

Juillet 2022

LA RÉSISTANCE DU SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS À UN POTENTIEL « CHOC AUTORITAIRE »

RAPPORT RÉDIGÉ SOUS LA DIRECTION DE :

Laurent Pech

*Professeur de droit européen,
Université Middlesex (Londres)*

Sébastien Platon

*Professeur de droit public,
Université de Bordeaux*

AUTRES CONTRIBUTEURS ET CONTRIBUTRICES :

Hubert Delzangles

Professeur de droit public, Institut d'Études politiques de Bordeaux

Joelle Grogan

Senior Lecturer en droit, Université Middlesex (Londres)

Sébastien Martin

Maître de conférences en droit public, Université de Bordeaux

Sylvain Niquège

Professeur de droit public, Université de Bordeaux

Marie Padilla

Docteure en droit public, Université de Bordeaux

Thomas Perroud

Professeur de droit public, Université Paris II (Assas)



LESVERTS /ALE
au Parlement européen



SOMMAIRE

RÉSUMÉ	5
PRÉFACE	7
1. INTRODUCTION	11
PARTIE I : LE CADRE GÉNÉRAL D'ANALYSE	15
2. DÉRIVE AUTOCRATIQUE : MODE D'EMPLOI	17
2.1 Démantèlement de la démocratie et l'État de droit : Les étapes clés	17
2.2 Comment confisquer le pouvoir en un seul mandat électoral : l'exemple de la Hongrie d'Orbán	20
2.3 Étapes clés du processus de transformation de la Pologne en second régime autoritaire de l'UE	24
La prise de contrôle progressive du pouvoir judiciaire	25
La saisie progressive des médias	27
3. ÉVALUATION DE LA SITUATION FRANÇAISE DANS LE RAPPORT ANNUEL SUR L'ÉTAT DE DROIT DE LA COMMISSION	31
3.1 Les rapports 2020 et 2021 sur l'État de droit en France	32
3.2 Mise en perspective par rapport à la situation en Hongrie et en Pologne	33

PARTIE II :	
ÉTUDE DU CAS FRANÇAIS – FORCES ET FAIBLESSES	37
4. LA SÉPARATION ENTRE L'EXÉCUTIF ET LE LÉGISLATIF	39
4.1. Le recours aux ordonnances de l'article 38	40
4.2. Les référendums	40
4.3. L'article 16 de la Constitution française	41
5. L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE	45
5.1. L'ordre judiciaire	45
5.2. L'ordre administratif	49
5.3. Le Conseil Constitutionnel	51
6. LA FONCTION PUBLIQUE	55
6.1. Éléments d'équilibre	56
6.2. Identification des risques	57
7. AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET AUTRES AUTORITÉS DE RÉGULATION	63
7.1. Statut des autorités indépendantes	65
7.2. Nomination des membres des autorités indépendantes	67
7.3. Mandat des membres des autorités indépendantes	68
7.4. Budget	69
7.5. Contrôles externes	70
7.6. Responsabilité	71
8. LES CONTRE-POUVOIRS NON INSTITUTIONNELS	73
8.1. La capacité de résistance des médias	74
8.2. La capacité de résistance de la société civile	77
8.3. La capacité de résistance de l'université	81
TABLE DES MATIÈRES	85



RÉSUMÉ

1. L'Union européenne a fait face à une remise en cause croissante et délibérée des principes au cœur de l'État de droit depuis maintenant près d'une décennie en son sein. Dans ce contexte, et s'inspirant de la technique de supervision bancaire dite des « tests de résistance », l'objectif principal de la présente étude est de soumettre le système juridique français dans son ensemble à un « test de résistance » (*stress test*) dans l'hypothèse d'un « choc autoritaire » en France.
2. Le démantèlement de la démocratie et de l'État de droit dans les démocraties libérales préalablement considérées comme « consolidées » suit généralement un scénario standard. Cette stratégie a été mise en œuvre à la fois en Hongrie et en Pologne, deux pays actuellement sous le coup de la procédure de l'article 7(1) du TUE.
3. Lancé pour la première fois en 2020, le rapport annuel sur l'État de droit publié par la Commission européenne offre une synthèse de la situation par État Membre ainsi qu'un état des lieux transversal. Il contient des indications utiles concernant la France. Toutefois, ce rapport présente un certain nombre de faiblesses et ne s'intéresse pas aux lacunes structurelles qui font l'objet du présent rapport.
4. Le régime constitutionnel français, fortement concentré sur l'exécutif et en particulier sur le Président de la République, permet dans certains cas une immixtion de l'exécutif dans le domaine du législatif. Un gouvernement autoritaire pourrait utiliser ces mécanismes pour museler, dans une certaine mesure, l'opposition parlementaire.
5. L'indépendance de la justice est généralement assurée en France. Toutefois, le statut du ministère public ne met pas ce dernier à l'abri des pressions. Un certain nombre de garanties de l'indépendance des membres du Conseil d'Etat, juridiction administrative suprême de la République, ne résultent que de la coutume, sans assise textuelle. Enfin, le statut des membres du Conseil constitutionnel ne garantit pas ces derniers contre toute forme de pression politique.
6. Le statut français de la fonction publique contient un certain nombre de garanties contre la « politisation de la fonction publique », c'est-à-dire la capacité du

ou des titulaire(s) du pouvoir politique à s'assurer de la servilité du personnel administratif, notamment au sein de la haute fonction publique. Toutefois, les voies que pourraient emprunter les titulaires du pouvoir pour assujettir politiquement la fonction publique sont diverses. Il pourrait s'agir de mobiliser certaines facilités offertes par le cadre juridique existant, de neutraliser les obstacles que celui-ci pourrait recéler, ou encore de transformer ce cadre juridique au moyen de réformes législatives ou réglementaires.

- 7.** Il existe en France de nombreuses autorités administrative indépendantes ayant un rôle clé et des pouvoirs notables dans des secteurs importants. Pour garantir leur indépendance, le législateur français a posé de multiples garanties organiques qui concernent leur statut, la nomination de leurs membres et l'exercice de leur mandat. Des garanties d'indépendance fonctionnelle sont aussi prévues à travers leur budget, les contrôles auxquels elles sont soumises et leur responsabilité. Toutefois, ces garanties présentent un certain nombre de limites qui pourraient être mises à profit par un gouvernement autoritaire.
- 8.** Étant donné la tradition française qui place l'État en surplomb de la société et les différents types de conflits d'intérêts entre la haute administration, le monde politique, le monde des affaires et la société civile, la France semble particulièrement mal placée pour résister à un processus de démantèlement des contre-pouvoirs qui serait organisé par une nouvelle majorité autoritaire. La société civile, traditionnellement faible en France, a été encore plus affaiblie dans les dernières années, fragilisant ainsi plus encore un système de contre-pouvoirs non institutionnels dont la faculté de résistance à un « choc autoritaire » est donc sujette à caution. Trois champs seront utilisés pour étayer cette thèse : le champ des médias, celui de la société civile et enfin celui de l'université.



PRÉFACE

La France pourrait-elle connaître le même déclin démocratique que la Hongrie et la Pologne ? Au regard de la régression rapide de ces deux pays membres de l'Union Européenne de la démocratie vers l'autocratie, et de la montée inquiétante de l'extrême-droite en France, la question est légitime. Des universitaires ont tenté d'y répondre par l'analyse de notre système juridique face à un potentiel choc autoritaire.

La Hongrie est désormais un régime hybride.

C'est le constat sans appel de l'ONG Freedom House, qui mesure chaque année les régressions démocratiques dans le monde entier. Anciennes démocraties, pas encore des dictatures, les régimes hybrides jouent dangereusement avec les frontières entre légalité et autoritarisme. Et c'est désormais au sein-même de notre Union européenne que l'un de ces régimes prospère, participant au même titre que les tous les autres États membres aux processus décisionnels ayant un impact sur notre quotidien.

Viktor Orbán, au pouvoir depuis 12 ans maintenant, s'est attelé avec son parti politique, le Fidesz, à démanteler l'indépendance de la justice, la pluralité des médias et la liberté d'association. En résulte un pays exsangue, où droits fondamentaux et État de droit sont constamment menacés à coup de réformes intempestives, détournement de fonds publics et anéantissement des contre-pouvoirs.

La Pologne suit le même chemin que son homologue hongrois. Ces dernières années, les gouvernements successifs, sous la houlette de Jarosław Kaczyński, ont multiplié les mesures visant à anéantir l'indépendance de la justice et la liberté de la presse, si bien que c'est le pays qui s'est le plus autocratisé dans le monde ces 10 dernières années.

Pourtant, le fait que deux États membres de l'UE soient sur la brèche autocratique ne semble mobiliser ni les foules, ni les journalistes.

D'abord peut-être parce que notre imaginaire politique ne conçoit pas l'installation d'un pouvoir autoritaire sans un coup d'État et son lot d'images spectaculaires.

lares de junte militaire, chars de combat, répression féroce des manifestants, mise en détention massive et arbitraire. En Hongrie et en Pologne, il n'a nullement été besoin de spectaculaire pour saboter la démocratie. Ces gouvernements sont arrivés au pouvoir par les urnes, en toute légalité. Aussitôt installés, ils ont entamé un processus de détricotage rapide et méthodique de l'État de droit en explorant les failles constitutionnelles du système juridique. Aujourd'hui, la justice est soumise à l'exécutif, l'opposition politique est rendue inaudible, les médias indépendants sont asphyxiés financièrement et seuls les médias de propagande subsistent, les droits fondamentaux de toutes et tous, et plus particulièrement des minorités, sont bafoués.

La deuxième raison de l'indifférence générale se trouve peut-être dans nos préjugés bien ancrés à l'égard des anciens pays du bloc soviétique.

Gardons-nous bien de nos vieux réflexes condescendants d'Européen-ne-s de l'Ouest vis-à-vis de nos voisin-e-s d'Europe Centrale. Il est commode et répandu de considérer ces dernier-e-s comme naturellement plus enclins à l'autoritarisme, étant donné leur histoire récente et la jeunesse de leur régime démocratique. C'est évidemment faux, il suffit pour s'en convaincre de revoir la longue histoire des luttes pour la liberté des peuples hongrois et polonais. Et rappelons qu'avant l'arrivée au pouvoir des actuels dirigeants, la Hongrie et la Pologne étaient considérées comme des démocraties parfaitement saines, disposant des garde-fous nécessaires afin d'empêcher l'accaparement des pouvoirs par un personne ou un groupe, tout comme la France.

D'ailleurs, revenons à la France, qui s'attribue plus souvent qu'à son tour le nom de patrie des droits humains : ce pays est-il vraiment exemplaire en matière d'état de droit ? Force est de constater que les libertés publiques ont été fragilisées depuis une dizaine d'années. Sans augurer de comparaison hasardeuse, on peut dresser une liste non exhaustive d'éléments problématiques. Afin de répondre aux attentats terroristes, puis à la crise sanitaire, les gouvernements successifs ont instauré des états d'urgence prolongés, qui ont ensuite été banalisés dans le cadre législatif actuel. La réponse policière particulièrement violente au mouvement des Gilets Jaunes, les nombreuses actions judiciaires menées contre des activistes - notamment environnementalistes, la criminalisation du monde associatif, la suppression de l'Observatoire de la Laïcité, les violences policières impunies contre des journalistes et personnes racisé.e-s, les traitements dégradants des exilé.e-s en zone frontalière au mépris du droit international et européen, sont autant d'exemples du durcissement du gouvernement français face aux mouvements citoyens. La bien mal-nommée "loi pour une sécurité globale préservant les libertés", promulguée en mai 2021, est venue asseoir ce tournant autoritaire. De surcroît, au niveau européen, la France est le fer de lance d'une approche particulièrement liberticide lorsqu'il s'agit de lutte contre le terrorisme et de droits numériques.

En parallèle, les dernières élections ont montré que l'extrême-droite s'approche dangereusement des portes du pouvoir. Le score de Marine Le Pen au second tour de l'élection présidentielle de 2022 est le plus haut jamais réalisé par l'extrême-droite en France. La candidate du Rassemblement National n'a jamais caché sa proximité idéologique avec Viktor Orbán et son admiration pour son action de Premier ministre. Dans les rangs de la police et de l'armée française, l'extrême-droite semble largement plébiscitée dans les votes comme dans certains propos publics, ce qui pourrait laisser craindre une adhésion massive du bras armé de l'État aux politiques liberticides d'un gouvernement autoritaire nouvellement élu. Dès lors, il est légitime de se poser la question : **notre constitution et notre système juridique sont-ils assez protégés pour résister à un choc autoritaire?**

La présente étude vise à répondre à cette question, en analysant les failles du système constitutionnel français, dans l'hypothèse devenue plausible de l'élection future d'un ou d'une autocrate à la tête de l'État français. Dans l'anticipation des futures échéances électorales, il est plus que temps d'identifier ces failles, et d'utiliser les 5 années à venir pour les combler, avant que l'hypothèse de l'extrême-droite au pouvoir ne devienne réalité.

La méthode de recherche développée par les auteurs et autrices de cette étude est inédite ; elle s'inspire des tests de résistance ou *stress-tests* utilisés par la Banque Centrale Européenne pour tester la résistance des banques à de potentiels chocs économiques.

Nous souhaitons que cette étude soit reproduite pour chaque État membre de l'UE. La montée de l'extrême-droite et les atteintes aux libertés fondamentales sont une réalité dans toute l'Europe ; l'état de droit n'est pas un acquis immuable et il est notre devoir d'œuvrer pour le protéger.

Gwendoline Delbos-Corfield et Philippe Lamberts
Député-es européen-es Verts/ALE



1. INTRODUCTION

Laurent Pech,

Professeur de droit européen, Université Middlesex (Londres)

Crise de l'État de droit : L'Union européenne a fait face à une remise en cause croissante et délibérée des principes au cœur de l'État de droit¹ depuis maintenant près d'une décennie en son sein. Cette crise sans précédent de l'État de droit, dénoncée par la Commission européenne pour la première fois en 2012, s'est traduite par des attaques répétées visant les juges et juridictions ordinaires notamment par le pouvoir exécutif et/ou législatif ; le non-respect des jugements rendus par des juridictions nationales et/ou des juridictions européennes ; le non-respect de la législation et/ou des procédures applicables par le pouvoir exécutif et/ou législatif ; la capture ou l'affaiblissement des cours constitutionnelles ; le recours accru à des ordonnances ; une corruption à haut niveau et des abus de pouvoir croissants ainsi que des « manœuvres visant à saborder le

pluralisme et à affaiblir des observateurs critiques essentiels tels que la société civile et les médias indépendants ».²

Crise de l'État de droit et populisme : Cette crise de l'État de droit intervient dans un contexte de « populisme » croissant. Par populisme, il convient de comprendre tout mouvement ou idéologie basés sur un rejet des élites et une vision « anti-pluraliste ».³ Pour le dire autrement, le populisme repose sur l'invocation du « peuple » qui est « présenté comme une entité unique et monolithique animée d'une même vision cohérente. En prétendant avoir l'autorité morale exclusive d'agir au nom du peuple, le populisme entend délégitimer toute opposition et tout autre moyen d'action. Tous ses actes sont justifiés par cette autorité morale exclusive ».⁴ Cette philosophie autoritaire a été présentée et défendue comme représentant simplement une version « illibérale » du concept de démocratie et un retour à une vision plus traditionnelle des concepts de l'État

1. Comme le rappelle le règlement 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, l'État de droit « exige que toutes les autorités publiques agissent dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs que sont la démocratie et le respect des droits fondamentaux » (récital 3) et recouvre un certain nombre de principes fondamentaux comme « Il recouvre le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, ainsi que les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, également en ce qui concerne les droits fondamentaux, de séparation des pouvoirs, de non-discrimination et d'égalité devant la loi » (art. 2).

2. Commission européenne, Renforcement de l'état de droit au sein de l'Union. Plan d'action, COM(2019) 343 final, 17 juillet 2019, p. 2.

3. J.-W. Müller, Qu'est-ce que le populisme ? Définir enfin la menace, Éd. Premier parallèle, 2016

4. Conseil de l'Europe, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Populisme – Le système de contre-pouvoirs est-il suffisamment puissant en Europe ?* rapport établi par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, 2017, p. 6.

de droit et des droits fondamentaux.

Populisme ou autoritarisme ? : En pratique, toutefois, le populisme se traduit non seulement par des violations répétées et délibérées des principes au cœur de l'État de droit, mais également par une remise en cause des principes au cœur de la démocratie et des droits fondamentaux. En effet, le populisme tel que mis en œuvre par les « nouveaux autoritaires » conduit entre autres à une réduction du pluralisme politique ; une délégitimation de la contestation du parti au pouvoir ; des règles électorales qui favorisent structurellement le parti au pouvoir ; la prise de contrôle des autorités de régulation/autorités administratives indépendantes ; la prise de contrôle et/ou la destruction des contrepoids démocratiques, notamment le pouvoir judiciaire, les médias et la société civile ; et des restrictions croissantes des droits fondamentaux dans un contexte où les pouvoirs publics encouragent directement ou indirectement des discours de haine et des pratiques discriminatoires à l'encontre des minorités et autres groupes vulnérables, en particulier les personnes LGBTI. Au regard de son passé totalitaire, ceci représente une évolution particulièrement préoccupante en Europe où il est, ou devrait-on dire était, « largement admis que les systèmes démocratiques constitutionnels et parlementaires sont nécessaires pour restreindre la notion de souveraineté absolue du peuple » et « le pluralisme, le débat ouvert à tous et la protection des intérêts des minorités contre une application agressive du principe de la majorité » sont considérés « des éléments essentiels pour maintenir la stabilité des sociétés et la sécurité démocratique.¹

Processus de recul ou régression démocratique en bref : Les « nouveaux autoritaires » ont tendance à émerger dans un contexte de crise du système politique en question pour diverses raisons et sont généralement élus la première fois à la suite d'élections libres et équitables. Une fois élus, sous couvert de mettre en œuvre la « volonté du peuple », ces acteurs entreprennent un processus de capture et/ou démantèlement systémique des pouvoirs et contre-pouvoirs de manière formellement légale si cela est possible ou de manière illégale si la première option n'est pas possible. Dans

ce dernier cas, la violation des normes/procédures juridiques en vigueur sera justifiée au nom de la « volonté du peuple », du « pays réel » ou encore de la « justice sociale ».

Les premières cibles des nouveaux autoritaires sont généralement le pouvoir judiciaire/juges, les médias publics/journalistes et les « institutions répressives », en particulier, le ministère public. Dans un second temps, un autre ensemble de cibles seront visées par divers moyens formels (par exemple, l'adoption de nouvelles lois et des procès abusifs visant les critiques les plus connues) et informels (par exemple, des campagnes de dénigrement) pour compléter le processus de capture du système et sa transformation en régime autocratique de fait : la société civile, les avocats et universitaires ainsi que les médias privés. Une fois que les cibles primaires et secondaires sont suffisamment affaiblies ou intimidées et l'ensemble des pouvoirs et contre-pouvoirs suffisamment contrôlés, le cadre électoral peut alors faire l'objet de changements structurels qui rendent extrêmement difficiles toute alternance pacifique du pouvoir. Autrement dit, des élections libres seront encore possibles, mais elles seront, en pratique, structurellement inéquitables au profit évidemment du pouvoir en place.

Objet de l'étude : S'inspirant de la technique de supervision bancaire dite des « tests de résistance »,² l'objectif principal de cette étude est de soumettre le système juridique français dans son ensemble à un « test de résistance » (*stress test*) dans l'hypothèse d'un « choc autoritaire » en France. À la lumière du processus de « capture constitutionnelle » et des pratiques de « légalisme autocratique » qui ont été mises en œuvre en Hongrie à partir de 2010 et en Pologne à partir de 2015, il s'agit principalement d'identifier les vulnérabilités ou points faibles du système juridique français et de préciser comment une nouvelle majorité « autoritaire » (ou encore un nouveau président) pourrait chercher à exploiter ses vulnérabilités afin de prendre le contrôle de certaines institutions clés et

1. Ibid., p. 6.

2. La supervision bancaire européenne utilise des tests de résistance (*stress tests*) pour évaluer le niveau de préparation des banques aux chocs financiers et économiques. Les résultats de ces tests de résistance permettent aux autorités de surveillance de détecter les vulnérabilités des banques et d'y faire face de façon précoce dans le cadre du dialogue prudentiel avec les banques. La BCE conduit plusieurs types de test de résistance qui incluent des tests de résistance thématiques.

mettre au pas les sources possibles d'opposition afin de consolider son emprise, rendre tout transfert de pouvoir pratiquement impossible et ainsi établir progressivement un régime autoritaire ou encore hybride.¹

Structure de l'étude : Il sera proposé dans un premier temps un cadre général d'analyse afin de mettre en lumière le contexte de la présente étude, à savoir la crise de l'Etat de droit dans l'Union européenne. La deuxième partie de l'étude sera, elle, concentrée sur le cas français. Dans ce cadre, plusieurs aspects du système juridico-institutionnel français seront analysés afin d'identifier les forces et les faiblesses du régime applicable aux contre-pouvoirs d'un point de vue structurel. Autrement dit, il s'agira d'identifier les moyens juridiques qu'un gouvernement autoritaire pourrait utiliser pour neutraliser ces contre-pouvoirs.

1. Les régimes dit « hybrides » se caractérisent par des éléments à la fois démocratiques et autoritaires. Au sein de cette catégorie, il est possible de distinguer entre « démocraties défectives » et les « autocraties électorales ».

