

FORMULES DE GOUVERNANCE ET DÉMOCRATIE POLITIQUE : LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES DE RÉGULATION EN ESPAGNE *

M. CUCHILLO

Université Pompeu Fabra, Barcelone

I.- INTRODUCTION

L'examen des Autorités Administratives Indépendantes de régulation en Espagne, dans le contexte de leur connexion avec la démocratie politique et avec les formules de gouvernance, requiert deux précisions. D'un côté, des précisions concernant le fait que l'attention portée en Espagne à la problématique démocratique posée par les autorités administratives indépendantes et par leur conception comme des formules de gouvernance est relativement faible en Espagne. D'autre part, des précisions concernant le fait que la notion de régulation s'est forgée autour de l'idée d'intervention moyennant le recours à des formules dites « douces » où de « réglementation », par opposition à l'intervention classique de police exprimée à travers le règlement administratif, en des termes qui ne sont quand même pas acceptés de façon majoritaire par la doctrine espagnole ⁽¹⁾.

* Cet article est une version abrégée de celui qui fera partie du livre « Régulation économique et démocratie politique », dirigé par le professeur Martine Lombard et publié par Dalloz en 2006.

1. Comme on le signale plus avant, cette notion de réglementation est fortement tributaire de la notion qui a été élaborée par le professeur Gérard Timsit dans « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation ». RFAP, avril-juin, 1996.

En ce qui concerne la première question, il faut signaler que l'introduction des autorités administratives indépendantes (dorénavant AAI), à partir des années 80 et, surtout, durant les années 90, a fait l'objet d'une acceptation relativement a-critique de la part de la doctrine espagnole qui ne s'est presque pas posé de questions sur l'adéquation de ces organismes « indépendants » aux principes du modèle d'Etat démocratique qui venait d'être instauré en Espagne ⁽²⁾. Les raisons de cette acceptation dérivant, probablement, de l'acceptation généralisée des AAI aussi bien dans les pays faisant partie de la Communauté Economique Européenne à laquelle on venait de s'incorporer, qu'au sein même des institutions communautaires, qui instauraient ce genre d'autorités dans le contexte de la réforme de l'Etat résultant des mouvements de privatisation et de dérégulation déclenchés à la fin des années 70 et des appels à la gouvernance à partir des années 90. Puisque comme il est bien connu, les réformes adoptées face aux critiques, d'abord aux Etats Unis et un peu plus tard en Europe, centrées sur l'inefficacité de l'Etat administratif -« Administrative state »- et sur les coûts insoutenables du « welfare state » à l'européenne ont entraînée le recours à ce genre d'organisations administratives spéciales ou spécifiques ⁽³⁾. Et quelques années plus tard, les appels aux formules de gouvernance, comme des formules destinées à compenser les fai-

2. Quelques exceptions devraient être citées. Parmi lesquelles Parada, R. *Derecho Administrativo*, vol. III, 6ème ed. Madrid, 1984 et toujours avec la même position 10ème ed. Madrid, 2004 et, d'une façon nuancée, Martín-Retortillo, S. *Derecho administrativo economico*. Madrid, 1991.

3. Voir, parmi une bibliographie énorme Cassese, S. « Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa ». *Riv.Trim.Dir.Pub.*, 1985, Mény, Y. et Wright, V. *La riforma amministrativa in Europa*. Pisa, 1986, Mashaw, J. et al. *America's Misunderstood Welfare State*. New York, 1989, Sunstein, C. *After the Rights Revolution : Reiventing the Regulatory State*. Chicago, 1987 Breyer, S. & Stewart, R. *Administrative Law and Regulatory Policies*. Boston, 1982, OECD Working Papers. *Regulatory Reform : Overview and proposed OECD working plan*. Paris, 1996, Majone, G. *Deregulation or Re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*. London, 1992, *From the positive to the regulatory state : causes and consequences of changes in the mode of governance*. Madrid, 1997 et *L'Union Européenne, un état régulateur*. Paris, 1996.

bles de l'Etat démocratique classique, ont aussi mis avant les AAI comme des organisations spécialement adéquates pour faire face aux enjeux de la globalisation, des rapports en réseau et de la fragmentation et diversification de la société⁽⁴⁾.

Tout cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu d'attention tournée vers les AAI, au contraire. Il y a eu une bibliographie importante qui s'est occupée de ce genre d'autorités⁽⁵⁾. Notamment pour en justifier l'existence sur des critères d'expertise, de neutralité, d'impartialité, de transparence et de participation et pour analyser, ensuite, telle ou telle autorité. Mais comme on l'a déjà signalé, cette bibliographie et le débat qui s'est produit autour des AAI ne s'est pas souvent centré sur les questions de constitutionnalité liées au caractère démocratique de ces autorités⁽⁶⁾. C'est à dire, sur la possible contradiction ou le manque d'adaptation des AAI aux principes de l'Etat social et démocratique de droit sanctionné par la Constitution de 1978 et sur les interrogations

4. Voir parmi une bibliographie énorme Beck, U., Giddens, A. & Lash, S. *Modernización reflexiva*. Madrid, 1997; Habermas, J. *La constelacion postnacional*. Barcelona, 1999; Ferrara, R. *Introduzione al diritto amministrativo*. Pisa, 2002; Shapiro, M. « Administrative Law Unbounded :Reflections on Government and Governance », *Ind.L.J. on Global Legal Studies*, n.8, 2001 et Aman, A.C. « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance », *Ind.L.J. on Global Legal Studies*, n.8, 2001

5. Voir parmi d'autres, Malaret, E. "La Comision Nacional del Mercado de valores. Una aproximacion a su configuracion institucional", *REDA*, n. 76, 1992; Chillón, J.M. & Escobar, G. *La Comision del Mercado de las Telecomunicaciones*. Dykinson. Madrid, 2001; Fernández Rodríguez, T.R. "Reflexiones sobre las llamadas Autoridades Administrativas Independientes" dans *Administracion Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo*. Vol. I. Cívitas. Madrid, 1994; García Llovet, E. "Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho", *RAP* n.131, 1993; Jiménez Blanco, A. *Derecho Publico del Mercado de Valores*. Ramon Areces. Madrid, 1989; Lopez Ramon, F. "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administracion Independiente", dans *Administracion Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo*. Vol. I. Cívitas. Madrid, 1994; Pomed, L.A. "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", *RAP* n.132, 1993; Sala Arquer, J.M. "El estado neutral. Contribucion al estudio de las administraciones independientes", *REDA* n. 42, 1984.

6. Sauf dans des cas assez rares, parmi lesquels il faut citer les livres de Magide, M. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid, 2000 et Rallo, A. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Madrid, 2002.

qui, du point de vue de la légitimité, dérivent de la promulgation de normes juridiques, de l'adoption de décisions et de l'imposition de sanctions par ces organismes qui, en dehors du schéma des pouvoirs classiques de l'Etat, n'ont presque aucune connexion avec le peuple souverain à travers les instruments électoraux et représentatifs. La discussion ne s'est pas posée, non plus, le long des années 90 quand le recours aux AAI se basait aussi bien dans les critères déjà énoncés, qu'en faisant appel aux critères de la gouvernance. C'est-à-dire, en appelant, dans la large marge ouverte par cette notion polysémique ⁽⁷⁾, à la définition des politiques publiques par des organismes dans lesquels est assurée la participation des experts et des secteurs sociaux le plus directement affectés par la politique en question, moyennant l'incorporation d'organisations non gouvernementales et d'autres organisations sans esprit lucratif ⁽⁸⁾.

Les problèmes posés par le manque de légitimité démocratique, qui viendraient à appauvrir la position constitutionnelle et institutionnelle des AAI, devraient donc faire l'objet d'une attention plus pressée. Puisque comme on le souligne dans les pages qui suivent, il reste encore pas mal de mesures à adopter avant qu'on puisse soutenir que

7. Voir pour tous sur cette notion de la gouvernance, qui est partagé par un secteur très large de la doctrine, Castaing, F. "La Gouvernance: défi d'une approche non normative" dans ce même numéro.

8. Voir la définition de gouvernance en ces termes dans Shapiro, M. « Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance », *Ind.L.J. on Global Legal Studies*, n.8, 2001 et Aman, A.C. « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance », *Ind.L.J. on Global Legal Studies*, n.8, 2001.

Voir, par contre, une définition beaucoup plus imprécise, dans le livre Blanc sur la Gouvernance de la Commission Européenne, où la gouvernance est définie que dans une note en pied de page, note 3, page 5 dans la publication en espagnol, en établissant que « gouvernance fait référence aux normes, procédures et comportements qui affectent la forme dans laquelle les pouvoirs sont exercés au niveau Européen, notamment en ce qui concerne l'ouverture, la participation, la transparence, la responsabilité politique, l'effectivité et la cohérence ».

la configuration et le régime juridique des AAI dans le système espagnol répondent aux objectifs qui, aussi bien dans les dispositions législatives prévoyant leur implantation que dans les textes académiques, justifient leur établissement. Essentiellement, en ce qui concerne la garantie de neutralité, d'expertise et d'excellence professionnelle des membres désignés, la transparence et l'efficacité de l'activité développée, la participation sociale dans l'élaboration de ses dispositions normatives et le contrôle juridique de leurs décisions, surtout moyennant l'examen de la motivation et du compte rendu des raisons ayant constitué la base pour leur adoption, dans des termes en quelque sorte équivalents à ceux formulés par la doctrine et par la jurisprudence nord-américaines exposées par E. Zoller dans « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie » ⁽⁹⁾.

En ce qui concerne la notion de « régulation » il faut préciser que je m'en tiens à une notion de régulation qui est acceptée par un secteur que je crois relativement large de la doctrine française ⁽¹⁰⁾ et qui, suivant M. Lombard dans « Institutions de régulation économique et démocratie politique » ⁽¹¹⁾ viendrait la définir comme la fonction tendant à réaliser certains équilibres entre concurrence et poursuite de la rentabilité économique et d'autres impératifs d'intérêt général, ainsi qu'à veiller à des équilibres que le marché ne peut produire à lui seul. Dans les pages qui suivent j'utilise donc une notion de régulation qui, même si elle n'est pas unanime en Espagne, ni dans la plupart des pays européens qui suivent la tradition du droit administratif, a l'avantage notable, à mon avis, d'être assez large pour englober les fonctions assi-

9. E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie » RFAP n.4, 2004.

10. Voir Chevallier, J. L'Etat post-moderne. 2ème ed. Paris, 2004 et Cohen, E. L'ordre économique de la régulation. Paris, 2001, Richer, L. "La Commission Nationale de l'Energie Electrique" dans Mélanges en l'honneur du professeur Frank Moderne. Paris, 2002. Voir aussi, par contre, avec une position qui nie cette conception Auby, J.B. "Régulations et droit administratif" dans Etudes en l'honneur de Gérard Timsit. Bruxelles, 2004.

11. Lombard, M. « Institutions de régulation économique et démocratie politique », RFAP, 2005, page 3.

gnées aux différents organismes espagnols qui font l'objet des pages qui suivent ⁽¹²⁾.

En utilisant cette notion assez large de « régulation » je voudrais souligner, d'un côté, le fait que la fonction de régulation ne comporte pas du tout nécessairement, à mon avis, le recours à des nouvelles formes d'intervention publique dans l'ordre économique, comme le soutient aussi bien une partie de la doctrine française ⁽¹³⁾, que la doctrine espagnole la plus autorisée qui s'est occupée du sujet du point de vue juridique ⁽¹⁴⁾. De l'autre côté, je voudrais souligner aussi que la fonction de régulation ne comporte pas non plus, nécessairement, le recours à l'établissement des AAI et qu'il n'existe pas un modèle où standard européen exigeant l'implantation de ce genre d'autorités ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾.

