes » dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique – Une analyse sur des secteurs choisis » dans : Gérard Marcou / Johannes Masing (dir.), *Le modèle des autorités indépendantes de régulation en Allemagne et en France*, Paris, Société de Législation comparée (édition allemande : Masing / Marcou (Hrsg), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010).

*Др Жерар Марку, редовни професор
Правног факултета Париз I – Сорбона*

Савремена контрола управе

Сажетак

Контрола управе се данас мора посматрати из двоструке перспективе: из перспективе права грађана и перспективе јавног интереса. Ни једна ни друга нису нове, али њихов циљ и средства контроле су значајно трансформисани због утицаја економских и друштвених промена, као и европског права.

У Француској се подвргавање управе праву, суштински посматрано, одвијало кроз делатност управног судства. Међутим, реформа управног судства је појачала његову улогу у ефикасној заштити права грађана. У том смислу, законом су уведени нови принципи усмерени на то да се појача заштита права грађана, а створене су и бројне независне институције које се баве заштитом права грађана. Судска пракса је довела и до проширења контроле управних уговора.

С друге стране, контрола се врши и из перспективе јавног интереса. Поред контроле целисходности, данас се на то додају и бројни видови контроле чији је циљ подизање ефикасности рада и оптималан однос између остваривања циља и уложених средстава. Осим тога, тржишна привреда је довела до стварања независних тела чије одлуке су независне, али које не могу да измакну контроли политичких власти. За овај проблем још није пронађено одговарајуће решење.

Кључне речи: однос управе и судова, контрола управе, судска контрола управе, заштита права грађана, ефикасност рада управе.