PARTIE I

**LE CADRE GÉNÉRAL
D'ANALYSE**





2. DÉRIVE AUTOCRATIQUE : MODE D'EMPLOI

Laurent Pech,

Professeur de droit européen, Université Middlesex (Londres)

Joelle Grogan,

Senior Lecturer en droit, Université Middlesex

2.1 DÉMANTÈLEMENT DE LA DÉMOCRATIE ET L'ÉTAT DE DROIT : LES ÉTAPES CLÉS

Le démantèlement de la démocratie et de l'État de droit dans les démocraties libérales préalablement considérées comme « consolidées » suit généralement un scénario qui peut être ainsi résumé :

(i) Le processus de recul ou régression (*backsliding*) de la démocratie et de l'État de droit – autrement dit, le processus d'autocratisation d'un ordre constitutionnel démocratique et libéral – émerge généralement dans un contexte de perte de confiance par un nombre important de citoyens dans leur système de gouvernement, et ce pour, des raisons aussi diverses que l'augmentation des inégalités, un chômage persistant et/ou les pratiques prédatrices de l'élite au pouvoir. Ce processus est souvent accompagné par une crise des partis où l'un des partis classiques et dominants est soit déchiré par des conflits internes ou adopte un positionne-

ment de plus en plus « populiste » pour diverses raisons notamment de tactique électoral ;

(ii) Les citoyens mécontents votent alors pour rompre avec le système précédent en élisant un chef de parti qui leur promet des changements radicaux. Une fois les élections gagnées, le leader du parti au pouvoir va alors présenter la mise en œuvre de ses changements comme réalisant la « la volonté du peuple » tout en essayant de dissimuler le démantèlement concret de la démocratie et de l'État de droit en entreprenant ce processus par l'adoption rapide de multiples lois souvent justifiées par des motifs techniques fictifs et/ou soi-disant inspirées d'exemples étrangers respectables ;

(iii) Les nouveaux autocrates, une fois élus, s'efforcent généralement de démanteler ou prendre le contrôle des institutions qui pourraient s'opposer à la consolidation de leur pouvoir, tel qu'un pouvoir judiciaire indépendant,

les médias, les organes répressifs (services de sécurité, police, parquet) rapidement afin d'éviter toute réaction ou résistance de celles-ci ;

- (iv) Afin de demeurer populaires et/ou obtenir le soutien d'acteurs économiques influents, les autocrates font souvent preuve de « largesse », par exemple en créant de nouveaux avantages sociaux et/ou de nouvelles exemptions fiscales. Dans le même temps, le processus de « capture » du système continue notamment par la prise du contrôle de la sphère publique, ce qui se traduit entre autres par la répression et l'élimination progressive des discours critiques/alternatifs notamment par le biais de pratiques de harcèlement systématique des groupes d'opposants issus de la société civile, l'ouverture d'enquête par le parquet financier contre leurs opposants ou encore des recours en justice abusifs (« poursuites-baillons ») visant journalistes, chercheurs et défenseurs des droits de l'homme ;
- (v) En dernier lieu, les nouveaux autocrates cherchent toujours à modifier les règles électorales afin d'organiser des élections qui leur sont structurellement favorables et/ou permettre des pratiques frauduleuses en toute impunité et à changer le corps électoral lui-même en poussant l'opposition à fuir le pays, en supprimant leurs votes par divers moyens ou encore en instrumentalisant les procédures d'acquisition de la citoyenneté du pays en question (ou les deux à la fois) ;
- (vi) Quand les électeurs se rendent compte des dommages causés (généralement trop tard, le nouvel autocrate ayant déjà détruit tous les canaux par lesquels l'opposition et autres voix critiques auraient pu s'exprimer), ils ne leur restent que peu d'options pour résister et concurrencer effectivement le pouvoir en place, le système ayant été « capturé » de manière globale ;
- (vii) Dans le cas peu probable où une résistance émergerait malgré tout du Parlement, de certains secteurs ou encore de la rue, des référendums biaisés peuvent toujours être orga-

nisés pour valider la volonté du leader sous le masque de la « volonté du peuple », une notion que les populistes autoritaires trouvent particulièrement utile lorsqu'il s'agit de légitimer leur positionnement « au-dessus des institutions démocratiques, afin de mieux contourner les obstacles »¹ qui pourraient encore demeurer sur leur chemin ;

- (viii) Ayant empêché l'agrégation des oppositions et réécrit les normes électorales en leur faveur, les autocrates peuvent alors espérer obtenir les votes nécessaires à leur victoire lors des prochaines élections en créant un ennemi imaginaire ou en distribuant les fonds publics (et européens si cela est possible) afin de gagner ou d'acheter des votes. De cette manière, la possibilité d'une alternance pacifique du pouvoir devient, en pratique, quasiment impossible sauf à voir une mobilisation interne particulièrement importante de toutes les oppositions et motivée en premier lieu par une volonté de restauration de la démocratie et de l'État de droit.

Au regard de ce modèle de « confiscation constitutionnelle » (*constitutional capture*),² le démantèlement ou recul de la démocratie et de l'État de droit (*democratic and rule of law backsliding*) doit être compris comme un processus par lequel des autorités publiques, contrôlées par une nouvelle majorité « populiste/autoritaire », mettent en œuvre de manière délibérée un plan qui vise à affaiblir systématiquement, démanteler ou s'assurer du contrôle effectif des pouvoirs et contre-pouvoirs internes afin d'empêcher, en pratique, toute alternance du pouvoir. Autrement dit, ce processus autorise l'établissement (ou rétablissement) d'autocraties électorales et la consolidation de régimes

1. Rapport du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, *Situation de la Démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en Europe*, 2017, p 6.

2. Comme expliqué par le Professeur Jan-Werner Müller, « la confiscation constitutionnelle est différente de la corruption latente (un problème majeur en Bulgarie ou en Roumanie par exemple) ; mais elle est aussi différente des violations des droits individuels, aussi dangereux puissent-ils être. La confiscation constitutionnelle vise à affaiblir de manière systématique les contre-pouvoirs et, dans les cas extrêmes, rendre tout vrai changement de pouvoir extrêmement difficile », J.-W. Müller, « Rising to the challenge of constitutional capture: Protecting the rule of law within EU members states », Eurozine, 21 mars 2014 : <http://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture>.

où les représentants du parti au pouvoir (ou de la coalition au pouvoir) affirment détenir l'autorité exclusive pour agir au nom du « peuple ».

Diverses notions ont pu être utilisées pour décrire ce processus d'autocratisation. On peut citer par exemple les notions d'« autoritarisme furtif »¹, de « dégradation démocratique »² ou encore de « régression autoritaire »³. L'ensemble de ces notions peuvent utilement expliquer l'évolution de la situation de pays comme la Hongrie, la Pologne ou encore, plus récemment, la Slovaquie⁴. Il est néanmoins important de ne pas confondre un processus délibéré de recul démocratique et le démantèlement de l'État de droit et problèmes liés à des déficiences structurelles de la démocratie et/ou de l'État de droit dans des pays qui font face à une corruption endémique, des moyens institutionnels faibles, ou des ressources insuffisantes au niveau de leur administration ou du pouvoir judiciaire⁵. En effet, si l'on peut régulièrement lire que des problèmes importants par rapport aux principes de l'État de droit se retrouvent dans de nombreux pays membres de l'UE, la situation en Hongrie et en Pologne relève d'une autre dimension. Sans vouloir nier la réalité et l'importance des problèmes d'un point de vue de l'État de droit qui se retrouvent dans certains pays membres de l'UE ayant historiquement un pouvoir judiciaire faible, insuffisamment doté en ressources, un parquet étroitement contrôlé par la pouvoir en place, ou encore un niveau de corruption élevé, la situation en Hongrie ou encore en Pologne représente un défi d'une tout autre nature en ce que, dans ces pays, le recul de la démocratie et de l'État

de droit a été une stratégie délibérément planifiée et poursuivie par les autorités publiques dans le but de miner systématiquement et fondamentalement le pluralisme et créer *de facto* un système de parti unique où « les changements de gouvernement par des élections libres et équitables sont impossibles » suite à la saisie des « pouvoirs exécutifs et législatifs, mais aussi des médias, du pouvoir judiciaire, de la société civile, de l'économie et des forces de sécurité »⁶.

Autrement dit, un processus délibéré de déconstruction systématique de la démocratie et de l'État de droit est un problème différent que celui de l'absence de capacité de construire et consolider un véritable État de droit ou encore de violations ad hoc des principes de l'État de droit sans intention d'enclencher un processus d'autocratisation de manière systémique.

Il convient d'être particulièrement soucieux de situations où cette régression apparaît comme une stratégie délibérée du parti au pouvoir suite à de nouvelles élections. Dans les développements qui vont suivre, nous résumerons comment cette stratégie a été mise en œuvre à la fois en Hongrie et en Pologne, deux pays actuellement sous le coup de la procédure de l'article 7(1) du TUE.⁷

1. O. Varol, « Stealth Authoritarianism », *Iowa Law Review*, vol. 100, 2015, p. 1673.

2. T. G. Daly, « Enough Complacency: Fighting Democratic Decay in 2017 », *International Journal of Constitutional Law Blog*, 10 janvier 2017, <http://www.iconnectblog.com/2017/01/enough-complacency-fighting-democratic-decay-in-2017-i-connect-column>.

3. A. Huq, T. Ginsburg, « How to lose a Constitutional Democracy », *UCLA Law Review*, vol. 65, 2018.

4. Cf. par exemple dernièrement, IDEA International, *État de la démocratie dans le monde en 2021*, 2021, p. 8 : « Le recul démocratique s'est intensifié en Hongrie et en Pologne, talonnées par la Slovaquie ... créant un clivage profond et dangereux dans le consensus fondamental interne de l'Union européenne sur les valeurs démocratiques libérales » ; cf. aussi Parlement européen, *Résolution sur les droits fondamentaux et l'État de droit en Slovaquie*, en particulier le retard dans la nomination des procureurs du Parquet européen, 2021/2978(RSP), 16 décembre 2021.

5. A. von Bogdandy et M. Ioannidis, « Systemic deficiency in the Rule of Law: What is it, What has been done, What can be done », *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, p. 59.

6. A. Puddington, « Breaking Down Democracy: Goals, Strategies, and Methods of Modern Authoritarians », *Freedom House*, Juin 2014, p. 1, https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/June2017_FH_Report_Breaking_Down_Democracy.pdf

7. Pour plus de détails, cf. Sénat, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'État de droit dans l'Union européenne* par MM. Philippe Bonnecarrère et Jean-Yves Leconte, No. 457, 18 mars 2021, p. 40 et seq.

2.2 COMMENT CONFISQUER LE POUVOIR EN UN SEUL MANDAT ÉLECTORAL : L'EXEMPLE DE LA HONGRIE D'ORBÁN¹

En 2010, peu de temps après l'élection du parti de Viktor Orbán, le Fidesz, qui jouissait d'une majorité suffisamment large au Parlement pour réviser la constitution hongroise, une révision complète du cadre constitutionnel a été entreprise. En pratique, ce processus s'est concrétisé par des révisions de la constitution multiples et incessantes avant de précipiter l'adoption d'une nouvelle constitution dans un intervalle de 35 jours calendaires à partir de la soumission du projet de révision au Parlement, et ce en ayant recours à une procédure qui n'a pas inclus les partis d'opposition ou encore la société civile. Afin de donner une apparence de légitimité populaire, un questionnaire avait néanmoins été envoyé aux citoyens, juste avant l'élaboration du projet de révision. Mais outre le fait que leurs réponses n'ont jamais été incorporées dans le document final, la majeure partie des questions posées n'était pas directement pertinentes en ce qui concerne le projet de nouvelle loi fondamentale. Ainsi que l'a noté à juste titre un député européen portugais en 2013 : « l'ampleur des réformes systématiques et globales du cadre constitutionnel et institutionnel menées dans un temps exceptionnellement court par le gouvernement et le parlement hongrois est sans précédent »² en Europe.

ÉLÉMENTS CLEFS DE LA RÉVOLUTION AUTOCRATIQUE PAR VOIE CONSTITUTIONNELLE DE VIKTOR ORBÁN :

Adoption précipitée de la nouvelle Loi Fondamentale du 18 avril 2011 ;

Procédure d'élaboration fermée excluant la participation de l'opposition, d'experts, société civile, etc. ;

Une consultation nationale faussée qui n'inclut pas le texte du projet de Loi Fondamentale ;

Un « tsunami » de lois dites organiques, 49 lois de ce type ayant été adoptées dans les 18 mois qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Loi Fondamentale le 1^{er} janvier 2012 ;

Constitutionnalisation de dispositions jugées antérieurement inconstitutionnelles par la Cour Constitutionnelle avant que cette dernière ne voie ses décisions contournées par une révision constitutionnelle de 2013 annulant l'ensemble des décisions de la Cour Constitutionnelle datant d'avant le 1^{er} janvier 2012.

Les premiers pas de la Hongrie vers un régime hybride, si ce n'est autoritaire, ont été facilités par deux « défauts de conception constitutionnelle » qui se sont renforcés mutuellement. Le premier permet l'obtention d'une super-majorité des deux tiers au sein du Parlement sur la base d'une majorité simple des votes exprimés. Le second est de pouvoir réviser la constitution sur la base de cette super-majorité des deux tiers du Parlement. Une fois la possibilité de réviser à volonté la constitution ouverte, il n'a fallu que peu de temps au Fidesz de Viktor Orbán pour entreprendre « une refonte complète du cadre juridique via l'adoption d'une nouvelle Loi Fondamentale (la constitution) et la révision d'un nombre significatif de lois organiques, dont la législation électorale » qui « ont toutes été modifiées et largement adoptées sans passer par une consultation publique ou un dialogue inclusif ». Le résultat : une refonte sans précédent de l'ordre constitutionnel hongrois par la biais notamment d'un affaiblissement systématique des « contre-pouvoirs préalablement établis »³.

Durant la période de 2010 à 2014, plus de 800 nouvelles lois ainsi que des modifications constitutionnelles majeures ont été adoptées. L'ensemble

1. Cf. P. Bárd and L. Pech, How to build and consolidate a partly free pseudo democracy by constitutional means in three steps: The "Hungarian model", RECONNECT Working Paper No. 4, October 2019.

2. Rapport Tavares sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie, 2012/2130(INI), 24 juin 2013, considérant Y.

3. OSCDE/BIDDH, Limited Election Observation Mission Final Report, Hungary Parliamentary Elections, 6 avril 2014, p. 4.

de ces révisions ont permis d'éroder de manière délibérée et significative la juridiction de la Cour Constitutionnelle, l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la Commission électorale éliminant ainsi les contre-pouvoirs (*checks and balances*) qui pourraient contrôler les actions du parti majoritaire¹. Simultanément, des « purges » ont eu lieu au sein de l'administration et seuls les sympathisants fidèles au parti ont été recrutés. On notera en particulier que lorsque la coalition de Viktor Orbán est arrivée au pouvoir en 2010, cette dernière a immédiatement modifié les procédures de recrutement au sein de l'administration pour créer un système de recrutement « à volonté » pour une période d'un an, jusqu'à ce que la Cour Constitutionnelle ne stoppe cette pratique. Au cours de cette seule année, plus de 3000 agents publics ont été renvoyés sans motif, ce chiffre incluant un tiers des employés du service audiovisuel public. Bien que le gouvernement ait publiquement affirmé que la mesure ait été adoptée afin de faire des économies, le nombre total d'employés a augmenté de près de 18% durant les 3 premières années de la coalition de Viktor Orbán.

Afin de montrer rapidement comment les « arbitres institutionnels » ont été attaqués avant d'être capturés, l'exemple de la Cour Constitutionnelle (CC) peut être donné. Afin de « dompter » la CC avant d'en prendre le contrôle total, la compétence juridictionnelle et la composition de cette dernière ont été modifiées. Avant 2010, chaque nommé à la CC devait ainsi être approuvé par la majorité des partis au Parlement puis élu par une majorité des deux tiers lors d'un vote du Parlement. Par conséquent, les différentes sensibilités politiques bénéficiaient d'une représentation équilibrée au sein de la CC. Suite à l'entrée en vigueur de la Loi Fondamentale, seule l'exigence d'une majorité des deux tiers a été conservée. La Loi Fondamentale a aussi augmenté le nombre de juges siégeant au sein de la CC les faisant passer de 11 à 15 membres. De même la durée de leur mandat a été portée de 9 ans à 12 ans. Par ces différentes révisions, la coalition gouvernementale a pris le contrôle effectif de la CC en 2015 lorsque 11 des 15 juges de la Cour ont été désignés par la seule majorité du Fidesz-KDNP. Pendant le processus de capture du CC, un nombre

important de changements complémentaires ont été pratiqués afin d'affaiblir le pouvoir de la CC. Par exemple, la CC a été privée de son pouvoir de contrôle sur les pétitions populaires visant à demander un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Parallèlement à ce processus d'affaiblissement progressif et de capture de la CC, l'indépendance des juges a été significativement compromise par le jeu de multiples « réformes ». Pour faire bref, on peut simplement mentionner ici l'abaissement rétroactif, en 2011, de l'âge de mise à la retraite des juges. Pour les juges qui souhaitaient raisonnablement travailler jusqu'à 70 ans – âge de départ à la retraite pour les juges depuis 1869 – ce changement a eu pour effet de les forcer de quitter leurs fonctions à l'âge de 62 ans avec effet immédiat. Cette révision a conduit au départ et au remplacement de 8% des 2900 juges hongrois dont 27% des juges de la CC et plus de 50% des présidents de cours d'appel. Une fois la mise à la retraite forcée des juges réalisée – ce qui fut fait rapidement afin de changer la situation sur le terrain et de mettre les juges nationaux et européens devant un fait accompli – le gouvernement de Viktor Orbán a adopté de nouvelles lois visant à protéger les nouveaux « juges » spécialement choisis par Viktor Orbán, notamment au niveau de leur immutabilité, afin empêcher tout nouveau gouvernement éventuel de revenir sur leurs nominations faites sur la base de lois et procédures grossièrement contraires au droit national et européen.

Un autre aspect important du glissement progressif de la Hongrie vers l'autoritarisme réside dans les modifications répétées des lois électorales. Ces dernières ont été modifiées significativement de manière à réduire toute possibilité d'alternance autant que possible tout en continuant à organiser des élections libres mais structurellement inéquitables. Les circonscriptions ont été par exemple redéfinies afin de favoriser les candidats du parti et de nouvelles dispositions juridiques ont été adoptées pour s'assurer que les votes des listes complémentaires soient reportés vers le parti vainqueur. Des membres loyaux du parti ont été de même nommés au sein de la Commission électorale pour s'assurer de la mise en œuvre « correcte » des nouvelles règles.

Les médias ont été une autre cible importante du nouveau pouvoir en place. Durant ses premières

1. K. L. Scheppelle, « Autocratic legalism », *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, n°2, 2018, p. 545, spéc. p. 549.

années au pouvoir, la coalition de Viktor Orbán a adopté deux lois majeures sur les médias qui ont consolidé le contrôle de l'ensemble des médias – public et privé, audiovisuel et digital – entre les mains de nouveaux organes régulateurs puissants, eux-mêmes dirigés par des personnes de confiance. Durant ses 4 premières années, le nouveau Conseil des Médias a ainsi entamé plus de 350 actions contre des groupes de médias non encore sous la coupe du pouvoir au motif qu'ils n'avaient pas respecté de nouveaux standards qui avaient été laissés délibérément vagues. Le résultat étant une amende considérable dans un nombre important de cas. Une manière plus discrète de soumettre les médias a été la suspension ou la menace de suspension des publicités financées par l'État. Le résultat final a été la cristallisation d'un climat de peur dans lequel une majorité de journalistes a fini par s'autocensurer pour éviter tracasseries et une perte éventuel d'emploi.

La coalition au pouvoir a aussi rapidement affaibli les organisations de la société civile jugées non suffisamment docile ou trop critique. Par exemple, la coalition a rapidement arrêté de financer les ONG d'opposition en réorganisant le fond civil hongrois et en nommant à sa tête un loyaliste. Le secteur des ONG a ainsi rapidement perdu plus de 10% de ses organisations lorsque la plupart des financements pour le secteur civil ont été brutalement coupés. Les tactiques de harcèlement administratif et les campagnes de diffamation ont par ailleurs été rapidement mises en place.

Pour résumer, la réorganisation autocratique de l'ordre constitutionnel hongrois a pris la forme d'une multitude d'actions juridiques qui ont pris la forme de l'adoption précipitée d'une nouvelle constitution, de multiples révisions constitutionnelles, de nombreuses lois organiques ainsi que pléthore de lois ordinaires adoptées pendant le premier mandat de Viktor Orbán. Durant cette période, le nouveau texte constitutionnel a été utilisée de manière répétée pour rendre constitutionnel ce qui était auparavant pleinement inconstitutionnel ou illégal.

Pourquoi une telle précipitation juridique et ce « tsunami » de changements constitutionnels, législatifs et règlementaires ? Tout d'abord parce que le premier objectif des « autocrates légalistes » durant leur premier mandat est toujours de s'assu-

rer que les « règles du jeu » soient réécrites, si ce n'est truquées, en leur faveur avant les prochaines élections. Dans le cas de la Hongrie, cela a conduit non seulement à la réécriture des lois électorales de manière à garantir que le parti soit réélu pour un nouveau mandat en 2014, mais aussi d'attaquer l'indépendance des « gardiens » de tout système démocratique comme les tribunaux et procureurs, les médias et journalistes, ou les autorités de régulation. Au moment des élections législatives de 2014, le principe d'élections libres et équitables était devenu en Hongrie un vestige du passé, la Hongrie représentant alors « le premier cas, et probablement le modèle, de recul constitutionnel d'un système démocratique libéral à part entière vers un système illibéral avec des éléments autoritaires forts »¹. Depuis, les élections législatives au caractère inéquitable soigneusement organisé ont été la norme en Hongrie, ce qui n'a pas été d'ailleurs sans exclure des pratiques de fraude électorale à plus ou moins grande échelle² et l'adoption plus récemment d'une loi qui a légalisé une pratique (« tourisme électorale ») pleinement frauduleuse.³

RAPPORT DE L'OSCE/BIDDH CONCERNANT LES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES EN HONGRIE TENUES LE 6 AVRIL 2014

« Le parti gouvernant majoritaire a profité d'un avantage injustifié à cause d'un encadrement excessif de la campagne, d'une couverture médiatique biaisée et des activités de campagne qui ont brouillé la distinction entre les partis politiques et l'État. Le cadre juridique pour ces élections a été modifié substantiellement ces dernières années. Alors que certains changements ont été positifs, un nombre important de modifications clés ont affecté négativement le processus électoral, par notamment, le retrait de contre-pouvoirs importants. » (traduction par nos soins)

1. G. Halmai, « The application of European Constitutional Values in EU Member States. The case of the Fundamental Law of Hungary », in C. I. Nagy (dir.), *The EU bill of Rights. Diagonal Application to Member States*, Eleven Publishing, 2018, p. 14, spéc. p. 16.