12. Sur les différentes notions de régulation voir, parmi une très large bibliographie, celles citées par M Lombard, *ibid.* et par J-B. Auby dans "Régulations et droit administratif", *cit.* Je partage en bonne mesure les propos du professeur Auby, dans Cuchillo, M. "The Changing Nature of Regulation: A Southern European Perspective" en Audretsch, D. & Bohne, E. (ed.) *Globalization and Regionalization: A Paradoxical Challenge for Public Policy*. Boston-Dordrecht-London, 2001.

13. Voir Cohen-Tanugi, L. *L'émergence de la notion de régulation*. Paris, 1998; Frison-Roche, M-A. *Le droit de la régulation*. Paris, 2001.

14. Voir Malaret, E. "Regulacion economica: su instrumentacion normativa. El lugar de la ley en el estado regulador, la experiencia reciete española", *Derecho Privado y Constitucion*, n.17, 2003 et Tornos, J. *Las autoridades de regulacion de lo audiovisual*. Madrid, 1999 et "La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya". *Derecho Privado y Constitucion*, n.17, 2003; Parejo, L. "La potestad normativa de las administraciones independientes" dans *Administracion Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo*. Vol. I, *cit.*

15. Voir la position soutenue en ce même sens par Lombard, M. "Institutions de régulation économique...", *cit.*, page 1.

16. Ce qui n'exclut pas, de toute évidence, l'existence d'un nombre important d'organisations européennes qui se correspondent, dans un degré où un autre, avec les AAI, telles que l'Agence des Médicaments ou l'Autorité Européenne pour la Sécurité Alimentaire, ainsi que l'existence de fréquentes références explicites à l'utilité et fonctionnalité des organisations de ce type dans un nombre important de documents européens. Tout cela viendrait à démontrer l'existence d'une claire confiance en l'excellence du modèle des AAI, aussi bien de la part de la classe politique et des hauts fonctionnaires communautaires que d'importants secteurs de la doctrine. Voir, parmi beaucoup d'autres, le livre blanc de la Commission Européenne sur la Gouvernance (Juillet 2001) et le livre

Les autorités administratives indépendantes de régulation qui font l'objet des pages qui suivent sont la Banque d'Espagne (BE), la Commission Nationale du Marché des Valeurs (CMNV), la Commission du Marché des Télécommunications (CMT), la Commission Nationale de l'Energie (CNE), le Conseil pour la Sécurité Nucléaire (CSN) et le Tribunal pour la Défense de la Concurrence (TDC).

Le but des considérations suivantes étant d'examiner d'une façon sommaire la position constitutionnelle des AAI dans l'ordre juridique et politique espagnol et leur adaptation aux objectifs poursuivis avec leur implantation et aux exigences démocratiques, j'exposerai d'abord les raisons qui d'une façon générale ont justifié jusqu'à présent l'établissement des AAI en Espagne, ainsi que les raisons qu'on peut exposer pour contribuer à soutenir leur acceptabilité du point de vue de la démocratie politique dans l'ordre constitutionnel espagnol (II), pour examiner ensuite leur fonctionnalité dans l'ordre juridique et politique et les problèmes qui concernent leur établissement, aussi bien du point de vue de leur véritable adéquation aux objectifs fonctionnels qui à l'origine ont basé l'établissement de chacune d'entre elles, que du point de vue de leur effective adaptation au système constitutionnel (III).

II - LES RAISONS JUSTIFIANT L'ÉTABLISSEMENT DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES DE RÉGULATION

A. Les raisons fonctionnelles pour l'établissement des AAI de régulation

Comme dans la plupart des pays de l'Europe communautaire, les AAI de régulation ont été établies en Espagne pour élaborer, canaliser

(Suite 16). vert de la Commission sur les Services Publics (Mai 2003). Voire aussi, parmi beaucoup d'autres, l'éloge des AAI dans Cassese, S. « Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa ». Riv.Trim.Dir.Pub., 1985, Mény, Y. et Wright, V. La riforma amministrativa in Europa. Pisa, 1986 Cassese, S. « Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa ». Riv.Trim.Dir.Pub., 1985, Mény, Y. et Wright, V. La riforma amministrativa in Europa. Pisa, 1986, Majone, G. L'Union Européenne, un Etat régulateur, cit. et From the positive to the regulatory state : causes and consequences of changes in the mode of governance. Madrid, 1997.

et imposer l'intervention publique de l'économie, suivant, à grands traits, les propos des économistes qui, depuis la fin des années 50, essaient de trouver les formules adéquates pour assurer l'équilibre le plus raisonnable possible entre développement économique et développement social dans les démocraties occidentales avancées ⁽¹⁷⁾. Je ne vais pas rentrer dans la discussion, certes passionnante et pas tranchée à mon avis, relative aux mérites respectifs des politiques de régulation économique basées sur la promotion des mesures liées à la démocratie politique et la participation sociale et des politiques fondées sur la mise en avant de l'expertise. Je ne vais pas non plus discuter, d'un point de vue global où de principe, les probables mérites des AAI, dessinés sur le patron des organismes originairement établis aux Etats Unis à la fin du XIX siècle ⁽¹⁸⁾, pour aborder la fonction de régulation dans les secteurs où le législateur espagnol a, jusqu'à présent, opté pour attribuer l'intervention publique économique à ce genre organisations ⁽¹⁹⁾. Je vais tout juste signaler les raisons qui de façon générale ont été évoquées

17. Voir parmi beaucoup d'autres, Buchanan, J., Clark, A. & Colberg, M. *Prices, income and public policy*. New York, 1959; Buchanan, J. *The calculus of consent. Logical foundations of constitutional democracy*. Michigan, 1965 ; Sen, A. *On economic inequality*. Oxford, 1973, *Resources, values & development*. Oxford, 1984 et *L'économie est une science morale*. Paris, 2003; Stiglitz, J. *The Economic Role of the State*. Michigan, 1965, *Essays in the History of Economics*. Chicago, 1965 et "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economic and Management Science*, n. 2, 1971. Voyez aussi le rapport de l'OECD Working Papers *Regulatory reform : Overview and proposed OECD working plan*, cit.

18. En français, voir l'article d'E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », cit. et la bibliographie citée dans cet article. Sur l'évolution de ces organisations aux Etats Unis et leur nouvelle fonctionnalité à la fin du XIXème siècle, voir très spécialement Rabin, R.L. "Federal Regulation in Historical Perspective", *Stanford L.Rev.*, vol. 38, 1986; Strauss, P. "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch" *Col.L.Rev.* 84, 1984 et Kearney, J.D. & Merrill, T.W. "The great transformation of regulated industries law", *Col.L.Rev.* 98, 1998.

19. Les Exposés des Motifs des lois de création des AAI ont tendance à affirmer que le modèle de l'AAI qui proposent est le meilleur pour la couverture des fonctions assignées et les discussions des projets de loi au Parlement ont tendance à justifier l'option en se remettant à l'expérience comparée, sans entrer dans un débat de fond sur l'opportunité et la viabilité de l'option en question.

par le législateur et par la doctrine pour justifier l'établissement de cette catégorie d'organisations publiques.

La neutralité, l'objectivité, l'impartialité et la soustraction à la pression politique qu'on peut garantir moyennant le recours à des autorités où organismes indépendants des pouvoirs classiques de l'Etat, que ce soit le pouvoir exécutif où le pouvoir législatif, pour le développement des fonctions de régulation, sont à la une des raisons justifiant l'établissement de ce genre d'autorités ⁽²⁰⁾. L'indépendance des AAI par rapport aux pouvoirs de l'Etat devrait leur permettre d'échapper aux influences des partis, d'éviter l'élaboration de politiques économiques à court terme sous l'influence des enjeux électoraux et de résister aux pressions des « lobbys » présents dans le secteur régulé. L'indépendance des AAI par rapport aux pouvoirs de l'Etat serait donc un élément indispensable pour garantir la soumission exclusive de leurs décisions aux critères techniques et d'expertise que, selon la pensée économique aujourd'hui dominante, la fonction de régulation exige ⁽²¹⁾.

Cette indépendance serait garantie à travers une série d'instruments bien connus, qui peuvent varier selon chaque autorité puisqu'il n'existe pas en Espagne, comme il n'existe pas d'ailleurs en France, un modèle où schéma d'autorité indépendante qui doit être nécessairement respecté pour qu'on puisse parler de l'existence d'une autorité administrative indépendante de régulation ⁽²²⁾. Parmi ces instruments il faudrait citer la définition du statut des membres de l'autorité de régulation, la durée et le renouvellement éventuel de leur mandat, l'attribution de pouvoirs normatifs, qui prendront la forme de règlements ou

20. Voir, parmi d'autres, l'Exposé des Raisons de la loi 13/1994, d'Autonomie de la Banque d'Espagne, de la loi 54/1997 sur la régulation du secteur électrique ou de la loi 12/1997 sur la libéralisation des télécommunications.

21. Voir un exposé assez compréhensif des différentes raisons justificatives du recours aux AAI en Espagne dans Malaret, E. « La Comisión Nacional del mercado de Valores », cit. et parmi d'autres auteurs, Parejo, L. « La potestad normativa de las administraciones independientes », cit. et Tornos, J. Las autoridades de regulación de los audiovisual, cit.

22. A la vue de quelques uns des problèmes générés par l'absence d'un cadre institutionnel minimum, le gouvernement espagnol a annoncé l'élaboration d'un projet de loi sur les agences, dont les documents préparatoires ne sont pas encore disponibles.

de « réglementations », les pouvoirs de gestion permettant l'adoption de décisions individuelles sous forme d'autorisations, de licences ou autrement, par exemple parmi des accords, permis, etc., ainsi que moyennant la possibilité de les assortir de conditions plus ou moins contraignantes, les pouvoirs de contrôle, traduits dans la possibilité d'exiger l'information, l'inspection et la supervision des activités et des décisions des opérateurs sujets à régulation, l'assignation des moyens financiers et budgétaires nécessaires à leur fonctionnement et les pouvoirs de sanction en cas d'infraction à la réglementation générale ou aux normes spécialisées moyennant l'instruction des procédures de sanction, la définition des sanctions et son imposition même, quitte à la révision juridictionnelle de la part des tribunaux contentieux ⁽²³⁾.

L'indépendance des organisations de régulation doit opérer non seulement par rapport aux pouvoirs de l'Etat et aux partis politiques, mais aussi par rapport aux opérateurs privés, à fin d'éviter la "capture" du régulateur par les opérateurs qui a été analysée depuis longtemps dans les pays anglo-saxons et qui a donné lieu à des réformes importantes des AAI dans le système Nord-Américain ⁽²⁴⁾. Le statut d'indépendance des AAI, aussi bien par rapport aux opérateurs que par rapport aux usagers et consommateurs, devrait leur permettre l'adoption de politiques marquées par l'impartialité et guidées par des choix exclusivement professionnels et techniques. Pour ce faire une série des moyens sont mis à l'avance, dont la définition des procédures à suivre quant à l'accès des opérateurs au secteur régulé, l'exigence d'adoption des décisions « on the record » et avec exclusion explicite de communications « ex-parte » et la réglementation des sanctions disciplinaires suscep-

23. Voir en Espagne les auteurs cités dans la note 22, Pomed, L.A. "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", cit. et Sala Arquer, J.M. "El Estado neutral....", cit.

24. Voir parmi une bibliographie énorme, Stewart, R. "The Reformation of American Administrative Law", Harv.L.Rev. 1975; J. Stigler, "The theory of economic regulation", cit., Aman, A.C. Administrative law in a Global Era. Chicago, 1986. Sur la réforme des Executive Agencies et des Independent Regulatory Commissions, puisque toutes elles ont fait l'objet de "capture" par les opérateurs, voire en général Kearney, J.D. & Merrill, T.W. « The great transformation of regulated industries law », cit.

tibles d'être prononcées à l'encontre des opérateurs. Mais comme on le signale plus tard, les problèmes relevant de la probable « capture » des régulateurs n'a pas fait l'objet d'une attention très poussée de la part du législateur espagnol ce qui constitue un des aspects les plus critiqués des AAI de régulation ⁽²⁵⁾.

Un autre argument favorable à l'attribution des fonctions de régulation à un régulateur indépendant se trouve dans l'affirmation que la formule des AAI est spécialement fonctionnelle aux enjeux de la régulation économique dans le contexte de privatisation des entreprises publiques, dotées ou pas de monopoles, qui à la suite des politiques économiques néo-libérales commence à s'adopter en Espagne à la fin des années 80 et prend tout son essor le long des années 90 ⁽²⁶⁾. Cette indépendance est censée avoir aussi une claire fonctionnalité à l'accomplissement des prévisions des directives communautaires visant à l'élimination des monopoles publics et/ou privés. Ainsi qu'à la suppression des conflits entre l'Etat régulateur et l'Etat sujet à régulation, dans les cas où l'Etat doit assumer au même temps la fonction de régulation transparente et objective d'un secteur économique et la fonction d'opérateur dans ce même secteur, surtout après les lourdes condamnations de l'Espagne par la Cour de Justice (voire, par exemple, CJCE 17 novembre 1992 Espagne c/Commission C-271/90) ⁽²⁷⁾.

La professionnalité ou expertise des membres des autorités est aussi une des raisons qui de façon générale sont évoqués pour justifier le recours aux AAI. Car face à la manque de connaissances spécialisées et

25. Voir pour tous Magide, M. Límites constitucionales de las administraciones independientes, cit., ainsi que les observations formulés dans la section III.

26. La Constitution espagnole ayant sanctionné un état "social" et démocratique de droit et le Parti Socialiste ayant eu accès au pouvoir en 1982, l'adoption des politiques néo-libérales s'est vue post-posé en Espagne jusqu'au moment où les enjeux communautaires étaient trop pressants pour les contourner.

27. Il faut tenir compte, quand même, qu'en décembre 2004 seul un 9,2% du marché espagnol de la téléphonie correspondait à des compagnies autres que Telefónica, entreprise monopolistique du secteur jusqu'à l'application des directives communautaires.

d'efficacité des Administrations publiques dans les domaines très spécifiques et hautement complexes, aussi bien du point de vue technique, comme c'est le cas de la banque, les finances, les télécommunications, etc., que du point de vue scientifique, comme c'est le cas de l'énergie ou la biotechnologie, il faut assurer l'attribution des décisions en ce qui concerne la réglementation, l'exécution des politiques et la sanction des infractions à des experts dans les matières qui en font l'objet. Cette expertise justifie, à son tour, l'octroi de larges pouvoirs discrétionnaires, dans le sens de ce qu'en Espagne on désigne comme «discrétion technique», en ce qu'elle est basée sur une connaissance scientifique et technique de la réalité sur laquelle elle se produit où se prononce⁽²⁸⁾. Dans l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires l'autorité de régulation peut agir en fonction des considérations diverses et parfois partiellement contradictoires- qui sont de nature à équilibrer la diversité des intérêts en jeu⁽²⁹⁾.

La participation des secteurs les plus directement affectés par la régulation est encore une autre des raisons évoquées pour justifier le recours aux AAI. La participation des experts prochains aux opérateurs fait partie de l'essence même des autorités indépendantes. Mais la participation directe ou indirecte des usagers des activités et des services objet de régulation est aussi très souvent signalée comme une des fonctions bénéfiques de l'établissement des AAI⁽³⁰⁾. Surtout à partir des élaborations théoriques relatives à la conception des citoyens comme « clients » des fonctions et des services de l'Etat largement répandue à

28. Sur cette notion de discrétion technique, formulée à partir des écrits de F. Moreno Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad técnica. Madrid, 1976, est fondée, en grande mesure, une large capacité d'option des Administrations publiques, en des termes que, comme on le signale au point III de ce texte, la jurisprudence a largement interprétée comme non susceptible d'être contestée par le juge moyennant le contrôle juridictionnel.

29. Ce rôle est aussi souvent assumé par les administrations publiques dans la gestion de secteurs où confluent une grande diversité d'intérêts sociaux, tels que l'urbanisme ou l'environnement. Voir Cuchillo, M. "Le contrôle juridictionnel de l'Administration en Espagne". AJDA n.10, 1999.

30. Voir Esteve, J. Teoría y riesgo en derecho. Barcelona, 1999 et Autorregulación: Génesis y efectos. Madrid, 2002.

partir de la fin des années 70 ⁽³¹⁾ et de celles sur la participation sociale dans la gestion des affaires publiques qui se développent à la fin des années 80 et qui donnent lieu à une des formulations par laquelle s'exprime la gouvernance ⁽³²⁾. Bien que comme on verra plus tard la participation des usagers et des consommateurs est pratiquement absente des AAI qui existent dans le système espagnol, elle peut s'articuler en suivant les modèles de la gouvernance, à travers une multiplicité de possibilités. C'est-à-dire, moyennant une diversité de mécanismes tels que leur présence, normalement à travers des organisations non gouvernementales et associations sans esprit de lucre, dans les organes des AAI, leur intervention dans l'élaboration des dispositions normatives des AAI et l'assignation d'un rôle important dans le contrôle de leur activité moyennant la reconnaissance de la légitimité pour réagir contre les règlements et les décisions des AAI, aussi bien dans les procédures internes des AAI, avec recours où non à des formules de médiation et d'arbitrage, que dans le contrôle externe de légalité formulé à travers les tribunaux contentieux administratifs et civils ⁽³³⁾.

31. Sur les premières références à ces conceptions des citoyens et aux conséquences qui s'en dérivent, aussi bien du point de vue de l'organisation des administrations publiques, que du point de vue de la réforme des AAI qu'elles ont imposé aux USA, voir parmi d'autres, les excellents travaux de Stewart, R. *The Reformation of American Administrative Law*, cit., Aman, A.C. *Administrative Law in a Global Era*, cit.; Kearney, J.D. & Merrill, T.W. « The great transformation of regulated industries law », cit.

32. Voir la définition des modèles de gouvernance en ces termes dans Shapiro, M. « *Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance* », cit. et Aman, A.C. « *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance* », cit.

33. Voir Zoller, E. « Les agences fédérales américaines... », cit. et la bibliographie que s'y cite. Voir aussi, sur le rôle assigné aux consommateurs lors de la réforme des Independent Regulatory Commissions le long des années 80 et 90, Kearney, J.D. & Merrill, T.W. « The great transformation of regulated industries law », *Col.L.Rev.* 98, 1998.

B.- Les raisons justifiant l'adéquation institutionnelle des AAI au système espagnol

1- Le cadre constitutionnel

La Constitution de 1978 définit l'Etat espagnol comme un « Etat social et démocratique de droit », et précise cette conception moyennant la référence explicite ou implicite aux différents pouvoirs de l'Etat et à la légitimation de ces pouvoirs à travers la représentation politique. Mais comme il ne pouvait être autrement à la fin du XX^{ème} siècle, la Constitution contemple l'existence d'une multiplicité d'organes constitutionnels et d'autres pouvoirs publics, à part les pouvoirs classiques législatif, exécutif et judiciaire et elle n'effectue aucune référence à l'existence d'un « *numerus clausus* » en ce qui concerne le nombre et le caractère des institutions de l'Etat. La Constitution sanctionne en plus la décentralisation territoriale comme un élément nucléaire du modèle d'Etat et elle laisse une large marge d'autonomie, aussi bien aux institutions quasi-fédérales qui reçoivent le nom de Communautés Autonomes ⁽³⁴⁾, qu'aux institutions locales ⁽³⁵⁾, en ce qui concerne l'organisation de leurs institutions de gouvernement et d'administration tout en formulant un mandat explicite d'efficacité aux administrations publiques (article 103,1 CE).

En ce qui fait référence à la régulation économique, deux circonstances ont été généralement évoquées, aussi bien par la classe politique et la haute fonction publique que par la doctrine, pour soutenir la viabilité et constitutionnalité du recours à l'implantation d'une nouvelle catégorie d'organisation publique qui ne répond pas aux caractères des

34. Voir en français, sur le système espagnol, F. Moderne Les *autonomies régionales dans la Constitution espagnole*. Paris, 1981 et Malaret, E. « *Décentralisation multidimensionnelle en Espagne : la décentralisation à géométrie variable* ». RISA, n. 64, 1998.

35. Voir les auteurs cités supra et M. Cuchillo "Le droit espagnol" dans M. Troper (éditeur) *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*. Paris, 2000.

institutions qui existaient jusqu'à la date ⁽³⁶⁾. D'un côté, le fait que la Constitution ne contienne aucune autre limitation explicite que celle relative au respect de la liberté d'entreprise et des règles du marché, en ce qui concerne l'intervention du législateur dans l'économie (art. 38 CE). De l'autre côté, le fait que la Constitution reconnaît une large autonomie à l'exécutif en ce qui concerne les pouvoirs d'organisation de l'appareil administratif, dans le cadre fixé, dans ses traits essentiels, par le législateur (art.103 CE).

La légitimité des AAI, du point de vue démocratique, viendrait corroboré par le débat politique réalisé dans le Parlement à l'occasion de l'élaboration et approbation des lois de création de chaque autorité en question qui, normalement, établissent aussi les lignes basiques de l'intervention publique dans le secteur confié à chacune d'entre elles. Cette légitimité viendrait ensuite renforcer par la connexion de chacune de ces autorités avec le gouvernement, dont la responsabilité devant le Parlement est spécifiquement sanctionnée par la Constitution (art. 98 et 108 CE), moyennant leur encadrement dans l'Administration de l'Etat sous la tutelle d'un département ministériel ⁽³⁷⁾. C'est ainsi que l'établissent, en des termes qui sont discutés dans les pages qui suivent, la majorité des lois de création des AAI de régulation.

36. Sur les importantes différences entre les AAI et les institutions établies dans le cadre de ce qu'on a qualifiée de "décentralisation fonctionnelle", qui implique la tutelle de légalité et d'opportunité des institutions décentralisées par les administrations centrales dont elles dépendent, voir parmi d'autres dans la littérature espagnole Santamaría, J.A. *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid, 2000, Parada, J.R. *Derecho Administrativo*, cit., García de Enterría & Fernández Rodríguez, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. 7^a ed. Madrid, 2001.

37. Voir Magide, M. *Límites constitucionales...*, cit., et Rallo, A. *La constitucionalidad*, cit., et les considérations contre cette conception des AAI comme faisant partie intégrantes de l'Administration dans le point III de cet article.

2 - La conception des AAI comme des structures intégrantes de l'Administration Publique

Comme le suggère la dénomination de « Autorités Administratives Indépendantes » et le corrobore la législation qui a procédé à leur implantation, dans le système espagnol les AAI sont considérées comme des administrations publiques spéciales et non pas comme un nouveau «genus» exigeant un préalable travail d'encadrement constitutionnel. L'accord, explicite ou implicite, sur le caractère « administratif » de cette catégorie d'organisations a beaucoup contribué, à mon avis, à leur acceptation. Cet accord a aussi probablement déterminé qu'aucun véritable débat, en ce qui concerne la condition administrative de ce genre d'autorités, se soit produit jusqu'à présent ⁽³⁸⁾.