2. E. Goat, Z. Banuta, « Fresh evidence of Hungary vote-rigging raises concerns of fraud in European elections », 17 mai 2019 : <https://www.opendemocracy.net/en/breaking-fresh-evidence-hungary-vote-rigging-raises-concerns-fraud-european-elections>

3. D. Döbrentey, « Legalized voting tourism and other rules threatening the chances of transparent elections », Heinrich Böll Foundation, 13 décembre 2021: <https://cz.boell.org/en/2021/12/13/legalized-voting-tourism-and-other-rules-threatening-chances-transparent-elections>

RAPPORT DE L'OSCE/BIDDH CONCERNANT LES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES EN HONGRIE TENUES LE 8 AVRIL 2018

« Le chevauchement omniprésent entre les informations gouvernementales et la campagne de la coalition au pouvoir, l'utilisation abusives d'autres ressources administratives ont brouillé la ligne de démarcation entre État et parti [...] la capacité de concurrents à concurrencer le parti à armes égales a été significativement compromis par les dépenses excessives du gouvernement dans de la publicité électorale [...] Le manque de général de transparence va à l'encontre des standards internationaux. »

RAPPORT DE L'OSCE/BIDDH CONCERNANT LES ÉLECTIONS PARLEMENTAIRES ET RÉFÉRENDUM EN HONGRIE TENUES LE 3 AVRIL 2022

« Les élections parlementaires du 3 avril et le référendum ont été (...) entachés par l'absence de règles de jeu équitables. Les candidates ont pu largement faire campagne librement et bien que compétitive, la campagne a été marquée par un ton très négatif et s'est caractérisée par un chevauchement omniprésent entre la coalition au pouvoir et le gouvernement. (...) Le manque de transparence et le contrôle insuffisant des financements électoraux ont également profité à la coalition au pouvoir. La partialité et le manque d'équilibre dans la couverture médiatique et l'absence de débats (...) ont considérablement limité la possibilité pour les électeurs de faire un choix éclairé. La manière dont de nombreux litiges électoraux ont été traités par les commissions électorales et les tribunaux était en deçà de ce qu'exige un recours juridictionnel effectif. (...) Le cadre juridique en matière d'élection fournit un fondement adéquat pour la conduite d'élections démocratiques. Cependant, plusieurs dispositions clés sont en deçà des normes et obligation internationales, et un certain nombre d'omissions nuisent à son efficacité »

Pour résumer, afin de créer et consolider le premier régime hybride, si c'est n'est autoritaire de l'UE, Viktor Orbán a mis en œuvre, de manière délibérée et coordonnée, les éléments autocratiques suivants :

- Instrumentalisation de la constitution de manière offensive ou défensive à des fins partisans ;
- Mise en place d'une procédure législative non-transparente et non-encadrée ;
- Affaiblissement suivi de la prise de contrôle des contre-pouvoirs au sein de l'ordre constitutionnel ;

- Affaiblissement de l'indépendance du pouvoir judiciaire suivi de la prise de contrôle des juridictions suprêmes et ordinaires par divers moyens ;
- Limitation préventive de l'action des futurs gouvernements notamment en constitutionnalisant certaines politiques ;
- Organisation d'élections structurellement non équitables ;
- Fin progressive du pluralisme dans les médias avec notamment la prise de contrôle de tout média indépendant par des oligarques proche du pouvoir ;
- Atteinte à la liberté religieuse ; la liberté académique et la liberté d'association ;
- Intimidation des journalistes, universitaires et membres de la société civile ;
- Intolérance et hostilité à l'égard des groupes minoritaires vulnérables ;
- Violation des obligations internationales pendant la période de la crise des réfugiés ;
- Utilisation répétée de l'État d'urgence ;
- Instauration d'une surveillance d'État qui contrôle de manière intrusive la population hongroise et en particulier les critiques du régime.¹

En 2019, après des années de « régression démocratique », la Hongrie de Viktor Orbán est devenue le premier État Membre de l'UE qui a cessé d'être une démocratie et doit être désormais considérée comme un « régime autoritaire électoraliste » selon les experts du centre de recherche V-DEM de l'Université de Gothenburg :²

1. Voir récemment « Pegasus : un député du parti au pouvoir en Hongrie reconnaît l'utilisation du logiciel espion », *Le Monde*, 4 novembre 2021.

2. V-DEM, *Autocratization Surges – Resistance Grows. Democracy Report 2020*, p. 14.

La Hongrie, le seul État autoritaire membre de l'UE

Source: V-DEM, *Autocratization Surges – Resistance Grows. Democracy Report 2020*, p. 14



2.3 ÉTAPES CLEFS DU PROCESSUS DE TRANSFORMATION DE LA POLOGNE EN SECOND RÉGIME AUTORITAIRE DE L'UE

« Viktor Orbán nous a montré comment gagner » a affirmé Jarosław en 2011, 18 mois après que le Fidesz se soit assuré une majorité des deux tiers au Parlement. « Un jour viendra où nous réussissons et nous aurons Budapest à Varsovie »¹. Ce jour est arrivé le 25 octobre 2015 quand les élections législatives ont été remportées par le parti de M. Kaczyński, connu sous le nom de Droit et Justice (PiS). Sous le gouvernement de M. Kaczyński, la Pologne est devenue le pays qui s'est autocratisé le plus dans le monde depuis 2010, dépassant la Hongrie de M. Orbán en 2020 :²

1. N. Buckley, H. Foy, « Poland's new government finds a model in Orbán's Hungary », *Financial Times*, 6 janvier 2016.

2. V-DEM, *Autocratization Turns Viral. Democracy Report 2021*, p. 19.

Top 10 mondial des pays en voie d'autocratisation

Source: V-DEM, *Autocratization Turns Viral. Democracy Report 2021*, p. 19

	CHANGE	LDI 2010	LDI 2020	REGIME TYPE 2010 R	REGIME TYPE 2020	
1	Poland	-0.34	0.83	0.49	Liberal Democracy	Electoral Democracy
2	Hungary	-0.32	0.68	0.37	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
3	Turkey	-0.29	0.40	0.11	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
4	Brazil	-0.28	0.79	0.51	Electoral Democracy	Electoral Democracy
5	Serbia	-0.27	0.51	0.24	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
6	Benin	-0.26	0.55	0.29	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
7	India	-0.23	0.57	0.34	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
8	Mauritius	-0.23	0.73	0.50	Liberal Democracy	Electoral Democracy
9	Bolivia	-0.18	0.41	0.231	Electoral Democracy	Electoral Autocracy
10	Thailand	-0.17	0.34	0.17	Electoral Autocracy	Closed Autocracy

Une différence clef entre la descente autocratique de la Hongrie et la Pologne tient à l'incapacité de M. Kaczyński à obtenir une majorité constitutionnelle ce qui a amené ce dernier à violer régulièrement la constitution polonaise. Par conséquent et contrairement à la situation en Hongrie où M. Orbán

a pu rapidement adopter une nouvelle constitution compatible avec son projet autocratique, la Pologne a connu un « coup d'état constitutionnel »¹ insidieux que le tribunal constitutionnel polonais, une fois tombé sous la coupe de M. Kaczyński, a tenté de masquer en prétendant que ce qui était inconstitutionnel hier est constitutionnel aujourd'hui...

Une autre différence avec ce qui s'est passé en Hongrie concerne le pouvoir judiciaire : Plutôt que de se contenter de la capture du tribunal constitutionnel et des cours suprêmes, c'est l'ensemble des tribunaux et des juges que la coalition de M. Kaczyński a cherché à mettre immédiatement au pas. Ceci dit, M. Kaczyński a scrupuleusement suivi les étapes de « capture constitutionnelle » précédemment présentées et a immédiatement cherché à prendre le contrôle du secteur public des médias.

Ces deux éléments constituent d'ailleurs les deux justifications principales mises en avant par la Commission Européenne en janvier 2016 pour annoncer la première utilisation de son nouveau cadre de protection de l'État de droit face à la situation en Pologne. D'après Frans Timmermans, alors premier vice-président de la Commission Européenne, la première raison pour cette décision exceptionnelle a été le « non-respect » des décisions du Tribunal Constitutionnel polonais (avant sa capture totale en décembre 2016), ce qui « est un élément important pour tout État respectueux de l'État de droit »². Les réformes législatives adoptées par le *Sejm* à l'égard du Service Public Audiovisuel ont été le second point de justification avancé au regard de la nécessité de protéger, en démocratie, la liberté d'expression, la liberté de réunion, et de respecter les règles organisant les procédures politiques et électorales »³. Ces deux dimensions vont être brièvement présentées ci-dessous.

La prise de contrôle progressive du pouvoir judiciaire

La première cible de la nouvelle majorité au pouvoir a été le Tribunal Constitutionnel (TC ci-après)

1. W. Sadurski, «What is going on in Poland is an attack against Democracy», Interview with *Verfassungsblog*, 15 juillet 2016: <http://verfassungsblog.de/what-is-going-on-in-poland-is-an-attack-against-democracy/>

2. Commission Européenne, Intervention du Premier Vice-Président Timmermans, Speech/16/71, Bruxelles, 13 janvier 2016.

3. Ibid.

qui en moins d'un an a été totalement investi grâce à l'adoption de lois manifestement inconstitutionnelles et de nominations tout aussi inconstitutionnelles alors même que de multiples jugements rendus par le TC avant sa capture par le pouvoir étaient ouvertement violés. Pourquoi tant de hâte ? Pour permettre l'adoption de lois manifestement inconstitutionnelles qui facilitent la confiscation du reste du système sans prendre le risque de devoir continuer expliquer au public pourquoi le gouvernement continue d'ignorer les jugements du TC. Ceci étant, de multiples lois grossièrement inconstitutionnelles ont été adoptés avant même la prise de contrôle effective du CT. Peuvent ainsi être mentionnées :

- La loi du 30 décembre 2015 portant modifications de la loi sur les agents publics et d'autres lois ;
- La loi du 15 janvier 2016 portant modifications de la loi sur la Police et d'autres lois ;
- La loi du 28 janvier 2016 sur le ministère public ;
- La loi du 18 mars 2016 portant modifications de la loi sur l'Ombudsman et d'autres lois ;
- La loi du 22 juin 2016 sur le Conseil National des Médias ;
- La loi du 10 juin 2016 sur les actions antiterroristes ;
- Total de 13 lois réorganisant fondamentalement le système judiciaire en l'espace de deux ans (2015-2017) avec de multiples lois adoptées postérieurement à la prise de contrôle du CT et du Conseil National de la Magistrature visant l'ensemble des juridictions ordinaires et suprêmes.

Concernant la « réorganisation » – mise au pas en pratique – du pouvoir judiciaire, l'ensemble des organes clés ont été capturés grâce à un déferlement de mesures législatives dans un contexte où les juges qui s'opposaient à ces lois manifestement inconstitutionnelles et incompatibles avec le droit européen étaient la cible de campagnes de diffamation par des médias progouvernementaux. On peut ainsi mentionner le Conseil National de la Magistrature (CNM ci-après), dont seulement 32% des membres étaient élus par des politiques et qui est devenu en 2018 un organe totalement dominé par le pouvoir exécutif suite à sa restructuration (manifestement inconstitutionnelle) via une loi adoptée le

8 décembre 2017. Aujourd'hui 92% des membres du Conseil ont été nommés pour des raisons politiques et soutiennent la coalition au pouvoir.

La prise du CT et du CNM ont grandement facilité la prise de contrôle de la Cour Suprême grâce à la création (une nouvelle fois en violation flagrante de la Constitution polonaise, du droit de l'UE et du droit de la CEDH) de deux nouvelles chambres, la nomination (irrégulière) d'un nouveau Premier Président, et de multiples nominations illégales via le néo CNM au particulier au niveau de la Cour suprême, en violation flagrante d'ordonnances suspendant un certain nombre de nominations.¹ De nombreuses pseudo « réformes » législatives ont aussi affecté les cours ordinaires, laissant ces dernières face à des changements importants dans leurs personnels et une politisation flagrante du système disciplinaire qui est depuis lors devenu un instrument de harcèlement des juges mais également des procureurs qui refusent de se soumettre au nouveau pouvoir. En plus de l'utilisation à une échelle industrielle de ce nouveau régime disciplinaire contre les juges et procureurs « critiques », la majorité au pouvoir a pris totalement le contrôle du Ministère public en 2016 par l'intermédiaire d'une loi qui a fusionné les fonctions de Procureur Public Général avec celles de Ministre de la Justice. Pour la Commission de Venise du Conseil de l'Europe, une telle loi est « inacceptable dans un État de droit, car il peut ouvrir la voie à l'arbitraire »².

Cinq ans plus tard, la situation est pire que jamais, avec par exemple des procédures pénales visant les juges les plus critiques, ce qui permet de les suspendre via la nouvelle « chambre disciplinaire » jugée depuis inconstitutionnel par les juges indépendants de la Cour suprême polonaise, incompatible avec les Traités de l'UE par la Cour de justice et incompatible avec la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme. Pour citer Adam Bodnar, alors Commissaire polonais pour les Droits de l'Homme, les nombreux changements législatifs

adoptés par les autorités polonaises depuis la fin 2015 ont créé

« un espace juridique alternatif [...] dans lequel la majorité au pouvoir peut adopter des lois inconstitutionnelles, nommer illégalement des membres du Tribunal Constitutionnel, du Conseil National de la Magistrature, de la Cour Suprême, ou sanctionner disciplinairement ou pénalement et selon son bon vouloir ceux qui adoptent des positions qui ne correspondent pas à ses attentes »³.

Afin de créer et consolider cet « espace juridique alternatif », la coalition de M. Kaczyński utilise de manière récurrente soit des institutions qui existaient avant 2015 et dont ils ont pris le contrôle (e. g. le TC ou le CNM), soit de nouveaux organes spécialement créés pour faciliter la répression de ceux qui s'opposeraient à cet « espace juridique alternatif » (par exemple, la Chambre Disciplinaire). En raison de la multiplication croissante de jugements de la Cour européenne de droits de l'homme condamnant les diverses facettes de leur « réformes » judiciaires⁴ et la possibilité de ne pas avoir accès aux fonds « NextGenerationEU » liés au plan de relance en raison de la violation persistante des jugements de la Cour de justice de l'UE concernant le droit à une protection juridictionnelle effective, les autorités polonaises ont récemment voté la dissolution de la Chambre Disciplinaire mais uniquement pour la remplacer par une nouvelle chambre souffrant des mêmes vices et continuent par ailleurs de refuser à la fois de réintégrer les juges illégalement suspendus et de respecter l'ordonnance de la Cour de justice exigeant la suspension de la loi dite « mu-

3. Commentaire écrit dans la décision de la Cour EDH *Grzęda contre Pologne* (affaire n° 43572/18), 12 décembre 2019, para. 49:

https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Amicus_RPO_12.12.2019.pdf. Le 15 mars 2022, dans un arrêt de grande chambre, la Cour a jugé que les autorités polonaises ont violé le droit à un procès équitable du juge Grzęda en organisant sa révocation du CNM polonais et l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir un contrôle juridictionnel de cette mesure. De manière plus générale, la Cour a jugé que les « réformes » judiciaires menées en Pologne visent en fait à affaiblir l'indépendance de la justice, et que ce but a été atteint car le pouvoir judiciaire est désormais soumis aux ingérences des pouvoirs exécutif et législatif.

4. Voir dernièrement le jugement rendu le 16 juin 2022 dans l'affaire *Żurek c. Pologne* (n° 39650/18). A la date du 25 juin 2022, plus d'une centaine de plaintes liées aux pseudo « réformes » judiciaires ont été déposées auprès de la CEDH et 70 ont d'ores et déjà été communiquées aux autorités polonaises. 9 plaintes ont par ailleurs été jugées au fond via 7 jugements qui ont tous établi une ou plusieurs violations de la CEDH dans chacune des affaires jugées à ce jour.

1. L'arrêt *Dolinska-Ficek et Ozimek c. Pologne* de la CEDH du 8 novembre 2021 (affs nos 49868/19 et 57511/19) offre un panorama complet de la situation, en particulier en ce qui concerne les violations manifestes du droit interne commises par le Président polonais ainsi que son mépris délibéré de multiples décisions de justice.

2. Commission de Venise, Avis sur la loi relative au Ministère Public telle que modifiée, Avis no. 892/2017, 11 décembre 2017, para. 97.

selière ». Pour la Commission européenne, la dissolution de la chambre disciplinaire est néanmoins vu comme un pas positif susceptible de conduire au déboursement des fonds « NextGenerationEU »¹.

La saisie progressive des médias

De manière similaire à ce qui s'est précédemment produit en Hongrie et parallèlement à la mise au pas de l'ensemble du pouvoir judiciaire décrite ci-dessus, M. Kaczyński a rapidement cherché à purger et à faire sien les médias publics. Ces nouveaux développements ont été dénoncés par le Parlement européen en septembre 2016 sans pour autant que la Commission Européenne ne fasse quoique ce soit depuis² :

N. considérant que les modifications déjà adoptées ainsi que les modifications récemment proposées à la loi polonaise sur les médias, notamment en ce qui concerne la gouvernance, l'indépendance éditoriale et l'autonomie institutionnelle des médias de service public, ont suscité des préoccupations quant au respect de la liberté d'expression, de la liberté des médias et du pluralisme ;

[...]

8. se dit préoccupé, en l'absence d'un Tribunal constitutionnel pleinement fonctionnel, par les récentes et rapides évolutions de la législation qui ont lieu dans d'autres domaines sans consultations appropriées, et invite instamment la Commission à effectuer une analyse de la législation adoptée quant à sa compatibilité avec le droit primaire et secondaire de l'Union et les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée [...] et en particulier :

la loi sur les médias publics, en gardant à l'esprit la nécessité d'un cadre régissant les médias de service public qui permettrait de garantir qu'ils assurent un contenu indépendant, impartial et fidèle à la réalité reflétant la diversité de la société polonaise, ainsi que la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme et l'acquis de l'Union européenne dans le domaine de l'audio-

visuel et des médias ;

Au-delà de la prise de contrôle rapide et effective de la télévision publique TVP en 2016 qui est depuis devenue un média de propagande grossière au service de M. Kaczyński, les fonds publics ont rapidement été instrumentalisés afin de priver certains médias de revenus liés à la publicité publique. En outre, depuis 2015, les institutions étatiques et les sociétés détenues ou contrôlées par l'État et tenues par des loyalistes du PiS ont cessé de souscrire ou de diffuser leurs publicités dans des médias indépendants, les privant d'une importante source de financement,³ ce qui n'est pas sans rappeler la politique d'étouffement économique des médias indépendants précédemment mise en œuvre en Hongrie.

Six ans plus tard, la coalition de M. Kaczyński est en passe de finaliser leur contrôle complet de l'espace médiatique suite au rachat des derniers médias indépendants régionaux par la société pétrolière PKN Orlen, une société appartenant à l'État et contrôlée par le parti. Cette mise au pas du secteur médiatique n'est toutefois pas encore achevée. En effet, peu après l'adoption d'une loi sur l'audiovisuel le 17 décembre 2021 plus connue sous le nom de Lex TVN et qui visait à faciliter la prise de contrôle de la chaîne américaine TVN en obligeant le groupe américain qui possède cette chaîne de la vendre, le président polonais a apposé son veto notamment en raison des mises en garde répétées du gouvernement américain. On notera par ailleurs que la Commission a lancé en janvier 2022 une consultation sur la législation européenne à venir sur la liberté des médias afin de protéger plus efficacement la liberté et le pluralisme des médias en Europe à la lumière notamment de ce qui s'est passé en Hongrie puis en Pologne.

Outre la stratégie de prise de contrôle complet de l'espace médiatique brièvement décrite ci-dessus, les autorités et alliés de M. Kaczyński ont cherché à intimider les voix critiques et dissidentes ou encore toute investigation à leur égard en déclenchant de multiples « procédures baillons » contre les journalistes (en particulier par la biais de la com-

1. Voir L. Pech, 'Covering Up and Rewarding the Destruction of the Rule of Law One Milestone at a Time', *VerfBlog*, 21 June 2022: <https://verfassungsblog.de/covering-up-and-rewarding-the-destruction-of-the-rule-of-law-one-milestone-at-a-time/>

2. Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur les récentes évolutions en Pologne et leurs conséquences sur les droits fondamentaux inscrits dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2016/2774(RSP)).

3. Media Freedom Rapid Response, Democracy Declining : Erosion of Media Freedom in Poland, Mission Report (November-December 2020), 11 February 2021 : https://ipi.media/wp-content/uploads/2021/02/20210211_Poland_PF_Mission_Report_ENG_final.pdf

pagnie Orlen qui a été également utilisée, comme noté ci-dessus, pour supprimer le pluralisme des médias au plan local et régional), mais aussi contre les universitaires, ce qui conduit une nouvelle fois le Parlement Européen à dénoncer l'aggravation de la situation en Pologne en septembre 2020 :¹

44. est profondément préoccupé par le recours excessif aux causes de diffamation par certains hommes politiques à l'encontre des journalistes, notamment par des condamnations à des amendes pénales et à la suspension prononcée à l'égard de journalistes, empêchés d'exercer leur profession; craint que cette situation n'ait un effet dissuasif sur la profession et l'indépendance des journalistes et des médias; invite les autorités polonaises à garantir l'accès à des voies de recours appropriées aux journalistes et à leurs familles qui font l'objet de poursuites visant à réduire au silence ou à intimider les médias indépendants ; [...] regrette que la Commission n'ait pas encore présenté la législation anti-SLAPP (poursuite stratégique altérant le débat public) qui protégerait également les journalistes et les médias polonais contre les procès vexatoires; [...]