La conception des AAI comme organisations strictement administratives a été confirmée de façon expresse par le Tribunal Constitutionnel en ce qui concerne la Banque d'Espagne (STC135/1992), bien que ça soit avant la réforme imposée par la loi 34/1994 qui, suite à l'implantation du système européen de banques centrales a largement augmenté son indépendance. La considération des AAI comme organisations administratives se reflète aussi dans la législation de création des différentes AAI qui les définit, normalement, comme des « Entités de Droit Public », personnes morales appartenant à la catégorie des Administrations Publiques (art.2 Loi 30/1992 sur la procédure et le régime juridique des Administrations publiques) ou comme des « Organismes Publics », personnes morales appartenant aussi à la catégorie des Administrations Publiques (art. 42 y disposition additionnelle 10 de la Loi 6/1997, sur l'Organisation et Fonctionnement de l'Administration Générale de l'Etat) ⁽³⁹⁾.

38. Voir Magide, M. Límites constitucionales..., cit., qui fait référence à cette situation, mentionne le fait que la doctrine française et italiennes se soient posé la question et ne se pose aucun interrogant sur les raisons qui pourraient la justifier.

39. Avant la promulgation de la loi 30/1992, les AAI étaient créées sur la base de l'article 6,5 de LGP, qui s'occupait des organismes publics, avec personnalité morale, qui pouvaient échapper partiellement à l'application des prévisions de la législation budgétaire de l'Etat.

En absence d'une réflexion en profondeur sur la position constitutionnelle et sur le rôle des AAI dans notre système, spécialement du point de vue de leur adaptation aux principes démocratiques, l'idée de les comparer à un hypothétique « quatrième pouvoir », pour en légitimer l'existence et l'activité en mettant en relief la conservation des éléments d'équilibre et de contrôle entre et par les différents pouvoirs de l'Etat, n'a jamais été évoqué en Espagne. On a préféré, par contre, conserver cette expression « autorités administratives indépendantes » qui, comme je le souligne plus avant, est à mon avis en certaine mesure contradictoire avec la configuration substantive où matérielle des AAI et avec la configuration constitutionnelle des administrations publiques ⁽⁴⁰⁾.

Il est bien connu que l'établissement des AAI en Espagne, comme dans d'autres pays aussi bien européens que d'autres continents, s'éloigne non seulement dans le temps mais aussi dans des aspects substantifs du modèle sur lequel elles sont dessinées et implantées. Car on ne peut pas oublier que, dans le contexte nord-américain et dans la tradition du « common law », à la fin du XIXème siècle les Independent Regulatory Commissions se sont vues attribuer un pouvoir de réglementation qui, aux USA est étroitement lié au caractère directement représentatif du Président et qui en GB n'est octroyée à l'exécutif que par voie d'une délégation expresse du Parlement. A la fin du XXème siècle, l'attribution du pouvoir réglementaire à l'exécutif et aux administrations publiques est, par contre, pacifique depuis longtemps dans les pays qui suivent la tradition du droit administratif et, d'une façon spécifique dans le système espagnol (art.97 et 106 CE). L'attribution des pouvoirs de sanction sont aussi étrangers à la tradition anglo-saxonne, au moment de la création des Independent Regulatory Commissions, qui assigne l'intervention face à l'infraction de l'ordre juridique aux tribunaux de justice, ce qui n'est pas du tout le cas dans le système espagnol au moment de l'implantation des AAI où le pouvoir de sanction des administrations publiques est longuement acquis,

40. Sur la configuration constitutionnelle des administrations publiques en ce sens, voir Cuchillo, M. «Gobierno local, administracion local y potestad normativa de los entes locales» dans *Derecho Privado y Constitucion*, n°. 17, 2003.

bien que soumis aux principes et aux règles basiques qui en définissent l'exercice par le juge pénal dans la Constitution (art. 25 CE). L'assignation de pouvoirs normatifs et de sanction a fait l'objet, dans le système anglo-saxon, des inquiétudes qui se sont soudées avec l'établissement d'une batterie de mesures destinées à garantir le control des AAI d'une façon qui ne trouve pas de parangon dans les systèmes de droit administratif ⁽⁴¹⁾.

Par contre, un élément qui dans le continent peut faire l'objet de refus des AAI et suscite une certaine méfiance entre la doctrine est intervenu dans le sens contraire aussi bien aux USA que en GB, où il y avait une longue tradition de participation des citoyens dans l'assomption des fonctions publiques, que ce soit à travers les « charities » et les organisations sans objet lucratif, qu'à travers les « judges of the peace » et d'autres responsables de l'intervention publique au niveau local, notamment à travers la figure des « aldermen », représentatifs de la sagesse, l'expertise, la connaissance, l'expérience, l'impartialité, l'objectivité et la neutralité qui faisaient partie des institutions locales au même temps que les élus ⁽⁴²⁾. En Espagne, comme en France, la situation inverse prédomine avec une résistance poussée qui tend à refouler, pendant le XIX^{ème} siècle et tout le long du XX^{ème} siècle, cette assomption des fonctions publiques de la part du secteur « privé », dû entre autres raisons, au rôle extrêmement important qui a été joué dans le passé, par l'aristocratie et la noblesse et par l'Eglise catholique. L'insistance sur le caractère d'administration publique des AAI, qui permet de minimiser le rôle attribué aux particuliers dans le dévelop-

41. Voir en français, en ce qui concerne les AAI, Zoller, E. "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie", cit.

42. Voir, parmi une bibliographie très extense, Webb, S & B. *The English Poor Law History*. London, 1910, *The Manor and the Borough*, London, 1918, *Statutory Authorities for Special Purposes*. London, 1922, *The Parish and the County*. London, 1927. Voir aussi, sur cette question, Cuchillo, M. « From Sovereignty to Decentralization, European Integration and Global Governance » dans *The End of Sovereignty : A Transatlantic Perspective*. Bohne, E. & Spencer, K. (editors). Manheim. 2005 (publication imminente).

pement de fonctions publiques, contribue donc à faciliter l'acceptation des AAI et à mitiger les soucis qui peuvent dériver de considérations centrés sur l'attribution d'un rôle trop poussé aux privés dans le développement des fonctions publiques.

3- L'autorisation constitutionnelle pour la redistribution des compétences publiques

La conception des AAI comme des institutions appartenant à la catégorie des administrations publiques, quoique sous un statut spécial, ne serait quand même pas suffisante pour justifier la constitutionnalité des AAI. En particulier, dans certains cas où leur établissement comporte une perte de compétences de la part des institutions de l'Etat dans le secteur qui fait l'objet de la régulation assumée par les AAI en question. Dans des circonstances comme celle de la réforme de la Banque d'Espagne, imposée, comme dans tous les pays de la zone euro, pour faire face aux prévisions relatives à l'établissement de la Banque Centrale Européenne et du système européen de banques centrales, la réforme impliquait non pas seulement la reconnaissance d'un large degré d'autonomie à l'autorité administrative indépendante qui allait assumer la responsabilité du système bancaire ⁽⁴³⁾, mais la perte des compétences de cet organisme en matière de politique monétaire ⁽⁴⁴⁾. Néanmoins, cette réforme n'a pas posé des problèmes constitutionnels puisque s'avancant à la probable intégration de l'Espagne à la Communauté Economique Européenne, ce qui a eu lieu en 1986, la Constitution espagnole de 1978 prévoit explicitement (article 93 CE) la possibilité que le législateur espagnol modifie, moyennant la conclusion de traités internationaux, le système de distribution de compétences en autorisant l'exercice des compétences qui dérivent de

43. Sur la banque d'Espagne avant la monnaie unique, voir pour tous Martin-Retortillo, S. « Sistema bancario y crediticio » dans *Derecho Administrativo Económico*, cit., et Fernández Rodríguez, T.R. « La autonomía de los bancos centrales ». PEE, n.43, 1990.

44. Sur la Banque d'Espagne après la signature du traité de Maastricht, voir parmi une large bibliographie García Delgado, J.L. *Lecciones de Economía Española*. Madrid, 2003, Pérez, F., Mandos, J & Pastor, R. *El Sector bancario español. Cambio estructural y competencia*. Valencia, 1999.

la Constitution à des organisations et à des institutions internationales ⁽⁴⁵⁾. Le fait qu'il existe en Espagne cette prévision constitutionnelle autorisant d'emblée l'adoption d'un éventail presque illimité de mesures transférant les compétences publiques aux institutions communautaires, ainsi qu'à d'autres institutions internationales ou supra-nationales, telles que l'Organisation Mondiale du Commerce, n'élimine pas mais au contraire accentue les soucis relatifs à la légitimité démocratique des transferts de pouvoir autorisés par le Congrès espagnol. Car dans le contexte de la globalisation un nombre toujours croissant de compétences nationales se verront transférées à des institutions internationales ou à des institutions supranationales dont la légitimité démocratique n'est pas assurée de façon équivalente à celle des états de droit occidentaux ⁽⁴⁶⁾. Face donc, à la croissante perte de capacité de décision et de participation que ces phénomènes entraînent nécessairement pour les citoyens espagnols, il est de plus en plus urgent d'assurer que le renoncement à l'exercice du pouvoir public par les institutions nationales, que ça soit de l'Etat, des Communautés Autonomes ou des institutions locales, se réalise par rapport à des organisations dont le caractère démocratique soit prédicable en des termes plus acceptables et « contraignants » que ceux qui pourraient être satisfaisants dans le contexte des théories de la démocratie cosmopolite formulés depuis la fin des années 90 ⁽⁴⁷⁾.

45. La législation relative aux institutions essentielles de l'Etat et aux droits et libertés fondamentaux doit adopter la forme de loi organique, qui exige une majorité absolue des membres du Congrès (art. 81 CE).

46. Voir parmi d'autres en français, sur l'évolution du droit que ce phénomène génère, Chevallier, J. "La mondialisation de l'Etat de droit", cit., Auby, J-B. *La Globalisation, le droit et l'Etat*. Paris, 2004.

47. Il suffirait de rappeler les problèmes générés par le manque de légitimité démocratique de la OMC, où les citoyens européens sont représentés à travers les institutions européennes. Sur les formules de cosmopolitan democracy et de garantie de la souveraineté populaire, voir parmi une très large littérature, Held, D. & Archibugi, D. *Cosmopolitan democracy*. Cambridge, 1995 et Held, D. « Law of peoples : Three models of Sovereignty ». *Legal Theory*, n. 8, 2002.

III - L'ADÉQUATION DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES AUX BESOINS JUSTIFIANT LEUR IMPLANTATION

A. L'effective adaptation des AAI aux prémisses de neutralité, d'impartialité et d'objectivité

Comme il a été déjà signalé, le recours à des AAI, sous des appels à l'objectivité, l'impartialité et la neutralité de leur activité, hors des luttes des partis et des enjeux électoraux et avalisés par l'expertise et la capacité professionnelle de ses membres, ainsi que par la participation des usagers et consommateurs des secteurs régulés, a été accepté en Espagne sans opposition relevante. Mais il faut signifier que cette confiance a été mise en question assez rapidement. La malchance ou l'adversité ont déterminé que les AAI se soient vues involuées dans des scandales concernant leur fonctionnement, l'adoption de décisions partielles et subjectives et/ou des comportements indésirables de ses membres. Comme ça a été le cas, par exemple, en relation à des procédures suivies contre quelques membres signifiés de la Commission Nationale du Marché des Valeurs, pour des comportements faisant l'objet de fautes personnelles, en relation aux indemnités assignés par la Commission Nationale de l'Energie aux entreprises qui avaient des contrats exclusifs d'exploitation et de distribution de l'énergie électrique, pour compenser les pertes économiques résultantes de l'application des directives communautaires sur les secteurs exclus et, dernièrement, en relation à l'enquête suivie à l'occasion des dénonciations des organisations écologistes relatives au mal fonctionnement de la centrale nucléaire de Vandellós et aux interventions fautives du Conseil de Sécurité Nucléaire ⁽⁴⁸⁾.