46. constate avec préoccupation l'utilisation et la menace de poursuites judiciaires pour diffamation écrite à l'encontre des universitaires ; invite les autorités polonaises à respecter la liberté d'expression et la liberté académique, conformément aux normes internationales ;

Après le pouvoir judiciaire et les médias, les autorités polonaises ont pris pour cible les institutions indépendantes comme le Commissaire aux droits de l'homme, les minorités et autres groupes vulnérables comme les personnes LGBTQI+. Elles ont en outre adopté des mesures visant à limiter la liberté de réunion et la liberté d'association en restreignant par exemple l'accès aux financements publics pour les groupes critiques issus de la société civile tant au niveau local, régional ou national et ce afin de prévenir et punir toute opposition.

Comme en Hongrie, tous ces éléments ont permis l'organisation d'élections législatives structurellement inéquitables à raison notamment de l'utilisation abusive des fonds publics et des mé-

dias publics à des fins de propagande grossière. Plus récemment, les autorités polonaises sont allées plus loin que Viktor Orbán en organisant deux élections présidentielles en 2020 (la première ayant été annulée peu de temps avant la date initialement fixée) non seulement inéquitables en raison de la propagande pour le président en place aux frais des contribuables, mais aussi grossièrement inconstitutionnelles.² De même qu'en Hongrie, le pouvoir judiciaire n'offre plus en outre désormais un système de recours effectif pour contester les résultats des élections. En effet, c'est une nouvelle chambre créée au sein de la Cour Suprême qui est désormais chargée de vérifier la validité des élections et d'examiner les litiges électoraux. Or, cette chambre ne présente aucune garantie d'indépendance et est entièrement composée de « juges » irrégulièrement nommés par le Président polonais. Dit de manière moins formelle, des individus nommés par le Président Duda en violation manifeste de multiples ordonnances de la Cour Administrative Suprême étaient en charge de contrôler les irrégularités qui ont entachées la campagne présidentielle de la même personne qui les a nommés « au mépris flagrant de la prééminence du droit » pour citer la Cour européenne des droits de l'homme.³

Au vu des développements rapidement résumés ci-dessus, on ne s'étonnera donc pas que la Pologne soit devenu l'exemple le plus dramatique de régression démocratique au sein de l'UE, surpassant même désormais la Hongrie de M. Orbán selon plusieurs indexes qui mesurent annuellement le respect par un certain nombre de pays des principes démocratiques et/ou relatifs à l'État de droit.

2. Ibid., para. 13: « ... si le code énonce la possibilité de prévoir des modalités de vote exceptionnelles, toute modification visant à introduire ces modalités ne pourrait être considérée comme conforme aux pratiques européennes que « si les éléments clés du principe du suffrage libre sont garantis »; estime que cela n'est pas le cas avec les modifications au cadre électoral des élections présidentielles prévues le 10 mai 2020, puisque ces modifications pourraient empêcher les élections de se dérouler de manière juste, secrète et équitable [...] ; observe en outre que ces modifications sont contraires à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel polonais qui s'est constituée lorsque le contrôle de constitutionnalité était encore en vigueur, et qui prévoit que le code électoral ne peut être modifié pendant les 6 six mois précédant une élection; relève avec inquiétude que l'annonce de report des élections présidentielles a eu lieu 4 jours seulement avant la date fixée ».

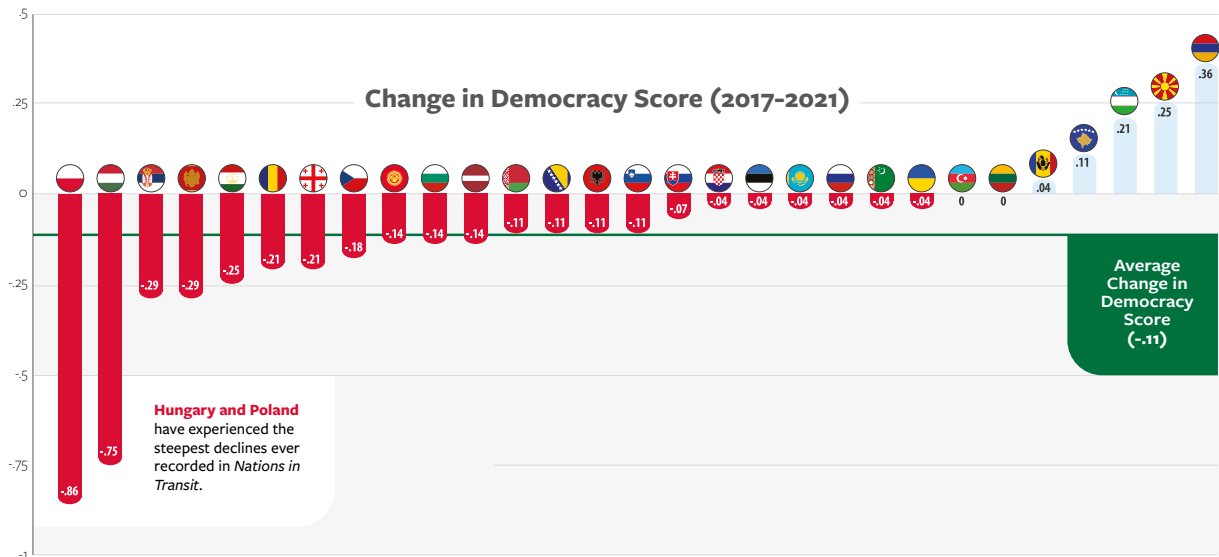
3. Voir l'arrêt *Dolinska-Ficek et Ozimek c. Pologne* de la CEDH du 8 novembre 2021 (affs nos 49868/19 et 57511/19).

1. Résolution du Parlement européen du 17 septembre 2020 sur la proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit (2017/0360R(NLE)).

À titre d'illustration, un tableau de l'organisation Freedom House mesurant l'évolution démocratique d'un groupe de 29 pays d'Europe centrale et d'Asie centrale est reproduit ci-dessous :¹

Indice de déclin démocratique selon l'ONG Freedom House

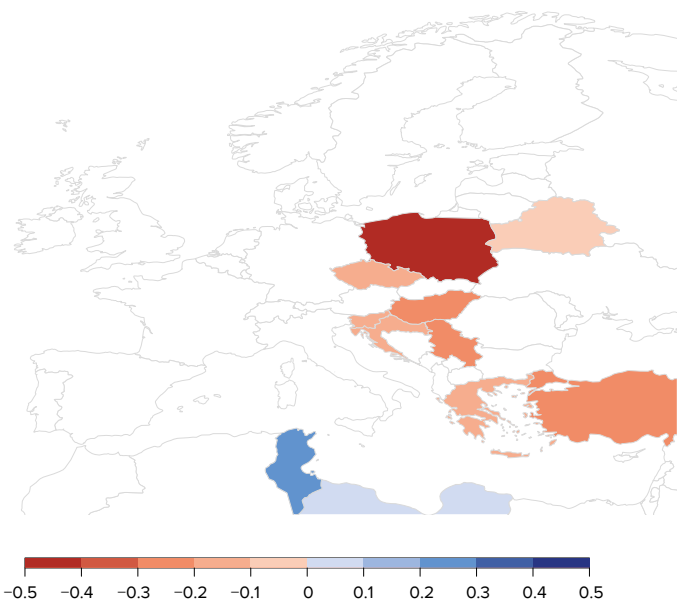
Source: Freedom House, *Nations in Transit 2021*, p. 2



À défaut de réactions et sanctions dissuasives de la part de l'UE et du Conseil de l'Europe, le « modèle autocratique » semble en voie ascendante avec quatre autres États membres de l'UE connaissant un processus d'autocratisation plus ou moins prononcé selon le dernier rapport annuel du V-DEM qui parle d'une « vague d'autocratisation » auquel ferait face l'UE : la Slovaquie, la Croatie, la République tchèque et la Grèce.² Par ailleurs, ce même rapport souligne que la Serbie et la Turquie continuent d'être les pays qui se sont le plus « autocratisés » au cours de la dernière décennie. La carte ci-dessous tirée du rapport 2022 de V-DEM permet de visualiser rapidement les pays concernés et l'intensité variable de ce processus d'autocratisation.

Les processus d'autocratisation dans l'UE et dans ses pays voisins

Source: V-Dem Institute, *Autocratization Changing Nature. Democracy Report 2022*, p. 25



1. Freedom House, *Nations in Transit 2021*, p. 2.

2. V-Dem Institute, *Autocratization Changing Nature. Democracy Report 2022*, p. 25.



3. ÉVALUATION DE LA SITUATION FRANÇAISE DANS LE RAPPORT ANNUEL SUR L'ÉTAT DE DROIT DE LA COMMISSION

Laurent Pech,

Professeur de droit européen, Université Middlesex (Londres)

Marie Padilla,

Docteure en droit public, Université de Bordeaux

Lancé pour la première fois en 2020, le rapport annuel sur l'État de droit publié par la Commission européenne offre une synthèse de la situation par État Membre ainsi qu'un état des lieux transversal.¹ Il couvre, à ce jour, quatre piliers : le système de justice ; la lutte contre la corruption ; le pluralisme des médias et autres questions/mécanismes institutionnelles en rapport avec l'équilibre des pouvoirs. Même si ce mécanisme se focalise formellement sur le seul principe de l'État de droit, ce concept est compris de manière large : il inclut par exemple le

1. De manière générale, cf. L. Pech et P. Bard, *The Commission 2021 Rule of Law Report and the EU Monitoring and Enforcement of Article 2 TEU values*, Etude du Parlement européen, PE. 727.551, 21 février 2022.

contrôle juridictionnel effectif du respect des droits fondamentaux et le respect de l'État de droit est compris comme exigeant que « toutes les autorités publiques agissent toujours dans les limites fixées par la loi, conformément aux valeurs de la démocratie et aux droits fondamentaux ».²

Afin d'offrir un rapide état des lieux sur l'État de droit en France, les principaux constats de la Commission dans ses rapports de 2020 et 2021 seront brièvement présentés avant d'opérer une mise en perspective par rapport à la situation en Hongrie et en Pologne.

2. Rapport 2020 sur l'état de droit, COM(2020) 580 final, 30 septembre 2020, p. 1.

3.1 LES RAPPORTS 2020 ET 2021 SUR L'ÉTAT DE DROIT EN FRANCE

Système de justice : En ce qui concerne le premier pilier couvert par les rapports de la Commission, un constat largement positif est offert en raison notamment de l'augmentation des ressources allouées à la justice¹ et du nombre d'initiatives récentes prises par les autorités en vue d'améliorer l'indépendance, la qualité et l'efficacité du système de justice français ainsi que l'introduction de nouveaux projets de loi visant à renforcer la confiance dans le système de justice. Les rapports de 2020 et 2021 notent cependant un certain nombre de problèmes persistants au niveau par exemple du fonctionnement de la justice civile et commerciale ainsi que l'absence de progrès en ce qui concerne le renforcement des compétences du Conseil supérieur de la magistrature.

Lutte contre la corruption : En ce qui concerne le cadre destiné à prévenir et à combattre la corruption dans les secteurs publics et privés, la Commission a souligné l'existence d'un cadre institutionnel et législatif adéquat ainsi que la mise en place de nouvelles institutions spécialisées telle que la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) créée en 2013 et l'Agence française anti-corruption (AFA) établie en 2016, ainsi que l'extension du mandat de la HATVP en particulier par la loi Sapin II de 2016. Les bons résultats du Parquet national financier (PNF) dans le domaine des affaires de grande délinquance économique et financière sont également mentionnés. Pour la Commission, qui se réfère entre autres aux analyses du GRECO, il importe cependant d'allouer des ressources humaines suffisantes au PNF ainsi qu'à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP). La Commission a par ailleurs noté l'absence d'un soutien financier et juridique approprié pour les lanceurs d'alerte.

Pluralisme et liberté des médias : En ce qui

concerne le cadre juridique et institutionnel en relation avec le pluralisme et la liberté des médias, la situation en France fait également l'objet d'une évaluation très largement positive, la Commission évoquant par exemple « un cadre juridique généralement solide »². En particulier, la Commission souligne l'indépendance de l'autorité de régulation des médias audiovisuels (le CSA), l'accessibilité des informations relatives à la propriété des médias, les règles qui entourent l'attribution de la publicité d'État ainsi que les garanties relatives aux fonctionnaires et aux membres du CSA qui concurrencent à une faible influence politique sur les médias. Le principal « point noir » souligné par la Commission est relatif à la recrudescence des menaces (en ligne et hors ligne) et agressions à l'encontre des journalistes, notamment lors de protestations et manifestations.

Autres questions institutionnelles liées à l'équilibre des pouvoirs : En ce qui concerne le dernier pilier du rapport sur l'État de droit, l'évaluation de la Commission est là encore généralement très positive. L'impact du travail du Conseil d'État sur la qualité de la législation est par exemple salué et de manière plus générale, le processus d'adoption des lois notamment au niveau des analyses d'impact et des consultations des parties prenantes est vu comme adéquat. Le rapport de 2021 note toutefois la nette augmentation du recours aux procédures accélérées alors que l'utilisation de la procédure accélérée est supposée être exceptionnelle. En matière de respect des droits fondamentaux, y compris pendant la période de pandémie de COVID-19, l'action des autorités indépendantes, en particulier le Défenseur des droits et la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) fait également l'objet d'une évaluation positive. Et si la Commission fait référence à des lois récentes (par exemple, la loi sur la sécurité globale) ayant suscité des préoccupations notamment en ce qui concerne de leurs effets potentiels sur la société civile, la Commission a souligné le rôle essentiel joué ici par le Conseil constitutionnel afin de garantir un contrôle effectif de constitutionnalité des lois. Les deux points les plus critiques soulevés par la Commission concernent en premier lieu un arrêt du Conseil d'État sur la conversation

1. La justice française continue toutefois d'être largement sous dotée ce qui explique les manifestations récentes réclamant plus de moyens : J.-B. Jacquin, « Les carences de la justice française mesurés par le Conseil de l'Europe », Le Monde, 22 novembre 2021 ; L'appel de 3 000 magistrats et d'une centaine de greffiers : « Nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et chronomètre tout », Le Monde, 23 novembre 2021 ; J.-B. Jacquin, « La manifestation des magistrats impose la question des moyens pour l'avenir de la justice », Le Monde, 15 décembre 2021.

2. Rapport 2021 sur l'état de droit, Chapitre consacré à la situation de l'état de droit en France, SWD(2021) 712 final, 20 juillet 2021, p. 1.

des données¹. Pour la Commission, cet arrêt « suscite des inquiétudes pour ce qui est de son interaction avec l'ordre juridique de l'Union européenne »². En second lieu, la Commission a souligné que la France demeure un pays « dans lequel l'espace dévolu à la société civile » s'est « rétréci »³.

3.2 MISE EN PERSPECTIVE PAR RAPPORT À LA SITUATION EN HONGRIE ET EN POLOGNE

Le rapport annuel sur l'État de droit de la Commission, pour utile qu'il soit, souffre d'un certain nombre de faiblesses. Par exemple, aucune recommandation concrète n'est offerte et un langage particulièrement euphémistique est utilisé même en présence de violations manifestes et/ou répétées du droit de l'UE. Le plus problématique aspect reste cependant la minimisation de la réalité autocratique dans des pays comme la Hongrie et la Pologne notamment en raison de l'absence de distinction faite entre problèmes majeurs/systemiques et mineurs/ponctuels ; l'absence totale d'analyse de l'évolution des États membres au cours d'une période suffisamment longue qui permettrait de plus aisément identifier tout processus de « régression » ainsi que l'absence totale de distinction entre pays qui connaissent un processus systémique d'autocratisation délibérément organisé par les autorités publiques du pays en question et les pays qui connaissent des problèmes sérieux mais ponctuels ou encore des développements qui posent problèmes dans un secteur particulier sans toutefois traduire une politique globale qui vise à démanteler l'État de droit de manière générale.

Un lecteur non avisé, à la seule lecture du rapport transversal et des chapitres consacrés à la situation dans chacun des États membres de l'UE, pourrait ainsi ne pas se rendre compte que la Hongrie n'est plus considérée comme une démocratie, mais comme le premier régime autoritaire de l'UE depuis 2019 et que la Pologne, notamment en raison de ses attaques répétées visant l'indépendance

des tribunaux et juges polonais, est le pays qui a connu le processus d'autocratisation le plus intense dans le monde au cours de la dernière décennie.⁴

De manière particulièrement curieuse, de nombreux indices et classements sont cités dans les deux éditions du rapport annuel, mais pas les indices et classements relatifs à l'État de droit. Ainsi, il n'est nullement mentionné que la Hongrie est le pire État membre de l'UE en matière de respect pour l'État de droit et un de ceux (avec notamment la Pologne) qui ont connu une détérioration sévère et continue en matière d'encadrement et de contrôle du pouvoir exécutif selon une multitude d'indices tels que celui publié par le World Justice Project :⁵

1. CE, 21 avril 2021, French Data Network et autres, Nos 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718, rendu à la suite du jugement de la Cour de Justice de l'UE du 6 octobre 2020 dans l'affaire C-511/18, La Quadrature du Net e.a.

2. Rapport 2021 sur l'état de droit, Chapitre consacré à la situation de l'état de droit en France, SWD(2021) 712 final, 20 juillet 2021, p. 17.

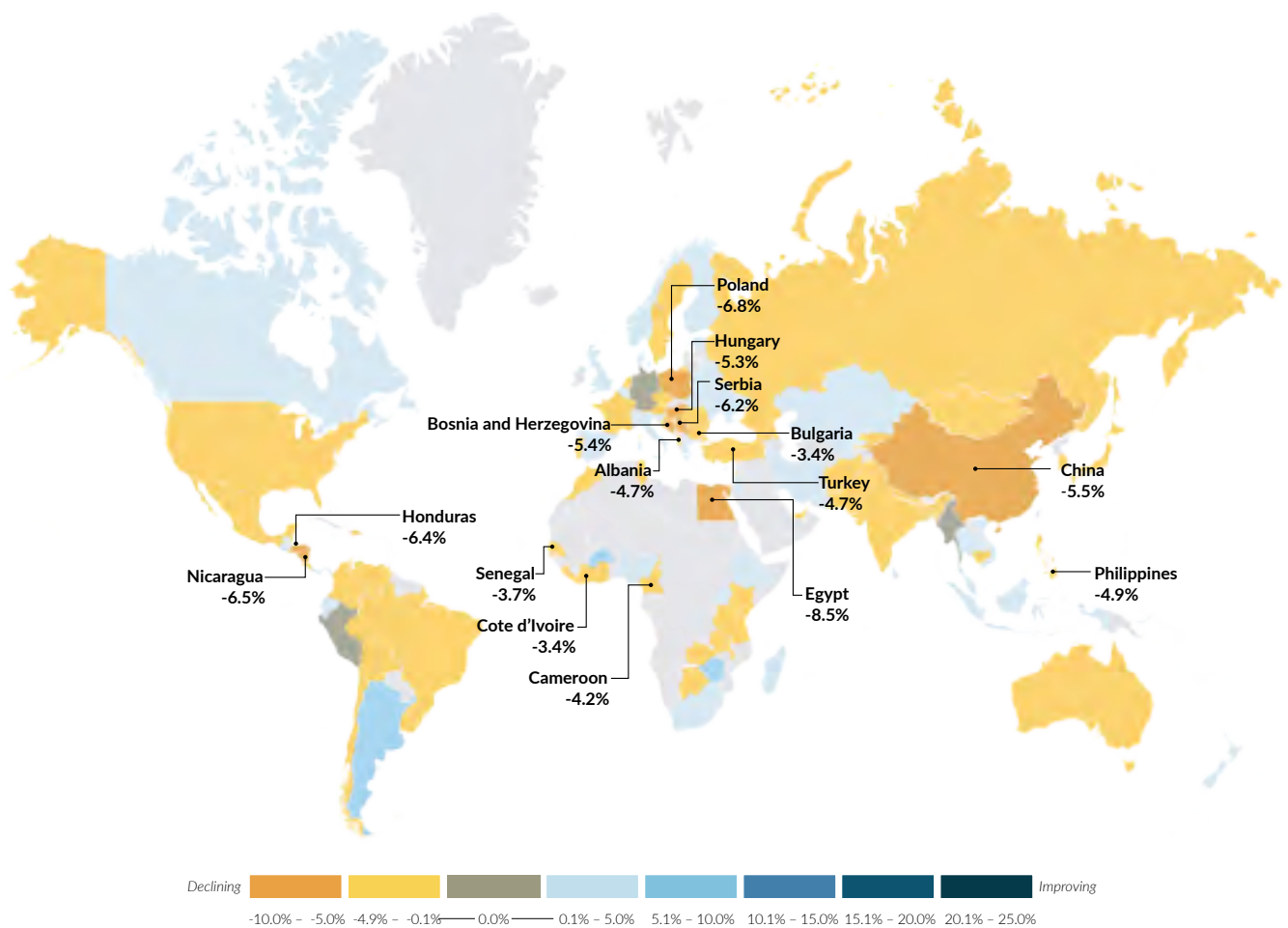
3. Ibid., p. 18.

4. V-DEM, Autocratization Turns Viral. Democracy Report 2021, p. 19.

5. World Justice Project Rule of Law Index, 2020 Insights, p. 20 et 2021 Insights, p. 14.

Pays dans lesquels l'encadrement et le contrôle du pouvoir exécutif s'est sévèrement détérioré ces 5 dernières années

Source: World Justice Project Rule of Law Index, 2020 Insights, p. 20



À mettre dans le même sac problèmes systémiques et problèmes sérieux (voire mineurs) mais ponctuels ou encore spécifiques à un domaine particulier, en n'offrant aucune analyse qui se focalise sur la direction prise par le pays en question à court, moyen et long terme, en traitant de la même manière un État membre comme la Hongrie sous Orbán, qui n'est plus une démocratie, et la Pologne sous Kaczyński, qui est sur le point de ne plus l'être, et d'autres pays qui demeurent des démocraties libérales, le rapport annuel aboutit à minimiser les problèmes les plus sérieux et obscurcir les développements les plus dangereux, le tout paradoxalement au nom de répondre à l'accusation souvent proférée par Orbán et Kaczyński que l'UE ferait preuve d'un « double standard ».

Pour le dire autrement, si un certain nombre de problèmes sérieux et de développements pro-

blématiques peuvent être décelés en France, la situation n'est en aucun point, du moins pour le moment, comparable avec la situation en Hongrie et Pologne et aucun processus délibéré de recul ou régression systémique en matière de démocratie, droits fondamentaux et État de droit n'est en cours. Afin de rapidement démontrer ce point, nous avons reproduit ci-dessous l'évolution de l'indice « démocratie libérale » produit par l'Institut V-DEM¹ pour la période 2004-2021² et l'indice relatif à la « qualité de la démocratie » produit par le projet *Sustainable Governance Indicators* (SGI) de Bertelsmann Stiftung³ :

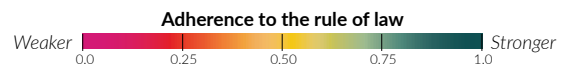
1. V-DEM, variable graph : <https://www.v-dem.net/en/analysis/VariableGraph>.

2. 2004 a été choisi comme point de départ car c'est l'année où la Pologne et la Hongrie ont rejoint l'UE.

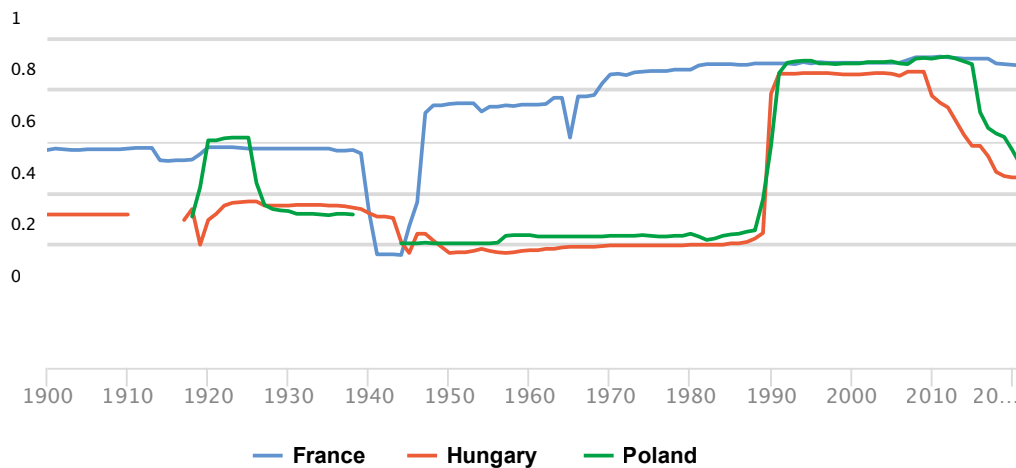
3. SGI, Are democratic institutions and practices robust ? https://www.sgi-network.org/2020/Robust_Democracy/Quality_of_Democracy

Mesure de l'adhésion à l'État de droit des États membres de l'UE, de l'Association européenne de libre-échange et des pays d'Amérique du Nord
 Source: World Justice Project Rule of Law Index, 2021 Insights, p. 13

Country/Jurisdiction	Regional Rank	Overall Score*	Change in Overall Score*	% Change in Overall Score*	Global Rank	Change in Global Rank†							
Denmark	1/31	0.90	0.00	0.0%	1	0	France	17/31	0.72	-0.01	-0.9%	23	0
Norway	2/31	0.90	0.00	0.5%	2	0	Latvia	18/31	0.71	-	-	24	-
Finland	3/31	0.88	0.00	0.4%	3	0	Portugal	19/31	0.70	0.00	-0.6%	26	1 ▲
Sweden	4/31	0.86	0.00	0.0%	4	0	United States	20/31	0.69	-0.02	-2.9%	27	2 ▼
Germany	5/31	0.84	0.00	0.4%	5	1 ▲	Cyprus	21/31	0.68	-	-	28	-
Netherlands	6/31	0.83	0.00	-0.5%	6	1 ▼	Slovenia	22/31	0.68	0.00	-0.4%	29	0
Luxembourg	7/31	0.83	-	-	8	-	Malta	23/31	0.68	-	-	30	-
Austria	8/31	0.81	0.00	-0.6%	9	0	Slovak Republic	24/31	0.66	-	-	33	-
Ireland	9/31	0.81	-	-	10	-	Italy	25/31	0.66	0.00	0.2%	34	0
Estonia	10/31	0.81	0.00	-0.1%	11	1 ▲	Poland	26/31	0.64	-0.02	-2.4%	36	1 ▼
Canada	11/31	0.80	-0.01	-1.0%	12	1 ▼	Romania	27/31	0.63	-0.01	-0.8%	41	2 ▼
Belgium	12/31	0.79	0.00	0.6%	14	2 ▲	Croatia	28/31	0.61	-0.01	-1.0%	46	0
United Kingdom	13/31	0.79	0.00	-0.4%	16	1 ▼	Greece	29/31	0.61	0.00	-0.5%	48	1 ▼
Lithuania	14/31	0.75	-	-	18	-	Bulgaria	30/31	0.54	-0.01	-1.0%	62	2 ▼
Spain	15/31	0.73	0.00	0.1%	21	1 ▲	Hungary	31/31	0.52	-0.01	-1.4%	69	2 ▼
Czech Republic	16/31	0.73	0.00	-0.4%	22	1 ▼							



Liberal Democracy Index
 Codebook Category
 Highcharts.com | V-Dem data version 12



Quality of Democracy
SGI 2020, Quality of Democracy
© Bertelsmann Stiftung 2020

Rank			Electoral Processes	Access to Information	Civil Rights and Political Liberties	Rule of Law
1	Sweden	9.3	FIN	FIN	FIN	DNK
2	Finland	9.1	SWE	EST	NOR	NZL
3	Norway	9.0	DEU	NOR	SWE	NOR
4	Denmark	8.9	CAN	SWE	EST	SWE
5	Germany	8.7	EST	CHE	IRL	DEU
	Switzerland	8.7	LTU	DNK	DNK	CHE
7	Estonia	8.6	SVK	DEU	DEU	AUT
8	New Zealand	8.3	AUS	IRL	NZL	FIN
9	Ireland	8.2	DNK	LTU	CHE	AUS
10	Lithuania	8.1	SVN	LVA	CAN	BEL
11	Canada	8.0	CHE	GBR	LUX	LVA
12	Latvia	7.9	FRA	CAN	LVA	LUX
13	Luxembourg	7.6	IRL	CZE	LTU	CAN
	Portugal	7.6	NZL	ESP	PRT	LTU
15	Austria	7.4	LVA	BEL	FRA	PRT
16	Belgium	7.3	LUX	ITA	GRC	CHL
	Czechia	7.3	NOR	NLD	SVN	EST
	Slovenia	7.3	ITA	NZL	USA	IRL
	Spain	7.3	PRT	PRT	AUT	KOR
	UK	7.3	BEL	USA	CZE	ESP
21	Australia	7.2	CZE	AUT	ISL	GBR
	France	7.2	GRC	CHL	NLD	CZE
23	Netherlands	7.1	AUT	ISR	ESP	ISR
24	Greece	7.0	ISL	KOR	GBR	ITA
	USA	7.0	NLD	FRA	AUS	SVN
26	Italy	6.9	ESP	GRC	CYP	FRA
27	South Korea	6.8	ISR	ISL	BEL	GRC
28	Chile	6.5	KOR	LUX	JPN	NLD
	Iceland	6.5	GBR	SVN	MLT	USA
	Slovakia	6.5	HRV	AUS	SVK	CYP
31	Israel	6.4	JPN	SVK	KOR	MLT
32	Cyprus	6.0	USA	HRV	BGR	SVK
33	Malta	5.8	BGR	CYP	CHL	HRV
34	Croatia	5.7	POL	MLT	ITA	ISL
	Japan	5.7	MEX	MEX	HRV	MEX
36	Bulgaria	5.5	CHL	BGR	ROU	BGR
37	Mexico	5.1	MLT	JPN	ISR	JPN
38	Romania	4.9	CYP	POL	POL	ROU
39	Poland	4.8	ROU	ROU	HUN	POL
40	Hungary	3.4	HUN	HUN	MEX	HUN
41	Turkey	2.9	TUR	TUR	TUR	TUR

Electoral
Processes Access to
Information Civil Rights and
Political Liberties Rule
of Law

PARTIE II

**ÉTUDE DU CAS
FRANÇAIS – FORCES
ET FAIBLESSES**





4. LA SÉPARATION ENTRE L'EXÉCUTIF ET LE LÉGISLATIF

Sébastien Platon,

Professeur de droit public, Université de Bordeaux

Marie Padilla,

Docteure en droit public, Université de Bordeaux

Il convient de souligner que l'hypothèse d'un gouvernement autoritaire au pouvoir suppose que tant le Président de la République que la majorité à l'Assemblée Nationale appartiennent au même parti. La France a connu plusieurs périodes de cohabitation durant lesquelles le Président de la République et la majorité à l'Assemblée Nationale (et le gouvernement responsable devant l'Assemblée Nationale) n'appartiennent pas à la même majorité. Depuis 2002 et la réduction du mandat présidentiel du septennat au quinquennat, le mandat présidentiel coïncide avec celui de l'Assemblée Nationale et les élections présidentielles ont lieu avant les élections législatives. Depuis, les élections législatives avaient toujours confirmé les résultats des élections présidentielles et donné au parti du Président de la République une majorité à l'Assemblée Nationale. Ce phénomène a parfois été décrit comme la « lune de miel parlementaire »¹, faisant

des élections législatives la simple extension de l'élection présidentielle. Les élections législatives de 2022 remettent en cause ce schéma, puisque le parti présidentiel n'y a obtenu qu'une majorité relative. Toutefois, dans le cadre de ce rapport, nous partirons de l'hypothèse dans laquelle un Président de la République autoritaire dispose d'une majorité absolue à l'Assemblée nationale.

Bien sûr, il y aurait toujours la possibilité pour l'opposition d'être entendue au Parlement, spécialement au regard des droits reconnus à l'opposition dans diverses révisions de la Constitution, notamment en 1974 et 2008, aussi longtemps que le Parlement existe et reste investi de ses pouvoirs. Néanmoins, il faut prendre en considération la spécificité du régime français et plus spécifiquement l'importance qu'il accorde à l'exécutif et au Président de la République plus particulièrement. La Constitution de 1958 a été conçue en réaction à l'IVe République (1946-1958) qui était caractérisée par un Parlement tout puissant et extrêmement divisé et un gouver-

1. É. Dupoirier and N. Sauger, 'Four Rounds in a Row: The Impact of Presidential Election Outcomes on Legislative Elections in France' [2010] 8(1) French Politics 21.

nement faible et instable. Par contraste, la V^e République est caractérisée par un équilibre en faveur de l'exécutif et plus précisément le Président de la République à qui la Constitution donne divers pouvoirs qui pourraient être utilisés par un gouvernement autoritaire afin de mettre le Parlement de côté, voire le contourner, afin d'entreprendre un processus de régression démocratique et de démantèlement de l'État de droit similaire à ce qui a été entrepris en Hongrie puis en Pologne.

Ce renforcement de l'Exécutif est rendu visible par sa capacité à adopter des ordonnances (4.1), à convoquer un référendum (4.2) et à déclencher l'article 16 en cas de menace imminente (4.3).

4.1. LE RECOURS AUX ORDONNANCES DE L'ARTICLE 38

Le moyen le plus simple de réduire le dialogue parlementaire à son minimum est d'avoir recours à l'article 38 de la Constitution. Cet article prévoit que le gouvernement doit demander au Parlement une autorisation pour une période limitée afin d'adopter des ordonnances sur des matières d'ordinaire réservées au Parlement. Lorsqu'il demande cette autorisation, appelée « habilitation », le gouvernement doit préciser les raisons pour les mesures qu'il souhaite adopter ainsi que le domaine concerné. Il n'a pas, cependant, à informer le Parlement du contenu des mesures qu'il souhaite prendre. Ces ordonnances sont adoptées en « Conseil des ministres », ce qui signifie qu'elles sont signées par le Président de la République. Elles doivent ensuite être ratifiées, en termes explicites, par le Parlement. À partir de ce moment, elles ont la même valeur légale qu'une loi adoptée par le Parlement, et ne peuvent dès lors plus être soumises à un contrôle devant les cours administratives, mais seulement à un contrôle de constitutionnalité. Même si le Parlement est impliqué *ex ante* et *ex post*, cette forme de délégation législative est une atteinte sévère à la séparation des pouvoirs et limite drastiquement la possibilité d'un débat parlementaire.

4.2. LES RÉFÉRENDUMS

Si un Président « populiste » souhaite contourner complètement le Parlement afin de mettre en place un régime hybride/autoritaire, il ou elle peut

décider de recourir à l'article 11 de la Constitution française. Conformément à cet article, le Président de la République peut soumettre à référendum n'importe quel projet de loi relatif à « l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ». Les seules conditions devant être respectées pour l'organisation d'un tel référendum sont d'être soit sur proposition du Gouvernement pendant une session parlementaire, soit sur proposition conjointe des deux assemblées. Lorsque le référendum est à l'initiative du Gouvernement, ce dernier doit faire une déclaration devant chacune des chambres du Parlement, suivi d'un débat, mais aucun vote des membres du Parlement n'est requis.

L'importance de cette prérogative, et le danger qu'elle représente pour le constitutionnalisme ne seront jamais assez soulignés. Premièrement, parce que le Conseil Constitutionnel considère qu'il n'est pas compétent pour contrôler la constitutionnalité de lois adoptées par référendums, affirmant qu'« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »¹. Deuxièmement, l'article 11 a déjà été utilisé au moins une fois pour réviser la constitution, en 1962, afin d'inclure dans la Constitution l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. L'avantage (pour l'exécutif) du recours à l'article 11, par rapport à la procédure normale de révision de la constitution, l'article 89 – qui autorise aussi l'usage du référendum pour réviser la constitution – est que l'article 11, contrairement à l'article 89, ne nécessite pas que le projet de révision soit adopté en termes identiques par les deux assemblées avant d'être soumis au référendum. Ce précédent ne signifie toutefois

1. CC, 62-20 DC, 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.

pas que cette manœuvre soit légale. Pour autant, lors des élections présidentielles de 2022, Marine Le Pen avait proposé d'utiliser elle aussi l'article 11 afin de modifier la Constitution, en vue de lever les obstacles constitutionnels à son programme xénophobe et discriminatoire.

Il est à noter que le Conseil constitutionnel a compétence pour contrôler certains actes préparatoires au referendum en amont de celui-ci¹. Il est donc envisageable que, à l'occasion du contrôle du décret décidant de soumettre un projet de loi à referendum, le Conseil constitutionnel puisse contrôler la compatibilité dudit projet de loi avec la Constitution. Les précédents en la matière ne sont toutefois pas d'une grande clarté², et en tout état de cause le Conseil constitutionnel n'a jamais annulé un acte préparatoire à un referendum motif pris de l'inconstitutionnalité du projet de loi soumis à referendum.

4.3. L'ARTICLE 16 DE LA CONSTITUTION FRANÇAISE

L'article 16 de la Constitution française découle de la conception du Chef de l'État exprimée par Charles de Gaulle dès 1946 – 12 ans avant qu'il ne se voie confier la tâche d'écrire une nouvelle constitution pour la République française – dans un discours donné dans la ville médiévale de Bayeux, en Normandie : « à lui [le Président], s'il devait arriver que la patrie fût en péril, le devoir d'être garant de l'indépendance nationale et des traités conclus par la France ». De Gaulle, lui-même, est le seul Président français à avoir jamais utilisé l'article 16, à la suite du putsch d'Alger au printemps 1961. Bien que le putsch ait échoué dans la nuit du 25 au 26 avril, la mise en application de l'article 16 a néanmoins été maintenue jusqu'au 29 septembre 1961.

Conformément à l'article 16, lorsque « les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu », le Président de la République « prend les mesures exigées par ces circonstances », incluant

les mesures dans les domaines d'ordinaire réservés au Parlement. Il n'y a pas de limitation matérielle à ce pouvoir si ce n'est l'exigence que les mesures en question « doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission », ce qui est extrêmement vague. La seule exigence procédurale est que le Conseil Constitutionnel soit consulté, mais son opinion n'a pas à être publiée. De même, il convient de souligner qu'il existe un débat pour savoir si le Président pourrait réviser la Constitution sur le fondement de l'article 16, ou du moins proposer une révision de la constitution directement à référendum sans intégrer le Parlement à la procédure³.

La question de savoir si ces mesures peuvent être soumise à un contrôle de constitutionnalité n'est pas claire. Ce qui est clair en revanche est que les mesures prises dans les domaines normalement réservés au Parlement ne peuvent faire l'objet de recours devant les cours administratives puisqu'elles sont considérées non pas comme des décisions administratives, mais comme des lois⁴.

Il est de plus douteux qu'elles puissent être soumises à un contrôle de constitutionnalité *a priori*, ce contrôle ayant normalement lieu après que la loi ne soit adoptée par le Parlement mais avant la promulgation de cette dernière par le Président – un délai qui n'existe pas dans le cadre de l'article 16.

Néanmoins ces mesures semblent pouvoir être soumises à deux formes de contrôle *a posteriori*.

Premièrement, il pourrait être allégué que ces mesures sont soumises au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (via QPC) puisque l'article 61-1 se réfère seulement aux « dispositions législatives » qui « portent atteintes aux droits et libertés garantis par la Constitution ». Or, le concept vague de « disposition législative » pourrait inclure les mesures législatives prises sur la base de l'article 16. Cela n'est néanmoins pas certain. Un ancien Vice-Président du Conseil d'État s'est, par exemple, prononcé contre cette possibilité⁵.

1. CC, 2000-21 REF, 25 juillet 2000, Hauchemaille.

2. Voir, à propos du referendum relatif au projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe : CC, 2005-31 REF, 24 mars 2005, Hauchemaille et Meyet et CC, 2005-37 REF, 25 mai 2005, Hauchemaille et Le Mailloux.

3. Pour une réponse positive, V. not. M. Voisset, L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, LGDJ, 1969. Pour une réponse négative, V. not. J. Lamarque, La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958, LGDJ, 1961, pp. 558 s. et en particulier pp. 617-618.

4. CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, no 55049.

5. R Denoix de Saint Marc, « Avant-propos », in F. Lamy et R. Denoix de Saint Marc, État d'Urgence, Economica, 2018.

Deuxièmement, les cours ordinaires sont compétentes pour contrôler la conventionnalité des lois¹. La base légale de cette compétence se trouve dans l'article 55 de la Constitution, selon lequel « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Le terme « lois » est suffisamment large pour ne pas être entendu organiquement (les lois du *Parlement*), mais substantiellement (les dispositions adoptées dans le domaine ordinaire de la loi). Cependant, en l'absence de précédent, une telle possibilité n'est pas certaine. De plus, il convient de garder à l'esprit que, lorsque le Président de la République enclenche l'article 16, la France peut aussi *de jure* activer la clause dérogatoire à la Convention EDH (article 15), conformément à la réserve formulée à la France lors de la ratification de la Convention en 1974. En effet, conformément à l'article 15 (1) de la CEDH « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Selon la réserve formulée par la France sur l'application de ce paragraphe, les conditions prévues dans les différents régimes de crise, en particulier l'article 16 de la Constitution et l'état d'urgence « doivent être compris comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la CEDH ». Concernant plus spécifiquement l'article 16, la même réserve prévoit que « pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République, les termes « dans la stricte mesure où la situation l'exige » ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre les mesures exigées par les circonstances ». En d'autres termes, déclarer l'état d'urgence ou activer l'article 16 de la Constitution française autorise le gouvernement français à actionner l'article 15 de la CEDH et, partant, à déroger à la plupart de ses obligations conventionnelles.

Les conditions matérielles d'activation de l'article 16 sont plutôt vagues, laissant beaucoup de marge d'appréciation au Président. Les contraintes procédurales sont aussi très faibles. Avant d'enclencher l'article 16, le Président doit consulter le Premier ministre, les Présidents des deux Chambres du Parlement et le Conseil Constitutionnel. Conformément à l'article 53 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, l'opinion du Conseil Constitutionnel doit être « motivée et publiée » et vise à déterminer si les conditions exigées par l'article 16 sont réunies. Néanmoins, le Président n'est pas lié par ces avis. La décision de recourir à l'article 16, étant considérée comme un « acte de Gouvernement » conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, ne peut être soumise à un contrôle juridictionnel². Au final, le Président est l'arbitre définitif de la réunion des conditions exigées par l'article 16 pour sa mise en application.

Jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, aucune autorité à l'exception du Président ne pouvait mettre fin au régime de l'article 16. Depuis cette date, le Conseil Constitutionnel se voit impliqué, mais avec des limitations importantes. Tout d'abord, c'est seulement après trente jours (une éternité !) d'application des pouvoirs de crise que le Conseil Constitutionnel peut être saisi afin de décider si les conditions requises pour l'application de l'article 16 sont toujours réunies. Dans tous les cas, le Conseil Constitutionnel procède de plein droit à cet examen après un délai de soixante jours d'exercice des pouvoirs de crise ou à n'importe quel moment après cette période. La seconde limite concerne le droit de saisir le Conseil Constitutionnel. Seuls les présidents de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat, soixante membres de l'Assemblée Nationale ou soixante sénateurs peuvent saisir le Conseil Constitutionnel après trente jours. Ces procédures sont hors d'accès des citoyens.