48. Voir la presse espagnole, notamment El País et La Vanguardia, pour un suivi de ces incidents qui se sont respectivement produits le long des années 1994, 1999 et 2000 et en dans l'actualité. Les incidents actuels concernant le CNS se sont en quelque sorte soudées avec la présentation d'un projet de loi par le parti écologiste (IV) pour la modification du CNS, qui a été avalé, dans ses aspects essentiels, par le gouvernement socialiste (El País, 11 mai 2005) et par la majorité des partis politiques, à l'exception du Parti Populaire.

La législation espagnole suit, avec quelques écarts, les prévisions habituelles, aussi bien aux USA que dans les pays communautaires, destinées à garantir l'impartialité, l'objectivité et la neutralité des décisions et de l'activité des AAI qui servent à justifier leur implantation. L'indépendance des membres des AAI par rapport aux partis politiques, au gouvernement et aux entreprises régulés constituent, comme déjà indiqué, les règles d'or pour assurer ces objectifs et les moyens utilisés peuvent se reconduire à une batterie de mesures qui sont adoptées, avec plus ou moins de précision, partout. Dans les lignes qui suivent on essaie de constater à quel point les mesures adoptées en Espagne, en ce qui concerne la composition des AAI, sont fonctionnelles aux objectifs poursuivis avec leur implantation.

1 - La désignation des membres des AAI

La plupart des lois de création des AAI évitent l'inclusion de données ou de critères tendant à permettre une certaine « objectivisation » ou réduction du pouvoir discrétionnaire gouvernemental dans la sélection des membres des AAI. Les références au prestige et expertise reconnu, à la compétence technique et professionnelle, ou au prestige tout court font rarement l'objet de précisions. Dans le cas de la loi de création du CSN, on incorpore une référence à l'expertise, en affirmant que « leur indépendance et objectivité de critère fera l'objet d'une valorisation spéciale » (art. 4 Loi 15/1980), quand, en bonne logique, l'indépendance et l'objectivité devraient être des exigences incontournables et conditions « sine qua non » de leur désignation. Seulement dans le cas du Tribunal pour la Défense de la Concurrence on trouve, entre les critères à considérer, une exigence de plus de 15 années d'exercice de la profession d'avocat, d'économiste ou d'autres spécialités avec affinité. Le CV des impliqués, les opinions fournies par les ordres et les associations professionnelles, les curricula des entreprises dans lesquelles les personnes proposées ont travaillé, l'avis des organisations de consommateurs et d'usagers, seraient des repères à être nécessairement consultés pour assurer cette « excellence » que les lois de création des AAI déclarent poursuivre.

La désignation des membres des AAI se fait, parfois, sans aucune intervention du Parlement, comme c'est le cas des membres de la Commission Nationale du Marché des Valeurs, tandis que dans d'autres cas cette intervention tient lieu moyennant la discussion préalable du ministre devant la Commission compétente du Congrès des députés, sans que les prévisions législatives ne permettent de rejeter les personnes proposées. Une seule exception à cette règle se trouve dans la législation concernant l'une des premières AAI établies en Espagne et dont les pouvoirs exécutifs sont les plus maigres, le Conseil de Sécurité Nucléaire.

L'impartialité, objectivité et neutralité des AAI devrait aussi être le résultat de la participation des usagers et des consommateurs dans les AAI, en accord avec les nouveaux modèles de la « gouvernance » ⁽⁴⁹⁾. Mais en Espagne, la participation de ce genre d'organisations est absente de toutes les AAI qui font l'objet de ce travail. Aucune des lois établissant les AAI qu'on examine ici, n'exige qu'un nombre de membres de l'AAI en question doivent être choisis parmi des professionnels de prestige et compétence reconnus appartenant ou proche de ce genre d'associations et organisations. Seul dans le cas de la Commission Nationale du Secteur Electrique peut-on trouver, dans le Conseil Consultatif, donc dans un organe sans fonctions décisives et exécutives, deux représentants des consommateurs et des usagers parmi les 34 membres qui l'intègrent (art. 6, loi 54/1997).

La règle de l'indépendance des AAI, par rapport au gouvernement et aux partis politiques, se voit brisée dans quelques AAI où la loi de création va jusqu'à inclure comme membres nés de l'autorité en question quelques membres du gouvernement. Ainsi, la Banque d'Espagne compte parmi ses huit membres, hors le Président, avec deux membres nés : le Directeur Général du Trésor, qui est de libre désignation et révocation par le gouvernement, et le Vice-président de la Banque d'Espagne, qui est aussi de libre désignation par le gouvernement d'ac-

49. Voir Shapiro, M. « Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance », cit. et Aman, A.C. « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance », cit.

cord avec proposition formulé par le Président de la Banque d'Espagne (art. 20 Loi 13/1994) ⁽⁵⁰⁾, bien que son mandat, en sa condition de membre d'une autorité administrative indépendante, soit fixe ou à terme ⁽⁵¹⁾.

Les lois de création des AAI n'établissent pas, non plus, des limites concernant l'appartenance des personnes qui font l'objet des propositions du gouvernement aux partis politiques. L'absence de prévision en ce sens permet que tous les membres suggérés appartiennent ou soient proches du parti gouvernemental. La « partialité » que l'absence de recours à une procédure bipartisane peut occasionner, se verrait palliée, en quelque mesure, par deux circonstances. D'un côté, par le fait que, normalement, le renouvellement des postes, de durée en général comprise entre 4 et 6 ans ⁽⁵²⁾, se fait par moitié, ce qui, dans le cadre d'alternance des partis au gouvernement augmente les possibilités de renouvellement au-delà des mandats du gouvernement ayant procédé à la désignation. D'autre côté, par le fait que, comme quelques auteurs ont signalé, une espèce de « convention » parlementaire se serait forgée, le long des années, selon laquelle, en parallèle à ce qui dans d'autres cas est établi par la loi concernant certains organes constitutionnels, tels que la Cour Constitutionnelle ou le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, un réflexe du pluralisme idéologique du Parlement devrait se traduire dans les noms proposés par le gouvernement pour la composition des différentes AAI. Mais il faut noter que cette convention n'a pas empêché de nombreuses exceptions où, à part le

50. Le président ou « Gobernador » de la Banque d'Espagne est nommé par le Roi, à la proposition du président du gouvernement et avec l'information préalable du Ministre de l'Economie devant la Commission parlementaire pertinente (art. 5 Loi 13/1994).

51. Le vice-président ou « Sub-Gobernador » de la Banque d'Espagne est nommé, comme le président ou « Gobernador » pour 6 ans, sans possibilité pour aucun d'eux de renouvellement, à la différence de ce qui concerne les restants membres de la Banque d'Espagne, désignés pour 4 ans, renouvelables une seule fois (art. 5,6,8 Loi 13/1994).

52. La durée du mandat est fixée habituellement à 6 ans, pour éviter la coïncidence avec le mandat électoral, bien que quelques mandats soient fixés à 5 et même à 4 ans.

fait que les minorités parlementaires ont été complètement ignorées, même l'opposition majoritaire a été clairement infra représentée ⁽⁵³⁾.

2 - La soumission des membres des AAI à des règles d'incompatibilité et à des restrictions concernant leur futur professionnel

L'objectivité, l'impartialité et la neutralité des AAI viendrait favorisée par l'imposition aux membres des AAI de limitations concernant l'exercice professionnel et la réalisation d'activités ayant un rapport quelconque avec l'objet de leur mandat. Ces limitations sont directement comparables à celles imposées aux postes de responsabilité politique et aux hauts fonctionnaires avec des missions de confiance et imposent aussi une dédicace absolue et exclusive au poste en question, ce qui rend nécessaire, compte tenu des secteurs régulés, l'établissement de salaires qui sont normalement bien au dessus de ceux qui correspondent à la classe politique et à la fonction publique, ce qui crée des discriminations indésirables dont la justification n'est pas toujours évidente ⁽⁵⁴⁾. Les exigences de dédicace exclusive au poste n'excluent pas la possibilité de réaliser, dans certains cas et sans rétribution, des fonctions d'assesseur du gouvernement dans des organismes internationaux ou supranationaux, comme c'est le cas des membres du TDC (art. 22 Loi 16/1989).

Les prévisions relatives aux incompatibilités et à l'exigence de dédicace exclusive se voient, parfois, complétées par des prévisions imposant l'impossibilité d'exercer des activités professionnelles ayant un rapport quelconque avec le secteur régulé qui fait l'objet de leur mandat, pendant un minimum de deux ans après la fin du mandat ⁽⁵⁵⁾.

Les exigences relatives à l'impossibilité de « retourner » dans le secteur régulé pendant une période de temps normalement fixé à deux ans, qui sont imposées avec la finalité d'assurer le maximum d'indé-

53. Voir Rallo, A. La constitucionalidad de las administraciones independientes, cit.

54. Voir Jiménez Asensio, M. Los salarios en la alta función pública. Oñati, 1997 et Nieto, A. La corrupción en la España democrática. Madrid, 1998.

55. Les membres de la Commission du Marché de Télécommunications et du TDC ne se voient pas sujets à des restrictions de ce genre.

pendance par rapport aux entreprises régulées et d'éviter la « capture » des régulateurs si souvent dénoncée par la doctrine nord-américaine ⁽⁵⁶⁾, peuvent probablement minimiser les dangers de « pantouflage ». Mais elles risquent de produire des effets négligeables en ce qui concerne l'indépendance des entreprises régulées. Surtout quand elles ne s'accompagnent pas des mesures destinées à assurer la participation des usagers et des consommateurs qui peuvent largement contribuer à éviter les dangers de « capture » du régulateur. Car cette participation impose aux AAI des exigences de transparence et de diffusion d'information beaucoup plus contraignantes et sévères que dans les cas où la participation sociale ne se produit pas ⁽⁵⁷⁾. La démarche suivie dans nombreuses occasions, dont l'information sur l'accident de la centrale nucléaire de Vandellós qui s'est produit après une suite d'inspections et d'interventions du Conseil de Sécurité Nucléaire n'ayant pas imposé la fermeture des installations malgré l'avis exprimé par une partie importante des membres du CSN, constitue un bon exemple, à mon avis, du fait que la « capture » des régulateurs est un danger et une possibilité tout le long de leur mandat. Une possibilité et un danger qui requièrent des mesures plus poussées que celles prévues par la législation en vigueur.

3 - La circonscription de causes de démission des membres des AAI

Les lois de création des AAI coïncident en établir des conditions pour la démise de leurs membres qui tiennent à garantir leur indépendance moyennant l'exclusion de la possibilité de démise pour des raisons qui ne soient pas assimilables à une faute personnelle ou même un délit. Ainsi, les lois prévoient que les membres des AAI cesseront leurs activités, par l'expiration du mandat, la résignation ou démission pour des raisons personnelles acceptée par le gouvernement, l'incapa-

56. Voir une discussion du phénomène, du point de vue juridique, déjà en 1975, dans Stewart, R. "The Reformation of American Administrative Law", cit., et Sunstein, C. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge. Mass. 1990 et "Reinventing the Regulatory State", 62 U.Chi.L.Rev, 1995.