Le Parlement est, d'une certaine manière, protégé par l'article 16, ce dernier siégeant pour toute la durée d'application de l'article 16, par dérogation aux sessions ordinaires³. De plus, l'Assemblée nationale ne peut être dissoute tant que les pouvoirs de crises sont en application⁴. Néanmoins, le Parle-

1. Cass., ch. mixte, 24 May 1975, Société des cafés Jacques Vabre, Bull. ch. mixte, n° 4 ; CE Ass., 20 Octobre 1989, Nicolo, n° 108243.

2. CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, précité.

3. Art. 16 al. 4.

4. Art. 16 al. 5.

ment a principalement un rôle d'observateur passif puisqu'il ne peut ni arrêter le recours à l'article 16 ni renverser le Président. Le seul pouvoir dont il dispose est l'adoption d'une motion de censure à l'égard du Gouvernement, mais cela n'affecte pas directement le Président.

L'article 16 constitue donc un véritable danger, une sorte de « constitution bis » au sein de la constitution nationale qui pourrait permettre, sous réserve du respect d'un faible nombre de conditions peu contraignantes, l'émergence d'une sorte de dictature constitutionnelle en France. On notera à ce propos que sous le couvert de répondre à la crise sanitaire provoqué par le coronavirus, le gouvernement hongrois a instauré un « état de danger » qui « donne des pouvoirs étendus au gouvernement »¹.

ATTEINTES À L'ÉTAT DE DROIT PENDANT LA CRISE SANITAIRE²

« La quasi-totalité des États membres de l'Union européenne ont été amenés à prendre des mesures d'urgence pour faire face aux conséquences de la crise sanitaire provoquée par la pandémie de covid-19 [...] Ces mesures ont pu conduire à des atteintes, nouvelles ou amplifiées, à l'État de droit. [...]

Le cas le plus emblématique est sans doute celui de la Hongrie où, le 31 mars 2020, était entrée en vigueur la loi d'habilitation qui, compte tenu de la proclamation de l'« état de danger » prévu à l'article 54 de la Constitution, permet au gouvernement de légiférer par décret, et sans limitation dans le temps de cette législation d'exception. L'état de danger a été levé le 20 juin suivant, mais une nouvelle notion a été introduite dans la législation hongroise : l'état d'urgence sanitaire, que le gouvernement pourrait instaurer pour six mois maximum sans avoir à recourir à l'état de danger et en dehors de tout contrôle parlementaire. »

1. Commission européenne, Rapport 2021 sur l'état de droit. La situation de l'état de droit dans l'Union européenne, COM(2021) 700 final, p. 29.

2. Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'État de droit dans l'Union européenne par MM. Philippe Bonnecarrère et Jean-Yves Leconte, No. 457, 18 mars 2021, pp. 53-54.



5. L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE

Sébastien Platon,

Professeur de droit public, Université de Bordeaux

Marie Padilla,

Docteure en droit public, Université de Bordeaux

En France, deux ordres juridictionnels coexistent : l'ordre judiciaire (5.1) et l'ordre administratif (5.2) qui seront tous deux considérés dans les développements qui suivent. Cette analyse sera suivie par une étude dédiée à la cour constitutionnelle française, le Conseil Constitutionnel (5.3).

5.1. L'ORDRE JUDICIAIRE

La Cour de Cassation est la cour suprême de l'ordre dit « judiciaire », qui regroupe toutes les juridictions civiles et pénales. Les juges de la Cour de Cassation sont tous des « magistrats », un statut qui regroupe toutes les personnes appartenant au pouvoir judiciaire ordinaire et qui inclut non seulement les juges, mais aussi les procureurs de la République.

L'indépendance de l'Autorité judiciaire est garantie par l'article 64 de la Constitution française qui fait du Président de la République le « gardien » de cette indépendance. Le second gardien de l'indépendance judiciaire est le Conseil supérieur de la Magistrature (CSM) dont l'existence, la composition

et le fonctionnement sont prévus à l'article 65 de la Constitution française.

Le statut des magistrats est défini par une « loi organique », une catégorie de « super-loi » définie par l'article 46 de la Constitution française et qui requiert une procédure spéciale pour son adoption. Il découle en particulier de cette procédure que l'Assemblée Nationale ne peut avoir le dernier mot sur le Sénat qu'à la majorité de ses membres et non pas seulement à la majorité des votes exprimés comme c'est le cas pour la procédure législative ordinaire. De plus les lois organiques doivent obligatoirement être soumises à un contrôle de constitutionnalité avant leur promulgation. Conformément à ce statut, la majorité des magistrats nommés sont formés à l'École Nationale de la Magistrature, École dont l'entrée suppose la réussite à un concours national.

Les juges sont indépendants. L'une des garanties de cette indépendance réside dans leur inamovibilité. À l'exception de mesures disciplinaires, ils ne peuvent être écartés de leur fonction sans leur consentement et ce y compris pour une promo-

tion. La section du CSM compétente pour les juges est présidée par le Premier Président à la Cour de Cassation et comprend cinq juges, un procureur de la République, un membre du Conseil d'État nommé par ce dernier, un avocat nommé par le Conseil National des Barreaux et six citoyens ainsi que six « personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif », nommés par le Président de la République (2), le Président de l'Assemblée Nationale (2) et le Président du Sénat (2). Chaque nomination d'un juge doit être approuvée par cette section du CSM dont l'avis est obligatoire. Pour la nomination de juges aux fonctions les plus importantes, le Président de la République ne peut nommer que des juges dont le nom a été proposé par cette formation du CSM. Le CSM sert aussi de cour disciplinaire pour les juges.

Il y a peu de faiblesses dans ce système et dans les garanties qu'il offre. Néanmoins, trois en particulier sont liées au CSM.

Premièrement, la Constitution ne spécifie pas comment les juges et procureurs membres du CSM sont désignés. C'est la loi organique de 1994 sur le CSM qui prévoit que ces derniers sont élus par leurs pairs¹. Par conséquent, en théorie, ce principe d'élection par les pairs pourrait être modifié par une autre loi organique, sauf si le Conseil Constitutionnel décidait que cette élection par les pairs est une condition nécessaire pour garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire telle que prévue par la Constitution.

Deuxièmement, il convient de relever que les magistrats élus par leurs pairs ne représentent la majorité des membres dans aucune formation du CSM. Il est vrai néanmoins que les « personnalités qualifiées » désignées par d'autres institutions constitutionnelles ne disposent pas non plus de la majorité.

Troisièmement ; les membres du CSM sont élus pour 4 ans. La loi organique de 1994 sur le CSM prévoit que ce mandat « n'est pas renouvelable immédiatement ». Ce qui signifie que ce mandat est renouvelable, mais après avoir laissé s'écouler un ou plusieurs autres mandats. Cela pourrait affecter l'indépendance (ou au moins l'apparence d'indépendance) des « personnalités qualifiées » nommées par les autres institu-

tions constitutionnelles. Celles-ci risquent en effet de s'aligner sur la volonté de leurs autorités de nomination en vue de voir leur mandat renouvelé à l'avenir.

PRISE DE CONTRÔLE DU CONSEIL NATIONAL DE LA MAGISTRATURE : L'« EXEMPLE » POLONAIS²

« Un ensemble de quatre lois peut être identifié dans le cas polonais pour comprendre la globalité de la réforme judiciaire. Ont successivement été adoptées une loi sur l'École nationale de la magistrature et des procureurs en juin 2017, sur les cours ordinaires en août 2017, sur le Conseil national de la Justice en mars 2018 et sur la Cour suprême en avril 2018. [...]

[L]e Conseil supérieur de la magistrature (KRS) a lui aussi été modifié, du fait de nouvelles procédures de nomination. Celles-ci sont désormais entièrement contrôlées par la Diète, qui élit l'ensemble des 15 juges, auparavant désignés par leurs pairs. [...] Or la Constitution polonaise prévoit, dans son article 186, paragraphe 1, que c'est précisément le Conseil supérieur de la magistrature qui se porte garant de l'indépendance des cours, des tribunaux et des juges.

Le système polonais respectait jusque-là les normes internationales et européennes, telles qu'inscrites, par exemple, dans la recommandation de 2010 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, estimant notamment qu'« au moins la moitié des membres [des conseils de la justice] devraient être des juges choisis par leurs pairs issus de tous les niveaux du pouvoir judiciaire et dans le plein respect du pluralisme au sein du système judiciaire ». Or, la possibilité pour la Diète de renommer l'ensemble des juges se couple avec la fin anticipée des mandats des membres du Conseil avant la promulgation de la loi.

Enfin, la composition interne du KRS renforce la politisation de l'instance, puisqu'il est désormais divisé en deux assemblées : la première réunit une majorité de membres du Parlement et la seconde se compose de juges nommés par ce même Parlement. Dès lors, les juges qui sont membres du KRS se trouveront fortement empêchés d'agir dans leurs fonctions d'évaluation et de nomination des candidats aux postes de juges.

Pour reprendre les termes de Malgorzata Gersdorf, la Présidente de la Cour suprême polonaise, que vos rapporteurs ont rencontrée en Pologne, cette modification a changé radicalement le fonctionnement du Conseil national de la magistrature, dont les nouveaux membres ont été nommés de manière particulièrement opaque. La fin de l'indépendance du KRS a des conséquences globales et immédiates sur l'indépendance de l'ensemble de la magistrature polonaise. »

1. Loi organique no 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature.

2. Assemblée Nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le respect de l'État de droit au sein de l'Union européenne et présenté par Mme Coralie Dubost et M. Vincent Bru, Députés, 10 octobre 2018, pp. 34-35.

Dans l'ordre judiciaire, c'est en réalité surtout le ministère public qui est problématique. Celui-ci n'est en effet pas complètement indépendant du gouvernement. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé dans un arrêt du 29 mars 2010¹, suivi de deux autres dans le même sens en 2010² et en 2013³, que le procureur de la République n'est pas une autorité judiciaire au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion. Il lui manque en particulier l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif pour être ainsi qualifié.

La loi du 25 juillet 2013 a certes modifié l'article 30 du code de procédure pénale, de sorte que le ministre de la justice ne peut désormais plus adresser aucune instruction aux magistrats du parquet dans les affaires individuelles. Il ne s'agit cependant là que d'une disposition législative, sans valeur constitutionnelle, pouvant donc être modifiée par une autre loi. Par ailleurs, la loi précitée, tout en supprimant les instructions ministérielles dans les affaires individuelles, a donné une base légale à la communication au ministre d'informations sur le contenu de ces affaires.

Surtout, le ministère public reste sous l'autorité du garde des Sceaux pour le déroulement de la carrière de ses membres et pour son régime disciplinaire.

Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance statutaire, les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice. Hormis les instructions générales de politique pénale que peut donner le garde des Sceaux, cette autorité se concrétise dans le déroulement de la carrière et le régime disciplinaire des magistrats du ministère public.

En vertu des articles 65 de la Constitution et 28 de l'ordonnance statutaire, les magistrats du ministère public sont nommés par décret du Président de la République sur proposition du garde des Sceaux, ministre de la justice après avis simple de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature. Cette formation est présidée par le procureur général près la Cour de cassation

et composée de 5 magistrats du parquet élus par leurs pairs, 1 magistrat du siège élu par ses pairs, 1 conseiller d'État, 1 avocat et 6 personnalités extérieures désignées par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, chacun pour deux d'entre elles. Aussi, la carrière des magistrats du ministère public dépend du pouvoir exécutif qui dispose du pouvoir de proposition des nominations et qui n'est pas lié par l'avis du CSM, même si depuis 2012, les ministres de la justice successifs se sont engagés à suivre ces avis.

Par ailleurs, le ministère public ne bénéficie pas de la garantie de l'inamovibilité réservée par la Constitution aux magistrats du siège. C'est ainsi qu'aucune disposition, ni aucun principe général du droit n'interdit au Président de la République de muter d'office ces magistrats dans l'intérêt du service.

La décision en matière de discipline des magistrats du ministère public appartient au garde des Sceaux après avis simple du CSM, là encore à la différence des magistrats du siège qui ne peuvent être sanctionnés disciplinairement que par une décision de ce CSM. Le Conseil constitutionnel a considéré que ce régime assure une conciliation équilibrée entre le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, dont fait partie le ministère public, et les prérogatives que le gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution (« Le gouvernement détermine et conduit la politique la Nation »). Le Conseil juge également que ces dispositions ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs⁴.

1. Cour EDH, grande chambre, 29 mars 2010, Medvedyev et autres c. France.

2. Cour EDH, 23 novembre 2010, Moulin c. France.

3. Cour EDH, 27 juin 2013, Vassis et autres c. France.

4. CC 2017-680 QPC, 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet].

LA PRISE DE CONTRÔLE DU MINISTÈRE PUBLIC : L'« EXEMPLE » POLONAIS¹

« Le 24 décembre 2015, un groupe de membres individuels de la majorité au pouvoir a présenté un nouveau projet de loi sur le ministère public en Pologne. Cette loi étant présentée par des membres individuels et non pas par le gouvernement lui-même, un processus formel de consultation publique sur le projet de loi n'a pas été requis, ce qui est regrettable compte tenu de l'importance de cette loi et du sujet qu'elle aborde. Dans le cadre d'une procédure relativement accélérée, ne reflétant pas l'importance de son contenu, la loi a été adoptée par le Sejm en dernière lecture, le 28 janvier 2016, et par le Sénat, le 30 janvier 2016. Elle a été promulguée par le Président de la République le 12 février 2016 et est entrée en vigueur le 4 mars 2016.

À la suite du rétablissement de la démocratie en Pologne en 1989, le ministère public a perdu son indépendance de droit antérieure et a été subordonné au pouvoir exécutif, en particulier au ministre de la Justice. Selon nos informations, cette situation a amené les ministres successifs de la Justice à intervenir de manière répétée et pour des motifs inavoués dans certaines affaires pénales, en violation des normes européennes. La réforme majeure et attendue du ministère public en 2009 a changé cette situation et les fonctions de procureur général et de ministre de la Justice ont été clairement séparées. [...]

La nouvelle loi sur le ministère public annule donc totalement les amendements de 2009 et fusionne les fonctions de ministre de la Justice et de procureur général pour les confier à une seule personne, le ministre de la Justice. Le Commissaire aux droits de l'homme de la Pologne (Ombudsman) a contesté la nouvelle loi devant la Cour constitutionnelle. La légalité du comité de juges de la Cour constitutionnelle qui a examiné cette affaire a été cependant remise en question, car il comprenait des juges nommés illégalement et l'Ombudsman a donc décidé de retirer sa requête. [...]

Comme l'indique la Commission de Venise, conférer des pouvoirs étendus à un responsable politique qui occupe le poste de ministre de la Justice « crée un risque réel d'abus ». [...] le simple fait que le ministère public soit exposé à un risque d'abus politique contre lequel la loi ne prévoit pas de garanties, met en péril l'État de droit en Pologne et suscite de graves inquiétudes. Le ministère public, et le système judiciaire en général, doivent être non seulement indépendants et impartiaux, mais aussi être perçus comme tels.

En outre, la loi confère des pouvoirs considérables au procureur général, et par conséquent au ministre de la Justice, dans le cadre de la nomination et de la promotion des procureurs ainsi que des actions disciplinaires prises à leur encontre (y compris la révocation). Les procureurs sont nommés par le procureur général, sur proposition du procureur national (substitut du procureur général qui est également un représentant politique). Si le procureur général peut solliciter l'avis d'un conseil de procureurs, il n'est pas tenu de le respecter. Par ailleurs, il peut, « dans des cas particulièrement justifiés », nommer le candidat proposé par le procureur national sans passer par un concours. Après la première nomination, aucun concours n'est prévu et les promotions sont décidées par la hiérarchie. En ce qui concerne les procédures disciplinaires, le procureur général a notamment le droit d'inspecter les activités des juridictions disciplinaires (composées des procureurs subordonnés au procureur général), de réprover les transgressions constatées, d'exiger des explications ainsi que la réparation des effets des transgressions.

La combinaison de ces pouvoirs confère au procureur un contrôle total sur les carrières des procureurs individuels et du service public en tant que tel. [...] La concentration de tous ces pouvoirs (excessifs) entre les mains du ministre de la Justice expose le système aux abus, compromet l'indépendance de la justice et va à l'encontre du principe de respect de l'État de droit. »

1. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Le fonctionnement des institutions démocratiques en Pologne, Rapport, Doc. 15025, 6 janvier 2020, paras 45-58.

5.2. L'ORDRE ADMINISTRATIF

L'une des spécificités du système juridictionnel français réside dans l'existence d'un ordre dit « administratif », séparé et autonome de l'ordre « judiciaire », et composé de cours administratives, compétentes pour les contentieux relevant du droit administratif. Dans cet ordre, le statut des membres de la cour suprême, le Conseil d'État, diffère légèrement, mais de manière significative, du statut des membres des cours administratives de première instance (appelées « tribunaux administratifs ») et d'appel (appelées « cours administratives d'appel »). Notamment, et alors qu'un nombre grandissant de juges dans les cours administratives de première instance sont nommés après l'obtention d'un concours spécifique, les membres du Conseil d'État sont pour la plupart nommés après avoir été formés à l'École Nationale d'Administration (ENA), remplacée le 1^{er} janvier 2022 par l'Institut national du service public. Le Gouvernement n'a pas de pouvoir en la matière. Toute personne qui finit sa formation dans cette école prestigieuse se voit offrir la possibilité de choisir entre différents postes de la haute fonction publique, parmi lesquels se trouvent des postes au sein du Conseil d'État. Le choix n'est soumis qu'au classement de sortie de l'École / l'Institut. Ce processus de recrutement n'est pas garanti par la Constitution et une nouvelle loi pourrait, en théorie, modifier la manière dont les membres du Conseil d'État sont recrutés. Cette nouvelle procédure devrait néanmoins être conforme au principe constitutionnel d'indépendance des cours administratives. En effet, l'indépendance du Conseil d'État est protégée constitutionnellement bien qu'aucune disposition constitutionnelle ne le consacre explicitement. En 1980, le Conseil Constitutionnel a établi que le principe d'indépendance des cours administratives résultait d'un principe constitutionnel non écrit¹. L'indépendance des membres du Conseil d'État est aussi prévue à l'article L131-2 du Code de Justice Administrative (ci-après CJA) et dans plusieurs dispositions (non obligatoires) de la Charte de Déontologie de la Justice Administrative².

1. CC 80-119 DC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs.

2. Le texte de la Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative est disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/organisation/deontologie-des-membres-de-la-juridiction-administrative>

Néanmoins, certaines faiblesses (relatives) dans le statut des membres du Conseil d'État pourraient, en théorie, être utilisées pour subvertir le système français de cours administratives.

Contrairement au CSM, le Conseil Supérieur des Tribunaux administratifs et des Cours Administratives d'Appel n'est compétent que pour les cours administratives inférieures et non pour le Conseil d'État. Le Conseil d'État gère ses propres membres en matière de promotions et d'affectations. Néanmoins, ce pouvoir d'autogestion résulte principalement de la tradition et pas de textes juridiques³.

À titre d'exemple, c'est la tradition qui garantit que le seul critère d'avancement est l'ancienneté, pour l'ensemble des échelons à l'exception des plus importants, c'est-à-dire le Vice-Président, les Présidents de section, les Présidents de Chambre et les Présidents de la section du contentieux. Toutefois, selon les textes applicables, les promotions sont décidées par le Président de la République, après consultation de la Commission Supérieure du Conseil d'État⁴, et les « mérites » individuels d'un membre peuvent, en théorie, influencer une promotion – ce qui évidemment affecterait l'indépendance des membres du Conseil d'État.

De même, les présidents de section sont nommés par le Président de la République, après avoir été proposés pour nomination par le Vice-Président après délibération avec les Présidents de section et après consultation de la Commission Supérieure du Conseil d'État. Il est de coutume pour le Président de choisir systématiquement le premier nom des trois soumis par le Vice-Président après délibération avec les Présidents de section. Mais, encore une fois, cette pratique résulte de la tradition et non du droit.

Le président du Conseil d'État, appelé de manière trompeuse « Vice-Président » pour des raisons historiques, est nommé par le Président de la République parmi les Présidents de Section ou les

3. V. not. B. Ribadeau Dumas, « Les carrières dans et hors le Conseil d'État », *Pouvoirs* 2007/4 n° 123, p. 73. La question de savoir si une tradition républicaine de longue date est plus difficile ou plus facile à briser que le droit écrit est ouverte, mais elle concerne probablement davantage les politologues ou les sociologues que les juristes. Les développements suivants doivent beaucoup à : S. Slama, « L'étrange défaite des libertés. A droit constant, une dérive autoritaire est-elle possible ? » in K. Abderemane, C. Madelaine et G. Kurt (dir.), *La formation des régimes autoritaires : analyse comparée de récents développements européens*, LGDJ, à paraître.

4. Art. L132-1 du code de justice administrative.

Conseillers d'État. C'est dans cette procédure que l'Exécutif jouit de la plus grande discrétion puisqu'il n'y a pas de règles juridiques ni même de tradition qui encadrent le choix du Chef de l'État.

De plus, il convient de relever que les membres du Conseil d'État occupant les plus hautes fonctions au sein de l'institution ne disposent ni d'un mandat à vie ni d'un mandat fixe. Légalement, le Président de la République peut nommer de nouveaux Présidents pour les différentes sections du Conseil et même un nouveau Vice-Président à tout moment¹.

Toutes ces faiblesses (relatives) dans le statut des membres du Conseil d'État sont combinées à l'existence d'une autre procédure de nomination, appelée le « tour extérieur », par laquelle le Président de la République peut décider de nommer directement des personnes au Conseil d'État, en toute discrétion. Que cette procédure puisse être utilisée pour altérer l'indépendance du Conseil d'État est sujet à débat. D'un côté, cette procédure peut être utilisée pour nommer des membres qui seraient loyaux au parti au pouvoir. Cependant, elle ne peut être utilisée pour prendre le contrôle du Conseil d'État, car il ne peut à aucun moment y avoir une majorité de membres nommés par cette procédure. De plus, des conditions d'âge s'appliquent dans certains cas et le Vice-Président donne son avis en amont de ces nominations spéciales, bien qu'il n'y ait aucune obligation pour le Président de la République de suivre cet avis. Par conséquent, un Président pourrait légalement aller à l'encontre de l'avis du Vice-Président, bien que cela soit contraire à la tradition institutionnelle. Il est vrai que toute nomination au sein de l'administration (et y compris au Conseil d'État) au « tour extérieur » est soumise au contrôle du juge. Ce contrôle permet aux cours administratives de vérifier si la personne nommée répond aux exigences minimales de compétences, d'expérience et de formation nécessaires à occuper le poste. Ce contrôle est cependant limité au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation² et peut donc se révéler d'un intérêt limité afin d'éviter les nominations politiques, dès lors que la personne nommée ne manque pas de façon flagrante des qualités minimales pour devenir un membre du Conseil d'État.

De manière plus marginale (en termes de proportion), certaines personnes peuvent être nommées au Conseil d'État pour un temps limité en « service extraordinaire ».

Enfin, en matière disciplinaire, l'autorité compétente dépend de la gravité de la sanction. Les sanctions disciplinaires mineures prises contre les membres du Conseil d'État sont imposées par le Vice-Président du Conseil d'État qui, nous l'avons vu, est nommé par le Président, de façon discrétionnaire, parmi les Présidents de Section ou les Conseillers d'État. Les sanctions disciplinaires plus importantes sont prononcées par « l'autorité de nomination » (le Président de la République), mais seulement sur proposition de la Commission Supérieure du Conseil d'État. Cette Commission est présidée par le Vice-Président et composée des sept Présidents de Section, de huit membres du Conseil d'État élus pour trois ans par leurs pairs (quatre Conseillers d'État, 3 Maîtres des Requêtes et un Auditeur) et trois personnalités qualifiées qui n'exercent pas de mandat parlementaire et qui sont nommées, pour une période non renouvelable de trois ans, respectivement par le Président de la République, le Président de l'Assemblée Nationale et le Président du Sénat. Lorsque la Commission agit comme autorité disciplinaire, le Vice-Président et le Président de la Section du Contentieux ne siègent pas. Contrairement au CSM pour les magistrats, ni l'existence de cette Commission ni son rôle dans la procédure disciplinaire ne sont garantis constitutionnellement, mais seulement prévus par la loi³. Il pourrait être affirmé que la mise à l'écart de cette Commission ou l'attribution d'un plus grand pouvoir discrétionnaire aux autorités politiques dans la procédure disciplinaire violerait le principe d'indépendance des juridictions administratives, mais rien n'est certain. De plus, au regard de sa composition, on peut supposer que si le parti au pouvoir prenait possession des fonctions les plus hautes au sein du Conseil d'État, il contrôlerait également la Commission. Même en considérant que le Vice-Président et le Président de la Section du Contentieux ne siègent pas lorsque la Commission officie comme autorité disciplinaire, les six Présidents de Section et les trois « personnes qualifiées » surpassent toujours

1. S. Slama, « L'étrange défaite des libertés. À droit constant, une dérive autoritaire est-elle possible ? », op. cit.

2. CE, Ass., 16 décembre 1988, Bleton, n° 77713.

3. Art. L132-1 et L136-4 du code de justice administrative.

en nombre les huit membres élus par leurs pairs.

En conséquence, pour s'assurer un certain degré de contrôle politique sur le Conseil d'Etat, un gouvernement autoritaire pourrait nommer une personne qui lui est loyale au poste de Vice-Président et choisir de s'en tenir à la lettre des textes applicables en ignorant la pratique qui en corrige les risques pour l'indépendance des membres de la juridiction administrative suprême française.

5.3. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le Conseil Constitutionnel est la cour constitutionnelle française. Conformément à l'article 56 de la Constitution française, « le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat ». En pratique, chacune de ces autorités nomme un membre tous les trois ans. Les autorités de nomination sont donc toutes des autorités politiques, avec le risque de nominations politiques aggravé par l'absence de toute condition pour les personnes nommées de disposer d'une quelconque expérience ou compétence juridique en tant qu'académique ou praticien du droit. *De facto*, la plupart des membres du Conseil Constitutionnel, présents et passés, manquent ou ont manqué d'une telle expérience. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, la Commission des lois de l'Assemblée Nationale et celle du Sénat peuvent, après audition, opposer un veto à une nomination. Toutefois, ils ne peuvent que s'opposer aux nominations présidentielles, dès lors que les nominations faites par les Présidents de chaque chambre ne sont soumises qu'à un avis consultatif de la commission compétente de chaque chambre. De plus, la majorité requise (3/5 des votes exprimés par les deux commissions) rend l'utilisation de ce veto très peu probable. En outre, il ne faut pas compter sur une possible sanction judiciaire d'une nomination abusive flagrante. La nomination des membres du Conseil Constitutionnel est considérée comme un « acte de Gouvernement » et ne peut donc être soumise au contrôle du juge¹.

1. CE, Ass., 9 April 1999, Mme Ba, n° 195616.

En théorie, et en fonction des circonstances, un même parti politique peut nommer jusqu'à 9 membres du Conseil Constitutionnel. Cette hypothèse semble requérir soit un alignement des étoiles peu probable soit une sorte de manipulation électorale, puisqu'une telle situation supposerait que le même parti « tienne » tout à la fois la Présidence de la République, la majorité à l'Assemblée Nationale et la majorité au Sénat, le tout pour deux mandats consécutifs. Cependant, il ne faut pas oublier qu'un tel alignement s'est déjà produit au début de la V^e République, lorsque les « gaullistes » contrôlaient à la fois l'Assemblée Nationale et le Sénat. Il a aussi pu être avancé² que le Président pourrait tenter de subvertir le Conseil en y nommant des membres qui lui seraient fidèles en abaissant, par exemple, stratégiquement la limite d'âge avec effet immédiat. Cela supposerait une révision de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant sur le Conseil Constitutionnel, ce qui supposerait soit un vote au Parlement soit le recours à l'article 16, c'est-à-dire aux pleins pouvoirs. Au regard des décisions récentes de la Cour de Justice de l'Union européenne, une telle tentative constituerait néanmoins probablement une atteinte au droit de l'Union européenne³.

2. S. Slama, « L'étrange défaite des libertés. A droit constant, une dérive autoritaire est-elle possible ? », op. cit.

3. CJUE, grande chambre, 24 juin 2019, Commission c. Pologne, aff. C-619/18 ; CJUE, grande chambre, 5 novembre 2019, Commission c. Pologne, aff. C-192/18.

PRISE DE CONTRÔLE D'UNE COUR CONSTITUTIONNELLE : L'« EXEMPLE » POLONAIS¹

Avant les élections législatives à la Diète (chambre basse du Parlement polonais) du 25 octobre 2015, l'assemblée sortante a, le 8 octobre 2015, désigné cinq personnes destinées à être « nommées » juges par le président de la République. Trois juges devaient occuper des sièges devenus vacants durant la législature qui se terminait, tandis que les deux autres devaient occuper des sièges qui deviendraient vacants pendant la législature suivante, laquelle a débuté le 12 novembre 2015. Le 19 novembre 2015, à la suite des élections législatives, la Diète a modifié la loi relative au Tribunal constitutionnel au moyen d'une procédure accélérée, introduisant la possibilité d'annuler les désignations judiciaires effectuées par l'assemblée précédente et de nommer cinq nouveaux juges. Le 25 novembre, la Diète a adopté une motion annulant les cinq désignations effectuées par l'assemblée précédente; le 2 décembre, elle a proposé de nommer cinq nouveaux juges.

Le Tribunal constitutionnel a été appelé à statuer sur les décisions des deux assemblées, la précédente et la nouvelle. Il a rendu deux jugements, les 3 et 9 décembre 2015. Dans son arrêt du 3 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel a jugé notamment que l'assemblée précédente était en droit de désigner trois juges pour occuper les sièges devenus vacants le 6 novembre 2015. Il a également précisé que la Diète n'était pas en droit de procéder aux deux désignations relatives aux sièges devenus vacants en décembre. L'arrêt mentionnait aussi expressément l'obligation incombant au Président de la République de recueillir sans délai le serment d'un juge élu par la Diète. Le 9 décembre 2015, le Tribunal constitutionnel a, entre autres, invalidé la base juridique sur laquelle reposait la désignation, par la nouvelle assemblée de la Diète, des trois juges nommés aux postes devenus vacants le 6 novembre 2015, pour lesquels l'assemblée précédente avait déjà légalement désigné des juges.

Le 22 décembre 2015, la Diète a adopté une loi modifiant la loi relative au Tribunal constitutionnel, qui concerne le fonctionnement du Tribunal ainsi que l'indépendance de ses juges. [...]

Le 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel a jugé que la loi adoptée le 22 décembre 2015 était anticonstitutionnelle. À ce jour, cette décision n'a pas encore été publiée au Journal officiel par le gouvernement, ce qui signifie qu'elle n'a pas d'effet juridique. [...]

À la suite de la décision du 9 mars 2016, le Tribunal constitutionnel a recommencé à juger les affaires qui lui étaient soumises. Le gouvernement polonais n'a pas participé à ces procédures. Il a en outre refusé de publier les arrêts rendus ultérieurement par le Tribunal constitutionnel. [...]

Le 19 décembre 2016, le président de la République a signé les trois nouvelles lois régissant le fonctionnement du Tribunal constitutionnel, qui ont ensuite été publiées au Journal officiel. Le même jour, le président de la République a nommé la juge Julia Przyłębska, élue par la nouvelle Diète, au poste de présidente faisant fonction du Tribunal constitutionnel.

Le 20 décembre 2016, la juge Przyłębska a permis aux trois juges désignés par la 8^e législature de la Diète sans base juridique valable de prendre leurs fonctions au sein du Tribunal et a convoqué une réunion de l'assemblée générale le même jour. Compte tenu de la brièveté du délai, un juge n'était pas en mesure d'assister à cette réunion. Il a donc demandé le report de celle-ci au lendemain, ce que la juge Przyłębska a refusé. Sur les 14 juges présents à la réunion, seuls trois juges désignés illégalement et trois juges nommés par l'actuelle majorité gouvernementale ont voté. Deux candidats, Julia Przyłębska et Mariusz Przyłębska, ont été élus et présentés au président de la République. Le 21 décembre 2016, le président de la République a nommé la juge Julia Przyłębska au poste de présidente du Tribunal constitutionnel.

[...]

Dans sa troisième recommandation, la Commission a estimé que la menace systémique envers l'état de droit en Pologne telle que présentée dans ses recommandations du 27 juillet 2016 et du 21 décembre 2016 s'était considérablement aggravée. En particulier :

La nomination illégale du président du Tribunal constitutionnel, l'admission des trois juges nommés par la 8^e législature de la Diète sans aucune base juridique valide, le fait que l'un de ces juges ait été nommé vice-président du Tribunal, le fait que les trois juges qui ont été nommés dans le respect de la loi en octobre 2015 au cours de la législature précédente n'aient pas pu exercer leurs fonctions de juge au sein du Tribunal, ainsi que les nouveaux éléments qui sont ensuite intervenus dans la situation du Tribunal, tels que décrits plus haut, ont conduit de facto à une reconstitution complète du Tribunal en dehors du processus constitutionnel normal de nomination des juges. Pour cette raison, la Commission a considéré que l'indépendance et la légitimité du Tribunal constitutionnel étaient gravement mises en péril et que, par conséquent, la constitutionnalité des lois polonaises ne pouvait plus être effectivement garantie. Les décisions rendues par le Tribunal dans ces circonstances ne peuvent plus être considérées comme fournissant un contrôle constitutionnel effectif.

1. Commission européenne, Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit, COM(2017) 835 final, 20 décembre 2021, paras 9-39 et para 57.

Au final, la probabilité de voir en France une nouvelle majorité aux vues autoritaires prendre possession du Conseil Constitutionnel grâce à la nomination de membres loyaux apparaît comme plutôt limitée, malgré les imperfections réelles dans la procédure de nomination des membres du Conseil Constitutionnel, mais pas nulle. De plus, et même dans le cas peu probable où un parti réussirait à nommer une majorité de membres qui lui serait loyaux au sein du Conseil Constitutionnel, l'une des caractéristiques les plus contestées du Conseil constitutionnel pourrait servir de contre-pouvoir. Conformément à l'article 56 de la Constitution française, en plus des neuf membres déjà évoqués, les anciens Présidents de la République sont membres de droit à vie du Conseil Constitutionnel. À l'heure actuelle, il y a 2 anciens Présidents de la République en vie, François Hollande et Nicolas Sarkozy, rehaussant le nombre total de membres du Conseil Constitutionnel à 11 et donc la majorité à 6. En tout état de cause, la présence des anciens Présidents de la République au sein du Conseil Constitutionnel garantit l'absence d'une capture totale du Conseil Constitutionnel, dans la mesure, bien entendu, de la volonté de siéger et de la bonne santé des anciens occupants de l'Élysée !

Néanmoins, même s'il serait difficile pour le parti au pouvoir de prendre possession du Conseil Constitutionnel, il serait toujours possible d'en influencer les membres. Conformément à l'ordonnance organique de 1958 relative au Conseil Constitutionnel, « pendant la durée de leurs fonctions, les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent être nommés à aucun emploi public ni, s'ils sont fonctionnaires publics, recevoir une promotion au choix ». Cependant, il n'y a pas de restrictions pour les périodes suivant la fin de l'exercice de leurs fonctions. De plus cette disposition ne semble pas s'appliquer aux nominations honorifiques. À plusieurs reprises, des membres du Conseil Constitutionnel ont été promus à des rangs divers au sein de l'ordre prestigieux de la Légion d'honneur par le Président de la République pendant leur service au sein du Conseil Constitutionnel¹. De plus, bien qu'il semble peu probable que le parti au pouvoir puisse nommer les 9 membres du Conseil Consti-

tutionnel en dehors des membres de droit, le Président de la République peut toujours influencer ceux déjà en poste en leur promettant par exemple des distinctions (immédiatement) ou des postes prestigieux (après la fin de leur fonction au sein du Conseil Constitutionnel), en échange de leur complaisance, de leur indulgence ou, potentiellement, d'un départ anticipé – qui autoriserait l'autorité de nomination à remplacer le membre sortant par un membre plus fidèle. Sans suggérer une quelconque malversation, un conflit d'intérêts ou une forme de partialité, il est intéressant de relever que Nicole Belloubet est devenue ministre de la Justice sous la présidence d'Emmanuel Macron après avoir été membre du Conseil Constitutionnel à une période où ce dernier devait connaître d'une affaire portée (avec succès) par le parti d'Emmanuel Macron, alors candidat à l'élection présidentielle, et relative à une inégalité dans le temps de parole accordé aux différents partis politiques dans les médias².

Il convient de même de souligner qu'au regard de l'article 56 alinéa 3 de la Constitution française, le président du Conseil Constitutionnel, qui a une voix décisive en cas de partage des votes est nommé par le Président de la République. Le Président de la République n'a même pas besoin d'attendre que le président quitte ses fonctions pour en nommer un nouveau. Par le passé, François Mitterrand et Jacques Chirac ont tous deux nommé un nouveau président du Conseil Constitutionnel avant même que celui déjà en place ait le temps de finir son mandat.

Toutes ces failles permettent potentiellement différentes formes d'influence et pourraient faciliter une prise de contrôle du Conseil constitutionnel par une nouvelle majorité qui chercherait à mettre en œuvre un processus d'autocratisation.

1. J. Thomas, L'indépendance du Conseil constitutionnel, LGDJ, 2010, p. 190.

2. CC 2017-651 QPC, 31 mai 2017, Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives].



6. LA FONCTION PUBLIQUE

Sylvain Niquège,

Professeur de droit public, Université de Bordeaux

L'article 20 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que le Gouvernement « dispose de l'administration ». Contrairement à ce que le verbe « disposer » pourrait laisser entendre, cet article n'autorise pas le Gouvernement à user de l'administration, et notamment des moyens humains qui lui sont attachés (la « fonction publique »), en dehors des finalités qu'elle a vocation à poursuivre et, en particulier, de l'exécution des lois qu'il revient au Premier ministre d'« assurer » avec son concours (article 21 alinéa 1). Pour s'en tenir à l'administration étatique, les agents publics qui la composent participent donc d'une fonction doublement subordonnée : subordination au Gouvernement et au Premier ministre, sous l'autorité desquels ils agissent, mais à travers eux, subordination à la loi, dont ils doivent permettre l'exécution et qu'ils se doivent de respecter, ainsi qu'à l'intérêt général dont celle-ci est porteuse¹.

L'hypothèse de l'arrivée en responsabilité, en particulier à la présidence de la République, du représentant d'un parti ou d'un mouvement politique

susceptible de mettre en œuvre des réformes attentatoires aux droits et libertés des citoyens présente ainsi le risque, notamment en raison de la maîtrise par le Gouvernement du processus législatif², de placer les agents de l'administration dans la situation de devoir mettre en œuvre, au nom de l'intérêt général associé à la loi, des réformes qui, sous réserve des censures auxquelles elles pourraient donner lieu de la part du Conseil constitutionnel (avant toute prise de contrôle éventuelle de celui-ci par une nouvelle majorité « populiste »), pourraient être de nature à heurter les droits et libertés que la Constitution (notamment) garantit et qui, pourtant, sont eux aussi indissociables de l'intérêt général qui est au principe de l'action administrative.

1. L'article L. 100-2 du code des relations entre le public et l'administration rappelle que « [l']administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité ».

2. On se place ici dans l'hypothèse d'une correspondance entre majorité présidentielle, gouvernementale et parlementaire (du moins à l'Assemblée nationale), autrement dit dans une situation de « fait majoritaire » dont la réforme du quinquennat, en 2000, a eu vocation à renforcer la probabilité.

LA POLITISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE : L' « EXEMPLE » POLONAIS

En décembre 2015 et en janvier 2016, un certain nombre de nouveaux actes législatifs particulièrement sensibles ont été adoptés par la Diète, souvent au moyen de procédures législatives accélérées, à savoir, notamment, une loi sur les médias, une nouvelle loi sur la fonction publique, une loi portant modification de la loi sur la police et de certaines autres lois, ainsi qu'une loi sur le ministère public.

En ce qui concerne la loi du 30 décembre 2015 portant modification de la loi sur la fonction publique et de certains autres actes, publiée au Journal officiel le 8 janvier 2016 et entrée en vigueur le 23 janvier 2016, celle-ci a aboli le principe des procédures de recrutement ouvertes pour les postes de haut niveau de la fonction publique (directeurs) qui sont désormais nommés et révoqués par le Ministre ou le directeur des services centraux.

Pour le Parlement européen, « un système de fonction publique efficace, impartial, professionnel et politiquement neutre constitue un élément fondamental de la gouvernance démocratique » ce que « la nouvelle loi sur la fonction publique semble de nature à compromettre ce principe ainsi que l'article 153 de la constitution polonaise »¹. Pour le Parlement européen, il existe un « risque grave de politisation de l'administration polonaise, ce qui porterait atteinte à l'impartialité de la fonction publique »².

Plus concrètement, une telle configuration pose à titre principal, s'agissant de l'administration et de ceux qui, agissant en son sein, forment la fonction publique, la question de la politisation de celle-ci. Par « politisation de la fonction publique », on entend la capacité du ou des titulaire(s) du pouvoir politique à s'assurer de la servilité du personnel administratif, notamment au sein de la haute fonction publique³. Conjuguée à l'absence éventuelle de dispositifs susceptibles de constituer le support d'une résistance à la mise en œuvre de telles réformes, cette politisation présente le risque de voir la fonction

1. Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur les récentes évolutions en Pologne et leurs conséquences sur les droits fondamentaux inscrits dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (2016/2774(RSP)), 14 septembre 2016, considérant X.

2. Ibid., para. 8.

3. Par « haute fonction publique », le rapport Thiriez du 30 janvier 2020 entend les corps relevant de l'encadrement supérieur des trois versants de la fonction publique civile : corps « ENA », corps « Polytechnique », administrateurs territoriaux, directeurs d'hôpital et d'établissement sanitaire, social et médico-social, directeurs d'organismes de sécurité sociale, directeurs des services pénitentiaires et directeurs d'insertion et de probation, commissaires de police, magistrats de l'ordre judiciaire.

publique, au mieux, être incapable de toute réaction de nature à freiner une évolution anti-démocratique, au pire, contribuer à son accélération.

6.1. ÉLÉMENTS D'ÉQUILIBRE

En droit français, le sens le plus communément associé à la notion de fonction publique renvoie désormais à celle d'agent public, la fonction publique étant définie comme l'ensemble des agents publics. La qualité d'agent public est quant à elle reconnue à celui ou celle dont l'employeur est une personne morale de droit public (État, collectivité territoriale, établissement public, groupement d'intérêt public...) et qui travaille pour le compte d'un service public à caractère administratif. Au sein de cette catégorie des agents publics, deux ensembles peuvent être identifiés :

- Les fonctionnaires. Ce sont les agents publics qui, recrutés par voie unilatérale, sont titularisés, ce qui a pour effet de leur conférer un grade dans un corps de fonctionnaires ;
- Les agents publics contractuels. Ce sont ceux qui, recrutés par voie contractuelle, ne sont pas intégrés dans un corps.

Le rapport annuel de la Direction générale de l'administration et de la fonction publique sur l'état de la fonction publique - édition 2020, estime à 20% les effectifs de la fonction publique ainsi définie par rapport à l'ensemble des emplois en France en 2017, soit plus de 5,5 millions de travailleurs.