57. Voir point III sur l'absence des prévisions concernant la participation des usagers et des consommateurs dans les AAI de régulation espagnoles.

citée permanente pour le développement de la fonction, l'incursion en incompatibilité survenue après la désignation, autre l'arrivée à un certain âge (normalement 70 ans), ou la condamnation pour infraction criminelle (« delito doloso » ou « delito culposo »), moyennant l'instruction d'une procédure administrative de sanction par le Ministre compétent et démise par le gouvernement (art. 6 loi 54/1997 CNSE). Quelques lois ajoutent la possibilité de démise dans les cas de non compliment grave des fonctions assignées (art. 2 loi 12/1997 sur la CMT), en ajoutant parfois des mesures qui tendent à assurer au maximum les garanties d'indépendance de critère, comme par exemple l'exigence que la démission par non compliment grave des fonctions soit proposée par _ des membres de l'autorité impliquée (art. 23 loi 16/1989 sur la CNMV) ⁽⁵⁸⁾.

Quelques lois prévoient aussi la possibilité de suspension des membres des AAI dans l'exercice de leurs fonctions. Les prévisions sont quand même très respectueuses de la stabilité de la position des membres des AAI et de leur indépendance. Les causes de suspension se fixant dans les cas d'émission d'un acte de prison ou d'initiation d'une procédure criminelle (« delito doloso ») et avant qu'une sentence condamnatoire soit prononcée, dans le cas où soit initiée une procédure disciplinaire où une procédure de déclaration d'incapacité transitoire et dans les cas de condamnation par une sentence ferme qui impose l'incapacité pour l'exercice du poste comme peine accessoire (art. 23,2 Loi 16/1989 CNMV).

Toutes ces dispositions sur la démise des membres des AAI, qui tendent véritablement à assurer la stabilité de leur position, ne se correspondent pas, à mon avis, avec la faiblesse des efforts réalisés pour s'assurer que les personnes élues soient les plus pertinentes pour le développement des fonctions assignées. Ni en ce qui concerne leur curri-

58. Voir un examen assez exhaustif des causes de démise des membres des AAI de régulation dans Magide, M. Límites a la constitucionalidad de las administraciones independientes, cit., et Rallo, A. La constitucionalidad de las administraciones independientes, cit.

culum professionnel et technique, ni en ce qui concerne leur neutralité politique et leur indépendance de critère.

Comme déjà signalé, le législateur ne s'occupe pas d'établir des critères destinés à assurer la meilleure sélection possible et la réduction du pouvoir discrétionnaire du gouvernement dans la proposition des candidats, moyennant l'exigence d'une justification fondée sur des données objectives relatives à leur trajectoire professionnelle des candidats. D'autre part, il ne s'occupe pas non plus de garantir la neutralité politique des AAI que moyennant une « convention », trop souvent méconnue, sanctionnant la sélection des membres des AAI par des procédures bipartisanes. Le manque de garanties en ce qui concerne la neutralité politique des membres des AAI renforcé par le fait que le législateur n'a pas hésité à prévoir que l'intervention des commissions parlementaires se limite, en ce qui concerne la plupart des AAI, à une simple communication formelle du ministre compétent, sans qu'aucune véritable fonction de contrôle, comparable à celle exercée par le Sénat nord-américain ⁽⁵⁹⁾, soit assigné au Parlement espagnol, sauf en ce qui concerne les membres du Conseil de Sécurité Nucléaire, avec les limites déjà évoqués dans les pages précédentes.

B - L'adaptation des AAI au modèle d'Etat sanctionné par la Constitution

1 - La conception des AAI comme des administrations publiques

Comme déjà souligné, l'acceptation de la constitutionnalité des AAI dérive en grande mesure, à mon avis, du fait que les AAI ont été qualifiées comme des administrations publiques et considérées comme une expression des compétences du législateur et de l'exécutif en ce qui concerne l'adaptation de l'organisation administrative aux nouvelles exigences du développement des fonctions publiques ⁽⁶⁰⁾. Il faudrait quand même ne pas oublier que la capacité d'adapter l'organisation des institutions publiques à des nouvelles circonstances n'est pas

59. En français, sur cette procédure, Voir Zoller, E. "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie", cit.

60. Voir Malaret, E. "La Comisión Nacional del Mercado de Valores...", López Ramón, F. "El Consejo de Seguridad Nuclear ...", cit., et les auteurs cités dans la note 65.

illimitée. Puisque la Constitution espagnole fait une option pour le modèle démocratique basé sur la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs et la protection constitutionnelle des droits et libertés des citoyens et du modèle d'Etat établi par la charte fondamentale (articles 1 et 2 CE).

Dans ce modèle, la souveraineté populaire se décline, pour l'essentiel, en deux volets :

a) la primauté qui correspond à la loi élaborée par les représentants du peuple, dont l'application correspond à l'exécutif⁶¹, à travers l'organisation administrative qui est ainsi indirectement légitimée démocratiquement, et

b) la responsabilité des élus devant le peuple, directement, à travers les élections législatives, et indirectement, à travers la responsabilité des membres du gouvernement face au Parlement.

En ce qui concerne la séparation des pouvoirs, les mécanismes pour que l'équilibre des pouvoirs entre les trois branches soit garanti sont établis moyennant trois instruments essentiels:

a) l'assignation au législatif de l'élaboration de la loi et du contrôle politique de son exécution,

b) l'attribution de la fonction de développement réglementaire et d'application des dispositions normatives, moyennant l'organisation administrative, à l'exécutif et

c) le contrôle de l'interprétation et application des normes juridiques aux cas concrets au pouvoir judiciaire. Ces instruments sont complétés par des organes constitutionnels qui contribuent à renforcer l'équilibre des pouvoirs et les mécanismes de contrôle mutuel, tels que la propre Cour Constitutionnelle, le Médiateur ou la Cour de Comptes.

61. Avec toutes les modulations que déjà Vedel avait mis en relief en ce qui concerne l'exécution et l'application de la loi que n'ont fait que s'intensifier depuis la formulation de ses théories.

A son tour, la protection spécifique et spéciale des droits et libertés des citoyens et du modèle d'Etat établi par la Constitution est garantie moyennant l'intervention du juge constitutionnel. D'un côté, à travers le recours de « amparo » qui peut être interposée contre toute infraction des droits et libertés fondamentaux dérivant d'une intervention publique ou privée. D'un autre côté, à travers le blindage du contenu essentiel des droits et libertés sanctionnés par la Constitution, des institutions fondamentales de l'Etat et du modèle de décentralisation territoriale, moyennant le contrôle constitutionnel des dispositions législatives et les règlements qui ont une incidence sur le caractère et le contenu des droits et des libertés des citoyens et sur la distribution des compétences entre l'Etat, les régions et les collectivités locales.

Les AAI, telles qu'elles sont majoritairement dessinées, s'encadrent mal dans ce schéma si on insiste à les qualifier et à les considérer comme des administrations publiques au sens strict du terme, comme l'on fait jusqu'à présent le législateur, la jurisprudence et la doctrine espagnoles. Et cela, pour des raisons dues à leur encadrement constitutionnel et au rôle qui leur attribue l'ordre juridique⁽⁶²⁾.

En accord avec les principes qui président l'Etat espagnol, la Constitution définit les administrations publiques comme des organismes dirigés par le gouvernement, au service objectif de l'intérêt général (art. 97 et 103 CE). Ces organismes répondent juridiquement de leurs actes, avec une responsabilité objective ou sans faute, devant les tribunaux de justice (art. 106,1 CE), et le gouvernement répond politiquement (« accountability ») de leur gestion⁽⁶³⁾, de façon individuelle et collective, devant le Parlement (art. 98 et 108 CE).

62. Voir, en attention aussi à ces deux éléments, l'impossibilité de considérer les institutions locales comme des administrations publiques, au sens stricte du terme, dans Cuchillo, M. "Gobierno local, administración local y potestad normativa de los entes locales", cit.

63. La responsabilité politique opère aussi bien par rapport aux administrations directement liées à l'exécutif que par rapport aux administrations qui reçoivent les noms d'institutionnelles ou instrumentales, car elles sont soumises aux directrices du gouvernement et aux pouvoirs de tutelle liés à l'émission de ces directrices. Voir une intéressante distinction entre la responsabilité juridique des institutions publiques et la responsabilité politique, dans Guarino, G. *Politica del Diritto*, 1999.

L'encadrement constitutionnel des AAI ne répond pas aux mêmes paramètres. Comme les administrations publiques définies par la Constitution, les AAI, telles qu'elles sont dessinées par la législation espagnole, répondent juridiquement de leurs actes devant le pouvoir judiciaire. Puisque aussi bien leurs décisions que leurs règlements font l'objet du contrôle juridictionnel devant le juge administratif ⁽⁶⁴⁾ ou devant le juge ordinaire, selon le régime juridique qui leur soit d'application en fonction du type d'activité duquel il s'agit ⁽⁶⁵⁾. Mais à différence de ce qui arrive avec les administrations publiques définies par la Constitution, il n'y a pas de contrôle politique de ces organismes devant le pouvoir législatif (« accountability »), car elles ne sont pas soumises aux directives du gouvernement et, donc, celui-là ne peut pas répondre de la gestion des AAI devant l'institution parlementaire. On peut, bien sur, trouver des mécanismes pour garantir, d'une façon ou d'une autre, une certaine responsabilité « politique » ou « d'indirizzo politico » de ces autorités devant les pouvoirs de l'Etat. Car de la même façon que la Constitution espagnole a contemplé l'existence d'organismes constitutionnels destinés à garantir non pas la légalité mais le bon fonctionnement de certaines institutions de l'Etat, telles que les administrations publiques à travers le Médiateur, ou de certains aspects des fonctions assumées, tels que la régularité financière à travers la Cour des Comptes, on ne verrait pas pourquoi on ne pourrait pas arbitrer les moyens pour que les AAI soient capables de se voir contrôlées en ce qui concerne l'impartialité, la neutralité et l'objectivité de leur activité. A travers de mesures destinées à satisfaire les exigences d'adéquation aux objectifs assignés imposés non pas seulement par la configuration de l'Etat espagnol comme un Etat de droit, mais aussi par sa configuration comme un Etat démocratique. Cela pourrait

64. L'expression juge administratif n'est pas ici utilisée au sens strict du terme en France. En Espagne le juge administratif est un véritable juge juridictionnel spécialisé. En français sur les caractères du contrôle juridique des Administrations publiques, voir Cuchillo, M. "Le contrôle juridictionnel de l'Administration en Espagne", cit.

65. Les lois de création des AAI établissent, en général, que seules les fonctions qui impliquent l'exercice de pouvoirs administratifs ou de la puissance publique seront soumises au droit administratif. Le reste de leur activité est régi par le droit privé.

se faire aussi bien à travers l'intervention conjuguée des deux pouvoirs de l'Etat avec lesquels elles ont une connexion plus immédiate; c'est-à-dire, du législatif et de l'exécutif, comme l'on a fait aux Etats Unis d'où le modèle des AAI provient, qu'à travers l'établissement d'un organisme public responsable du contrôle des AAI dessiné, dans ses éléments essentiels, sur le patron des organes constitutionnels déjà établis par la Constitution ⁽⁶⁶⁾.

En accord aussi avec les principes qui président le modèle d'Etat espagnol, le pouvoir exécutif est l'expression de la majorité politique au sein du Parlement et, donc, du principe de pluralisme politique (art. 1,1 CE) ⁽⁶⁷⁾. L'exécutif est responsable du développement de la loi, la direction à travers le règlement, et de diriger l'application des dispositions normatives par les administrations publiques, en fixant des directives qui expriment, dans les deux cas, les options propres et spécifiques de la majorité politique résultante des préférences du peuple souverain canalisées moyennant les urnes. Les administrations publiques sont donc des organisations soumises au principe d'objectivité dans le sens qu'elles doivent suivre les directives gouvernementales, quelle que soit la couleur politique dominante au sein de l'exécutif ⁽⁶⁸⁾. Mais l'exécutif, lui, n'est pas objectif mais partisan et l'Administration Publique, elle, doit exécuter, de façon objective, des politiques partisans ⁽⁶⁹⁾.

66. Sur les organes constitutionnels contemplés par la Constitution espagnole, voir parmi une large bibliographie et avec une perspective globale ou d'ensemble, García de Enterría & Fernández Rodríguez, T.R. Curso de Derecho Administrativo, vol I. cit., García de Enterría, E. & Predieri, A. La Constitución española. Un estudio sistemático. Madrid, 1980, Garrido, F. Comentarios a la Constitución. 3 ed. Madrid, 2001; López Guerra, L. Derecho Constitucional. 6a ed. Valencia, 2003

67. Voir les auteurs cités dans la note antérieure et Molas, I. Derecho Constitucional. 2ª ed. Madrid, 2003.

68. Voir parmi une large bibliographie Parejo, L. El concepto de derecho administrativo. Caracas, 1989 et Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Madrid, 1983.

69. En ce sens, voir Cuchillo, M. "Gobierno local, administración local y potestad normativa de las instituciones locales", cit.

En clair opposition avec ce qu'on affirme par rapport aux administrations publiques, les AAI sont des organisations qui ne sont pas soumises aux directives du gouvernement car, justement, leur but est d'assurer l'objectivité, la neutralité et l'impartialité des réglementations et des décisions concernant les secteurs régulés, hors des enjeux partisans et des préférences des partis politiques. Les décisions des AAI ne doivent pas répondre aux options et préférences des partis politiques présents dans la scène politique. Mais tout justement au contraire, dans le cadre définies par la loi, elles doivent répondre aux impératifs techniques et professionnels de chaque secteur régulé et à la garantie, sur des bases non pas partisans mais égalitaires, des droits et des intérêts de tous les citoyens. Les AAI sont donc des organisations non pas soumises au principe d'objectivité dans l'application des politiques définies par une autre instance publique, mais des institutions elles mêmes objectives, dans le sens que, à la différence des organisations administratives, en général elles ne doivent pas suivre des directives gouvernementales.

Tout cela n'implique pas que les AAI puissent être étrangères ou méconnaître le principe du pluralisme politique (article 1.1 CE). Mais en accord avec l'objectif qui préside l'établissement de ce genre d'organismes, au sein des AAI le pluralisme politique doit se canaliser autrement. Ce qui pourrait se faire à travers la désignation de ses membres sur des bases non partisans et avec des procédures de supervision et de confirmation par l'institution parlementaire, comme on le fait aux Etats Unis, ou à travers l'établissement de mesures tendant à assurer une représentativité des AAI alternative ou plutôt complémentarité de celle des partis politiques. Par exemple, moyennant la désignation des membres des AAI avec la participation des différents secteurs les plus directement impliqués, aussi bien du côté de l'industrie et des entreprises régulées que du côté des usagers et des consommateurs.

A mon avis, la conception des AAI comme des autorités administratives qui prévaut en Espagne a eu, jusqu'à présent, un double effet pervers qui empêche de profiter pleinement des avantages qui peuvent être fournis par ce genre d'autorités. D'un côté, la conception des AAI

comme des organisations faisant partie de l'organisation administrative permet de concevoir leurs fonctions comme des fonctions qui appartiennent à l'exécutif et qui relèvent, en quelque sorte, de sa responsabilité. C'est pour cela que les lois de création des AAI qui font l'objet de cet article prévoient la désignation de leurs membres en faisant omission des critères bipartisans, la présence des membres nés appartenant au gouvernement et l'attribution d'un rôle mineur au Parlement en ce qui concerne la confirmation des membres proposés par le gouvernement. Ce qui les empêche d'assurer la neutralité, par rapport au parti politique dominant au siège gouvernemental, qu'elles sont censées procurer. D'un autre côté, cette conception des AAI comme des organisations administratives se reflète dans l'absence de prévisions législatives qui contemplent un contrôle « politique » ou « d'indirizzo politico » visant à assurer que leur gestion s'adapte aux principes d'indépendance, d'objectivité et de participation qui justifient leur implantation, ainsi qu'aux principes de pluralisme politique et de respect des droits et libertés des citoyens qui président l'ordre constitutionnel. L'absence de prévisions relatives à ce genre de contrôle se reflète, notamment, en deux aspects fondamentaux. D'abord, en ce qui concerne la fixation des règles spécifiques sur le contenu des explications à fournir dans le rapport annuel sur leur activité, que la plupart des AAI sont obligées de présenter aux commissions pertinentes du Congrès et du Sénat. Ensuite, en ce qui concerne la réalisation d'un débat en profondeur sur ces rapports en siège parlementaire et en ce qui concerne la publication et diffusion de l'information qui découle de ces rapports.

2 - Les questions suscitées par le régime juridique applicable aux AAI

Les lois de création des AAI de régulation établissent leur soumission au droit administratif et à la juridiction contentieuse en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs publics conférés par l'ordre juridique et leur soumission au droit privé et au juge civil ordinaire en tout ce qui ne relève pas de l'exercice de la puissance publique et des pouvoirs

administratifs ⁽⁷⁰⁾. L'application du droit administratif aux AAI, dans le domaine de l'exercice des pouvoirs publics, a probablement beaucoup contribué aussi à l'acceptation de l'adéquation des AAI aux exigences constitutionnelles.

La soumission au droit administratif peut-être perçue comme une conséquence logique de la conception des AAI comme des structures appartenant à l'Administration Publique. Mais il faut tenir compte du fait que la soumission au droit administratif n'est plus un indice sûr, en droit espagnol, de la présence d'une Administration Publique. Car d'une façon généralisée, depuis la promulgation de la Constitution de 1978, le législateur espagnol a eu tendance à conformer le droit administratif comme le droit commun des pouvoirs publics, et non pas seulement des administrations publiques au sens stricte du terme, ainsi qu'à configurer la juridiction contentieuse-administrative comme la juridiction commune de droit public, sauf en ce qui concerne notamment la juridiction constitutionnelle ⁽⁷¹⁾.

En tout cas, le fait que la législation espagnole contemple l'application du droit administratif aux AAI en l'exercice des pouvoirs de puissance publique permet de garantir, en des termes en général acceptables, la protection de la position juridique des citoyens face à l'intervention des AAI. En ce sens que les décisions des AAI qui peuvent,

70. Voir, par exemple, article 1 Loi 12/1997 Commission du Marché des Télécommunications, article 1,2 loi 13/1994 Banque d'Espagne.

71. Sur la conformation du droit administratif et de la juridiction contentieuse comme droit commun des institutions publiques et comme juridiction de droit public, déjà depuis la promulgation de la loi 2/1979 de régulation de la Cour Constitutionnelle, voir parmi d'autres Gómez Ferrer, R. « Derecho a la tutela judicial efectiva y `posición jurídica peculiar de los poderes públicos », REDA n. 33, 1982, Escribano, P. «Crisis en los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo ». REDA n. 35, 1983 ; Santamaría, M.A. Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a su régimen jurídico ». RDP n.9, 1981; Cuchillo, M. "Le contrôle juridictionnel des administrations publiques", AJDA, cit. et "La configuración tendencial de la jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción de derecho público" en La justicia administrativa. Libro Homenaje a R. Entrena. Barcelona, 2003.

moyennant l'autorisation, la supervision, l'inspection et la sanction de certaines activités privées affecter et conditionner les droits et intérêts individuels et/ou collectifs, doivent être adoptées suivant les principes fixés par la Loi 30/1992 sur la procédure administrative et peuvent faire l'objet de contrôle juridictionnel devant l'ordre du contentieux administratif ⁽⁷²⁾.

En ce qui concerne la procédure, la soumission des AAI au droit administratif permet de garantir que les pouvoirs publics qui leur sont conférés seront exercés avec les mêmes conditions et garanties que l'ordre juridique impose aux administrations publiques pour compenser la position privilégiée, dont notamment les privilèges d'exécution forcée et la présomption de légalité, que la détention de ces pouvoirs implique (Loi 30/1992). C'est ainsi que les AAI sont soumises aux principes de droit administratif imposant l'égalité de traitement à tous les citoyens et le respect de tous leurs droits, l'objectivité en l'application des normes juridiques, l'adoption des décisions, aussi bien normatives que d'adjudication et de sanction selon la procédure administrative fixée par la législation applicable, la participation des affectés dans les procédures d'adoption des décisions, l'accès aux archives et aux informations concernant leur situation, le droit à l'incorporation de nouveaux documents pour mieux défendre une position et la formulation d'allégations, l'adoption des décisions en base, exclusivement, aux documents et données qui figurent dans l'expédient administratif, le droit d'audience des parties, si possible une fois la proposition de décision a été formulée par l'autorité concernée, et le droit des affectés à une notification individualisée des décisions qui peuvent avoir un impacte direct sur leur sphère juridique.

L'application du droit administratif en l'exercice des pouvoirs administratifs n'exclut pas quelques problèmes en ce qui concerne la dimi-

72. Avec ou sans recours préalable, selon les cas, devant le Ministère compétent. Voire, par exemple, le fait que les décisions de la Banque d'Espagne soumises au droit administratif doivent faire l'objet de recours hiérarchique devant le Ministre de l'Economie, avant de se formuler, le cas échéant, devant l'ordre juridictionnel contentieux administratif (art. 2,2 et 3 loi 13/1994).

nution des possibilités des citoyens d'influencer les choix publics relatifs à la matière objet de régulation qui dérivent de l'absence de légitimation démocratique, même indirecte, des AAI. En effet, cette absence de légitimité démocratique est en une certaine mesure compensée aux Etats Unis grâce à une série de prévisions qui tendent à compenser l'impacte de ce déficit ⁽⁷³⁾.

Parmi les prévisions destinées à compenser ces déficits il faut citer, d'abord, les procédures d'élaboration des règlements de la compétence des AAI, qui contemplent une large participation des citoyens, des usagers et des consommateurs ⁽⁷⁴⁾ et qui n'ont pas été incorporées de façon satisfaisante par le législateur espagnol. En Espagne, la procédure d'élaboration des règlements est établie avec caractère général par la loi sur l'organisation, les compétences et le fonctionnement du gouvernement (Loi 50/1997). Cette loi contemple l'obligation d'informer les organisations représentatives des parties les plus immédiatement affectées par la réglementation envisagée, mais elle n'introduit aucune prévision en ce qui concerne l'exigence de véritable considération des commentaires formulés, ni de fourniture des raisons qui peuvent amener à refuser leur incorporation, totale et partielle, à la norme en question.

La législation et la jurisprudence nord-américaines ont aussi tenu compte des déficits démocratiques qui peuvent découler de l'attribution de larges pouvoirs discrétionnaires d'adjudication aux AAI de régulation. Pour ce faire une série des moyens sont mis à l'avance, dont il convient de citer l'exigence d'adoption des décisions « on the record », avec exclusion explicite de communications « ex-parte », l'exigence de motivation raisonnée des décisions adoptées et la réglementation des sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre des opérateurs.

73. Sur les instruments arbitrés aux USA voir Zoller, E. "Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie", cit.

74. Sur ces mesures, dont il faut noter l'existence d'une procédure négociée et, dans la procédure générale, l'obligation d'informer et l'obligation de recueillir des commentaires des parties affectées et de justifier et exposer les raisons par lesquelles les commentaires des parties ont, ou n'ont pas, été acceptés, voir Zoller, E. *ibid*.

Le premier bloc de mesures n'a pas été incorporé, avec toutes ses conséquences, par l'ordre juridique espagnol. Car ni la prohibition de communications « ex parte » a été sanctionnée par la législation de la procédure administrative (Loi 30/1992), ni l'exigence de motivation raisonnée a été imposée par la jurisprudence en des termes qui permettent exiger l'exposition des raisons ayant déterminée l'adoption d'une décision et l'exclusion, totale ou partielle, de celle proposée par les parties (« hard look review ») ⁽⁷⁵⁾. D'autre part, l'importante protection fournie aux usagers et consommateurs des secteurs régulés par l'existence des actions de groupe (« class actions ») qui facilitent d'une façon très souvent déterminante l'exigence juridictionnelle de leurs droits et intérêts ⁽⁷⁶⁾ n'est pas disponible dans l'ordre juridique espagnol. Car, en effet, les prévisions de la loi du pouvoir judiciaire (Loi 6/1985) relatives au droit des groupes non formalisés juridiquement à la protection juridictionnelle n'ont pas été pleinement assurés par la loi de la juridiction contentieuse administrative (Loi 29/1998), qui a limité les prévisions en ces sens à la matière tributaire et à la fonction publique (articles 110 et 111 Loi 29/1998). En ce qui concerne la procédure de sanction des opérateurs la situation est, par contre, beaucoup plus satisfaisante ⁽⁷⁷⁾. Car la procédure de sanction est défini, avec caractère général et en application des prévisions de l'article 25 de la Constitution, par le R.D. 1398/1993 sur la procédure pour l'exercice des pouvoirs de sanction, en parallèle de celle fixée par le droit pénal. C'est-à-dire, avec des garanties qui, malgré les privilèges et prérogatives dérivant de la sujétion des AAI au droit administratif, incluent l'instruction de la procédure et la résolution relative à la sanctions par des

75. En général sur les termes du "hard look review", voir Cuchillo, M. Jueces y Administración en el federalismo norteamericano. El control jurisdiccional de la actuación administrativa. Madrid, 1996.

76. Sur ces actions qui seraient en quelque sorte équivalentes à l'action populaire, voire en espagnol Cuchillo, M. Les class actions com a instruments per a la protecció jurisdiccional dels drets econòmics i socials. Barcelona, 1991.

77. Sur les garanties fournies par cette procédure voire parmi une très large bibliographie, l'excellent ouvrage de Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador. 3ª ed. Madrid, 2002.

organes administratif différents, la présomption d'innocence, le respect du principe de proportionnalité, la prohibition de « bis in idem »⁽⁷⁸⁾, la formulation de toute sorte d'allégations et l'audience des affectés avant l'adoption de la résolution de sanction.

La législation espagnole s'occupe par contre très peu de faire face à des atouts des AAI sur lesquels a insisté le système nord-américain : la transparence et l'ouverture en l'adoption de leurs décisions, la diffusion de l'information disponible concernant le secteur régulé, dans le respect des exigences de secret qui parfois affectent de façon substantielle leur activité et la participation non seulement des opérateurs, mais aussi des consommateurs et usagers, dans les organes des AAI, en accord avec les formules dites de « gouvernance »⁽⁷⁹⁾.

Il ne faut pas oublier que les AAI réalisent un grand nombre d'activités qui sont soumises au droit privé. Dans ces cas là, toutes les prévisions concernant la procédure qui viennent d'être citées n'entrent pas en jeu. Dans ces cas là, les dangers d'opacité, de manque de transparence et de difficulté d'accès à l'information peuvent agir au détriment de la position des affectés et, plus souvent encore, de ceux qui n'occupent pas de position d'influence dans le secteur en question. Comme cela a été mis en relief dans le secteur financier à l'occasion de l'élaboration par la CNMV des normes de comptabilité applicables aux entreprises cotées en Bourse, à laquelle ont participé les banques privées les plus importantes et les grandes entreprises d'audition (« audit»), avec totale opacité et avec l'exclusion absolue de la majorité des opérateurs affectés et, bien sûr, des actionnaires minoritaires des entreprises qui ont fait l'objet de cette normative⁽⁸⁰⁾.

78. Sans exclusion de la double sanction pour une double faute résultante du même supposé de fait. Voir Nieto, A. *Derecho administrativo sancionador*, cit., Suay, J. *Sanciones administrativas*. Zaragoza, 1989 et Trayter, M. « Sanción penal-sanción administrativa ». *Poder Judicial*, n.22, 1991.

79. Voir, parmi une très large bibliographie, Kearney, K.D. & Merrill, T.W. "The great transformation of regulated industries law", cit., Shapiro, M. « Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance », cit. En français, voir Zoller, E. « Les agences fédérales américaines... », cit.

80. Voir la presse espagnole du mois de mars 2005, notamment *El País*, *La Vanguardia* et *La Razón*.

Il faut aussi tenir compte du fait que, comme il est bien connu, un des avantages des AAI réside dans leur possibilité d'avoir recours à des instruments qui ne sont pas forcément des instruments coercitifs lourds, tels que la réglementation, l'autorisation et la sanction classiques qui adhèrent au caractère et à la logique du « command and contrôl » et qui sont souvent difficiles à respecter, à appliquer et à imposer. Mais au contraire, des méthodes qui répondent aux caractères et à la logique du « soft law » et qui prennent la forme des recommandations, des standards, des circulaires où des avertissements ⁽⁸¹⁾. Les avantages de ces instruments ne peuvent pas faire oublier que la sécurité juridique peut se voir affectée par ces méthodes d'intervention et que le contrôle juridictionnel peut aussi se trouver affaibli. Mais le recours à ces nouvelles formes d'intervention et d'action et les conséquences qui s'en dérivent n'ont pas fait l'objet d'une discussion approfondie en Espagne.

Les inconvénients découlant de l'opacité qui entoure l'adoption des décisions des AAI en base au droit privé et les risques d'insécurité juridique dérivant du recours au « soft law » pourraient se voir, en quelque mesure, contrebalancés par des prévisions imposant la participation des usagers et des consommateurs dans les organes décisionnaires et de gestion des AAI. Car cette participation, qui fait largement défaut dans la législation espagnole, entraîne de par elle-même des mesures visant la transparence et l'accès et la diffusion d'information qui sont beaucoup plus contraignantes que celles en vigueur quand la participation sociale ne se produit pas.

L'exposition des raisons et des considérations ayant mené à l'adoption des réglementations et des décisions des AAI, découlant de la participation des consommateurs et des usagers, peut contribuer à diminuer les risques que les décisions répondent aux intérêts des secteurs régulés et donc les dangers de « capture » du régulateur qui, comme déjà mentionné, sont plus pressants qu'on avait anticipé à l'heure de

81. Voir, parmi une très large bibliographie Stewart, R. « Regulation, Innovation and Administrative Law », 69 Cal.L.Rev, 1981 et « Reconstitutive Law », 46 Maryland L.Rev, 1986, Sunstein, C. « Democratizing America Through Law », XXV Suffolk U.L.Rev., 1991 et *After the Rights Revolution : Reinventing the Regulatory State*, cit.

l'établissement des AAI de régulation. Au même temps, la transparence et la diffusion de l'information que la participation entraîne peuvent contribuer à renforcer l'égalité de traitement assigné à tous les secteurs régulés, ainsi que l'objectivité, l'impartialité et la neutralité des décisions des AAI, qui peut faire spécialement défaut dans les nombreux cas où leur activité se produit avec recours à des instruments de « soft law » ou est soumise au droit privé ⁽⁸²⁾. La transparence et la publicité des raisons et des considérations ayant mené à l'adoption des réglementations et des décisions peuvent contribuer aussi, finalement, à faciliter la tâche de contrôle du juge, que ce soit du juge du contentieux administratif que du juge de l'ordre civil, et donc à garantir que les AAI se conforment aux principes essentiels du modèle d'Etat de droit que la Constitution espagnole sanctionne.

IV - QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LE FUTUR DES AAI DE RÉGULATION

Dans l'ère de l'information, de la globalisation et de la gouvernance il paraît assez évident que les modèles d'articulation des organisations publiques de régulation, aussi bien à niveau international et supranational qu'au niveau interne, maintiendront la tendance à se conformer sur les modèles anglo-saxons ⁽⁸³⁾. Le Livre Blanc de la Commission Européenne sur la Gouvernance met bien clairement en relief l'option pour ce modèle comme le mécanisme le plus adapté pour assurer que l'adoption des décisions publiques se produise de la meilleure façon possible.

Les AAI espagnoles doivent chercher, pour répondre aux objectifs poursuivis avec leur implantation, et comme il a été déjà mentionné, des mesures visant à résoudre ses défauts les plus flagrants. Parmi les-

82. Voir surtout Sunstein, C. « Democratizing America Through Law », cit., Shapiro, M. « Administrative Law Unbounded : Reflections on Government and Governance », cit. et Aman, A.C. « The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law : From Government to Governance », cit.

83. Voir L'américanisation du droit, Paris, 2000. Voir aussi l'option pour le modèle des AAI dans le Livre Blanc sur la Gouvernance et le Livre Vert sur les Services d'Intérêt Général de la Commission Européenne.

quels, il convient de rappeler le besoin d'adopter des mesures relatives à la participation des usagers et des consommateurs, à la désignation des membres des AAI en fonction de leur expertise et de leur indépendance, à l'introduction de critères destinés à imposer l'exercice raisonné et raisonnable de leurs pouvoirs discrétionnaires et à l'incorporation des instruments nécessaires pour garantir la transparence des activités et des décisions des AAI et la diffusion de l'information disponible, tout en respectant les exigences du secret professionnel quand il est inhérent aux fonctions impliquées.

Il convient de retenir, d'autre part, que ce modèle viendrait en quelque sorte à procurer, en introduisant les éléments essentiels de la « gouvernance », la vérification de quelques aspects de l'Etat démocratique dont la vitalité est difficile à assurer avec les instruments traditionnels. C'est-à-dire, avec les instruments fournis par la souveraineté du peuple, la séparation et l'équilibre des pouvoirs et la protection constitutionnelle des droits et des libertés fondamentales.

La démocratie exige non pas seulement la représentativité et le contrôle des institutions politiques et administratives, mais aussi la garantie de l'égalité et la liberté des citoyens. Les institutions de régulation qui ont fait l'objet de ce travail ont l'objectif d'assurer la concurrence, de la promouvoir quand elle fait défaut et de procurer l'efficacité économique moyennant la correction des « market failures ». Les AAI de régulation interviennent dans des secteurs où des services publics sont en jeu, tels que les télécommunications, le transport ou l'énergie électrique, des services publics où les enjeux démocratiques sont spécialement importants. Et si, compte tenu des considérations qui ont été formulées dans les pages précédentes, il n'y aurait pas beaucoup de soucis à se faire en ce qui concerne leur soumission à la légalité au sens stricte et formel du terme, car les mécanismes établis pour la garantir sont raisonnablement satisfaisants, on ne peut pas dire la même chose en ce qui concerne la condition démocratique, l'équilibre des pouvoirs, le respect de l'égalité et la liberté des citoyens et la garantie des droits individuels et collectifs. Car comme il a été aussi déjà manifesté, les moyens procurés pour assurer l'exigence de responsabilité pour leur gestion font largement défaut. Surtout, en ce qui

concerne l'équilibre entre les intérêts économiques, les intérêts des opérateurs et des sujets régulés et les intérêts des usagers et des consommateurs. Cet équilibre pourrait être procuré, comme il a été souligné dans cet article, par l'intensification de la supervision parlementaire, par l'intervention des usagers et des consommateurs et par le renforcement du contrôle juridictionnel.

- Smouls, Marie, Claude. - Du bon usage de la gouvernance en relations internationales. - in Revue Internationale des Sciences Sociales UNESCO Paris n°155 1998.

- Van De Valle, Steven. - Peut-on mesurer la qualité des administrations publiques grâce aux indicateurs de gouvernance ?. - in Revue Française d'Administration - Publique n°115 2005 pp.435-461.