Le cadre juridique de la fonction publique française suit un chemin de crête entre deux écueils.

Le premier écueil est celui de la dépendance des agents de l'administration vis-à-vis de l'autorité politique. L'agent public, et en particulier le fonctionnaire, a vocation à servir l'intérêt général, ce qui implique qu'il ne soit pas placé dans l'obligation, de droit ou de fait, de servir les intérêts particuliers de celui qui le nomme ou de celui qui exerce à son en-droit l'autorité hiérarchique. Il s'agit ici, notamment, d'éviter que l'agent public ne soit recruté qu'au titre de relations personnelles ou d'acointances de nature politique ou autres. Il s'agit encore d'éviter que la carrière de l'agent public ne soit soumise à l'arbitraire de l'autorité, indépendamment de ses mérites professionnels.

Le second écueil est, à l'inverse, celui d'une

trop grande indépendance de l'agent vis-à-vis de l'autorité, excessive indépendance qui serait de nature à mettre en péril la légitime primauté de l'intérêt général dont les instructions de l'autorité sont la traduction opérationnelle. C'est la raison d'être, entre autres éléments, de l'obligation d'obéissance de l'agent public ou, si l'on remonte plus loin dans le temps, de la suppression du caractère héréditaire de certaines charges publiques.

Cette recherche d'équilibre s'est progressivement traduite, dans le cas français, par une double consolidation :

- celle de la logique statutaire, c'est-à-dire de l'idée selon laquelle les fonctionnaires doivent être soumis à un statut légal et réglementaire, traduction juridique de la nature unilatérale de la relation de travail qui les lie à leur employeur public¹. Cette logique statutaire se conçoit par opposition à une logique contractuelle, longtemps perçue comme étant de nature à favoriser la revendication par les agents de droits propres et, partant, comme étant susceptible de porter préjudice à l'intérêt commun. Aussi la logique statutaire a-t-elle vocation à asseoir juridiquement la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, individuels ou collectifs, des agents publics ;
- celle de la carrière, qui part du postulat selon lequel le fonctionnaire, ayant fait le choix d'œuvrer pour l'intérêt général, présente vis-à-vis du travailleur du secteur privé une singularité qui lui donne vocation à rester dans la fonction publique toute sa vie professionnelle durant. Il en découle une organisation de la carrière du fonctionnaire par la définition *a priori* de différentes étapes dont la succession ne dépend pas des choix purement subjectifs de l'autorité. Ainsi, les fonctionnaires sont titulaires d'un grade, au sein d'un corps régi

1. Le statut général des fonctionnaires comprend, au niveau législatif, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. Ces lois ont été codifiées au sein du code général de la fonction publique, qui entrera en vigueur le 1er mars 2022. Les fonctionnaires ne relevant pas du statut général sont soumis à d'autres textes de nature législative, désignés par l'expression de « statuts autonomes ». Ainsi des magistrats de l'ordre judiciaire (ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature) ou des militaires (art. L. 4111-1 et suivants du code de la défense).

par des dispositions réglementaires (les « décrets statutaires ») qui organisent notamment les conditions d'avancement d'échelon en échelon, de grade en grade, selon des critères (l'ancienneté notamment) et/ou des procédures (examen professionnel, avis préalables...) ayant vocation à limiter les risques d'arbitraire hiérarchique.

Cette double consolidation est aujourd'hui sensiblement remise en cause (développement du contrat, reconnaissance de la valeur juridique des accords collectifs, possibilités d'« allers-retours » entre secteurs public et privé, suppressions et regroupements de corps de fonctionnaires...), à titre principal en raison des rigidités de gestion des personnels qu'elle impliquerait. Il devra en être tenu compte dans le cadre de l'évaluation des risques qu'emporterait sur la fonction publique l'accession aux responsabilités d'un acteur ou d'un mouvement politique autoritaire.

6.2. IDENTIFICATION DES RISQUES

Les voies que pourraient emprunter les titulaires du pouvoir pour assujettir politiquement la fonction publique sont diverses. Il pourrait s'agir de mobiliser certaines facilités offertes par le cadre juridique existant (6.2.1), de neutraliser les obstacles que celui-ci pourrait recéler (6.2.2), enfin de transformer ce cadre juridique au moyen de réformes légales ou réglementaires (6.2.3).

6.2.1. La mobilisation du cadre juridique existant à des fins autoritaires

Dans la configuration politique précédemment évoquée, l'une des problématiques majeures est celle de l'accès à l'emploi public, précisément celle de la capacité des autorités à faciliter l'accès à l'emploi public, notamment sur des postes de direction, sur la base de critères qui ne seraient pas purement professionnels.

Divers principes et dispositifs ont pour objet de prémunir la fonction publique d'un tel risque. Le principe constitutionnel de l'égal accès à l'emploi public en est le pivot, qui prévoit que « *Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » (art. 6 de la Décla-

ration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). Cette exigence d'égalité se traduit, sur un plan plus opérationnel, par la mise en place de concours de recrutement. En dépit de la diversité de ses formes, le concours reste en effet, par la mise à distance qu'il organise entre le futur fonctionnaire et l'autorité de nomination (anonymat des épreuves écrites, collégialité et souveraineté du jury...), le dispositif de recrutement le mieux à même d'éviter les biais politiques, dont la survenance est par ailleurs susceptible d'être soulevée devant la juridiction administrative¹.

Cette prévalence du concours rencontre cependant de lourdes limites que les réformes ayant récemment affecté le droit de la fonction publique ont considérablement accentuées. La première catégorie de limites est liée au fait que le principe du recrutement par concours ne résultant que de la loi (art. 16 de la loi n° 83-634, art. L. 320-1 du code général de la fonction publique), le législateur peut librement y déroger, comme c'est notamment (et partiellement) le cas pour le recrutement des fonctionnaires de catégorie C. La seconde catégorie de limites tient à ce que le principe du concours ne s'impose qu'en matière de recrutement des fonctionnaires, à l'exclusion du recrutement des agents contractuels. Aussi, les exceptions croissantes au principe, de valeur législative lui aussi, en vertu duquel les emplois permanents de la fonction publique doivent être occupés par des fonctionnaires (art. 3 de la loi n° 83-634, article L. 311-1 du code général de la fonction publique), ont pour effet d'élargir le champ des emplois et des situations dans lesquelles il est loisible à l'autorité de recruter en dehors de toute procédure de concours². Au demeurant, les agents contractuels représentent d'ores et déjà entre 18 et 20% des effectifs de la fonction publique.

Depuis la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, cette évolution concerne en particulier l'ensemble des emplois dits « de direction », lesquels peuvent, tous versants de la fonction publique confondus, donner lieu à recrutement d'agents contractuels. Certes, le recrutement des agents contractuels pour pourvoir des emplois permanents est soumis aux exigences du principe de l'égal accès aux emplois publics (art. 32

de la loi n° 83-634, art. L. 331-1 du code général de la fonction publique), mais la procédure de sélection des agents contractuels désormais organisée par les textes³ souffre de deux lacunes. D'une part, elle n'offre pas les mêmes garanties que le procédé du concours. D'autre part, elle ne s'impose ni pour le recrutement dans les emplois dits « supérieurs » de la fonction publique de l'État, ni pour le recrutement dans certains emplois de direction des collectivités territoriales et des établissements hospitaliers (art. 32 al. 2 de la loi n° 83-634, art. L. 332-21 du code général de la fonction publique).

De sorte que c'est aujourd'hui bien au-delà de la « haute fonction publique » (sauf à en retenir une définition particulièrement large) qu'une autorité disposerait de facilités pour procéder à un recrutement de nature politique autant que professionnelle, l'intervention du juge administratif faisant office de dernier rempart.

6.2.2. La neutralisation des obstacles statutaires à une dérive autoritaire

6.2.2.1. La désobéissance de l'agent public

Parmi les obstacles susceptibles de contrecarrer la mise en œuvre de politiques d'inspiration autoritaire, figure la possibilité pour les agents publics de désobéir aux ordres et instructions qui leur sont donnés. Cette possibilité qui, en tout état de cause, ne saurait prendre la forme d'un retrait ou d'un refus général de donner suite aux instructions reçues, est cependant envisagée par les textes statutaires de façon bien trop étroite pour qu'elle puisse constituer le support de réticences assumées.

D'une part, elle se présente comme une exception au devoir d'obéissance des fonctionnaires, qui s'impose à l'ensemble des agents publics. Précisément, l'article 28 de la loi n° 83-634 (art. L. 121-9 du code de la fonction publique) prévoit que « *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un inté-*

1. Pour un exemple célèbre, CE, 28 mai 1954, Barel.

2. S. Niquège, « L'extension du recours au contrat », *Revue du droit public et de la science politique*, janv. 2021, p. 67.

3. Décret n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 relatif à la procédure de recrutement pour pourvoir les emplois permanents de la fonction publique ouverts aux agents contractuels.

rêt public. » Élément central du statut des fonctionnaires applicable à l'ensemble des agents publics, le devoir d'obéissance découle de la nécessaire subordination de l'administration et, donc, de ses agents, aux autorités qui, disposant de la légitimité démocratique, sont réputées prendre les décisions qu'appelle l'intérêt général. Il implique la neutralité politique des agents, qui ne sauraient s'opposer à des instructions pour cela seul qu'elles ne correspondraient pas à des convictions personnelles qu'ils sont par ailleurs parfaitement en droit de nourrir¹.

D'autre part, les deux conditions posées à une désobéissance légale restent éminemment restrictives, en dehors même du cas particulier des militaires, qui sont soumis à une exigence d'obéissance plus accusée encore². Ces deux conditions, celle d'un ordre manifestement illégal et celle d'un intérêt public gravement compromis, sont par ailleurs définies de façon bien trop vagues pour offrir aux agents quelque certitude que ce soit quant à la légitimité de leur désobéissance éventuelle. Au demeurant, la jurisprudence n'offre guère d'exemples de validation d'un tel comportement. Aussi la désobéissance renvoie-t-elle d'abord l'agent au risque d'être visé par une procédure disciplinaire.

L'instauration d'un statut de lanceur d'alerte³ n'apporte à ce constat aucun réel correctif. D'abord parce que les hypothèses dans lesquelles une alerte peut légitimement être lancée n'entretiennent qu'un lien assez distendu avec la problématique de l'atteinte aux droits et libertés⁴. Ensuite parce que le dispositif de l'alerte, qui a vocation à protéger son auteur contre les mesures de rétorsion, notam-

ment disciplinaires, dont il pourrait faire l'objet de la part de son employeur, est d'abord conçu comme un dispositif interne à l'institution dont il relève, ce qui rend son usage malaisé. La loi réserve en effet la possibilité de divulgation publique et directe de faits aux cas « de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles ».

6.2.2.2. L'organisation de la carrière

Si la politisation de la fonction publique est liée à la problématique de la maîtrise de l'accès aux emplois publics, elle renvoie aussi à celle de la carrière des agents publics. La capacité, pour des raisons qui ne seraient pas strictement professionnelles, à faciliter ou au contraire à entraver l'évolution professionnelle des agents publics, est en effet elle aussi un facteur de politisation. La question se présente différemment selon que l'on considère la situation des agents contractuels ou des fonctionnaires.

S'agissant des fonctionnaires, le risque est en principe limité, d'une part, par le mécanisme de la distinction du grade et de l'emploi⁵, d'autre part, par la détermination des modalités et des conditions d'avancement par les décrets statutaires des différents corps de fonctionnaires.

Le mécanisme de la distinction du grade et de l'emploi limite la portée d'un éventuel « chantage à l'emploi » en préservant le fonctionnaire évincé de son emploi de la crainte de n'en pas retrouver. Le fonctionnaire dont l'emploi est supprimé, ou qui s'en voit écarté, garde en effet vocation (sauf révocation disciplinaire ou licenciement pour insuffisance professionnelle) à en occuper un autre, ce que l'administration est tenue de lui proposer.

Quant à l'appartenance du fonctionnaire à un corps, elle limite, on l'a vu, les risques d'arbitraire dans le déroulement de la carrière. L'avancement du fonctionnaire peut cependant être laissé « au choix » de l'autorité, comme ce peut être le cas pour les changements de grade. Des instances de participation (commissions administratives paritaires), de même que la juridiction administrative, sont néanmoins susceptibles d'être saisies des décisions entachées de discrimination, les discriminations de nature politique ou syndicales étant explicitement

1. Art. 6 al. 1 de la loi n° 83-634 (art. L. 111-1 du code de la fonction publique) : « La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires. »

2. L'article L. 4111-1 du code de la défense prévoit que « L'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité. » L'article L. 4122-1 précise : « Les militaires doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées. / Toutefois, il ne peut leur être ordonné et ils ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales ».

3. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

4. Le lanceur d'alerte y est défini comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »

5. Art. 12 de la loi n° 83-634 (art. L. 411-5 du code général de la fonction publique) : « Le grade est distinct de l'emploi. / Le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent. »

prohibées par les textes statutaires¹. De façon générale, la lutte contre les discriminations a suscité des évolutions statutaires censées en renforcer l'efficacité², mais aussi des évolutions contentieuses, avec un aménagement favorable aux agents des règles relatives à l'administration de la preuve (CE Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*). De même, les faits de harcèlement moral, qui pourraient le cas échéant obéir à des considérations politiques, sont désormais clairement interdits³, et le juge administratif dispose, avec le référé-liberté susceptible d'être formé devant lui⁴, des moyens de faire cesser les comportements inadéquats de l'autorité hiérarchique.

Certaines évolutions pourraient cependant permettre à l'autorité politique de neutraliser le caractère protecteur de l'organisation de la carrière des fonctionnaires par corps. Il en va ainsi de la tendance au regroupement des corps, pour l'essentiel dans la fonction publique de l'État, dont le dernier épisode concerne certains « grands corps » de l'État, à l'image du corps préfectoral ou des corps d'inspection, désormais réunis au sein d'un seul et même corps, à vocation généraliste, celui des administrateurs de l'État. Cette évolution, en élargissant le spectre de ceux et celles qui, fonctionnaires, sont susceptibles d'être appelés à l'exercice de fonctions aussi sensibles que celles de préfet ou de diplomate, peut ainsi présenter le risque de donner à l'autorité politique et particulièrement au président de la République, qui dispose là d'une compétence discrétionnaire⁵, une marge d'appréciation plus

large qu'elle ne le fut et, le cas échéant, de nature à amplifier l'importance de l'élément politique dans le jeu des nominations⁶.

S'agissant des agents contractuels, le risque semble plus évident encore dès lors que ceux-ci ne relèvent pas d'un corps et, partant, ne bénéficient pas du mécanisme de la distinction du grade et de l'emploi, et voient les conditions d'évolutions de leur carrière (responsabilités nouvelles, rémunérations...) directement liées aux appréciations de leur hiérarchie. Le constat doit être relativisé, néanmoins, pour des raisons diverses qui tiennent, sans prétention à l'exhaustivité, à ce que les agents contractuels bénéficient des mêmes dispositions que les fonctionnaires en matière de protection contre les discriminations, à ce que le cadre juridique de la relation de travail contractuelle offre des similitudes croissantes avec celui des fonctionnaires⁷, enfin à ce que la titularisation est une perspective réelle pour une part majeure des agents contractuels, notamment via le procédé des concours internes. Cette dernière perspective est néanmoins exclue pour ceux qui, non fonctionnaires, sont nommés sur des emplois supérieurs ou de direction, dès lors que l'accès de non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de l'administration ou du service.

6.2.2.3. La transformation du cadre juridique existant au soutien d'une dérive autoritaire

Pour un pouvoir d'inspiration autoritaire, une tentation des plus immédiates peut être de réformer le cadre juridique de la fonction publique afin de permettre ou de conforter, directement ou indirectement, une mainmise sur l'appareil administratif. La facilité avec laquelle un tel projet est de nature à être mis en œuvre dépend notamment du niveau normatif auquel les réformes doivent être envisagées.

1. Art. 6 al. 2 de la loi n° 83-634 (art. L. 131-1 du code général de la fonction publique) : « Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur patronyme, de leur situation de famille ou de grossesse, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. »

2. Protection de l'agent signalant un fait discriminatoire (article 6 ter A al. 2 de la loi n° 83-634), mise en place obligatoire d'un dispositif de signalement des faits discriminatoires (article 6 quater A de la loi n° 83-634), allongement à cinq ans du délai de prescription de l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination (article 7 bis de la loi n° 83-634). Voir les articles L. 131-1 et suivants du code général de la fonction publique.

3. Art. 6 quinquies de la loi n° 83-634 (art. L. 133-2 du code général de la fonction publique).

4. Art. L. 521-2 du code de justice administrative.

5. L'article 13 de la Constitution prévoit que le président de la République « nomme aux emplois civils et militaires de l'État », et que « Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies

par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales sont nommés en conseil des ministres », lequel est présidé par le chef de l'État.

6. Exprimant une telle crainte, « Qui voudrait d'un consul ou d'un ambassadeur étiqueté politiquement ? », tribune, *Le Monde*, 24 mai 2021.

7. Sur cette « attractivité » du statut, voir not. C. Fortier, « La loi du 6 août 2019, ou comment développer le statut « en même temps » que le contrat », *Revue du droit public et de science politique*, janv. 2021, p. 111.

LA MISE AU PAS DE LA FONCTION PUBLIQUE : L' « EXEMPLE » HONGROIS

En 2010, la coalition gouvernementale de Viktor Orbán adopta la loi no LVIII de 2010 sur le statut juridique des fonctionnaires afin de pouvoir procéder au licenciement de n'importe quel fonctionnaire sans avoir à avancer de raison particulière. Cette loi fut utilisée pour licencier plus de 3 200 fonctionnaires sans aucune motivation,¹ avec plus de 1 000 fonctionnaires licenciés du système de radiodiffusion publique².

En février 2011, la disposition pertinente de la loi no LVIII fut déclarée nulle pour inconstitutionnalité sans que la Cour constitutionnelle de Hongrie n'interdise immédiatement au gouvernement de continuer à la mettre en œuvre avec un délai d'un an donné au gouvernement pour remédier à cette déclaration d'inconstitutionnalité. La Cour constitutionnelle fonda en partie sa décision sur la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans le même temps, la coalition gouvernementale de Viktor Orbán recruta un nombre très important de nouveaux fonctionnaires ce qui aboutit à une augmentation d'environ de 18% du nombre total de fonctionnaires entre 2010 et 2013.

Dans un arrêt de chambre dans l'affaire *KMC c. Hongrie* (requête no 19554/11) rendu le 10 juillet 2012, la Cour Européenne des droits de l'homme souligna que la requérante, un fonctionnaire dans un bureau d'inspection avant son renvoi sans motivation, a par principe le droit de contester son licenciement devant un tribunal. Cependant, du fait que son employeur – l'État – n'était pas tenu d'exposer les motifs du renvoi, elle n'a eu aucun moyen de savoir quelle était la position de celui-ci, de sorte qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité de former un recours valable devant la justice. En conséquence, il y a eu atteinte dans le chef de la requérante au droit d'accès à un tribunal, en violation de l'article 6 § 1. La requérante n'obtiendra cependant que 6 000 EUR pour dommage moral et non pas sa réintégration.

Dans le cas français, le statut des fonctionnaires et, au-delà, la situation juridique des agents publics, est d'abord définie par les lois et règlements. La Constitution, elle, ne consacre directement que peu de dispositions à la fonction publique, hors la mention du pouvoir de nomination aux emplois civils et militaires du Président de la République (art. 13) et du Premier ministre (art. 21) ou celle de la fixation par la loi des « garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État » (art. 34).

1. US Department of State, Human Rights Report: Hungary 2011, 41.

2. Freedom House, Freedom of the Press: Hungary 2013: <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2013/hungary>

Aucun titre n'y est consacré. Aussi la principale disposition à valeur constitutionnelle relative à la fonction publique se trouve-t-elle à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme, déjà rencontré, relatif à l'égal accès aux emplois publics³.

Il en résulte, d'une part, qu'une réforme, même profonde, du droit de la fonction publique, ne requiert pas de révision constitutionnelle, et échappe donc à l'exigeante procédure qui y préside, d'autre part, qu'à l'exclusion de réformes législatives dont la teneur serait par trop attentatoire au principe d'égalité et qui pourraient, à ce titre, donner lieu à censure par le Conseil constitutionnel, la Constitution n'offre qu'un obstacle mesuré à une telle initiative. La jurisprudence constitutionnelle en porte d'ores et déjà témoignage qui prend acte, notamment, de ce qu'aucun principe constitutionnel ne s'oppose à ce que le législateur permette à des agents de droit privé de se trouver directement en charge de l'exécution d'une mission de service public administratif gérée par l'État (en l'occurrence dans l'Éducation nationale)⁴, ou que des agents contractuels puissent se voir confier des emplois relevant de fonctions régaliennes⁵.

Aussi la voie législative semble-t-elle non seulement suffisante mais encore assez sûre, sous réserve d'une jurisprudence constitutionnelle plus dynamique, qu'il s'agisse par exemple d'étendre plus encore qu'il ne l'est le périmètre de l'emploi contractuel ou de réduire le champ du principe du recrutement des fonctionnaires par la voie du concours.

3. D'autres dispositions pourraient être mentionnées, qui concernent cependant les travailleurs dans leur ensemble, secteurs public et privé confondus. Ainsi du principe de participation, garanti par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

4. CC, 2012-656 DC, 24 octobre 2012, Loi portant création des emplois d'avenir.

5. CC, 2019-790 DC, 1er août 2019, Loi de transformation de la fonction publique.



7. AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET AUTRES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Hubert Delzangles,

Professeur de droit public, Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux

Sébastien Martin,

Maître de conférences en droit public, Université de Bordeaux

Avant d'envisager les risques d'une éventuelle prise de contrôle des Autorités administratives indépendantes (AAI) ou des Autorités publiques indépendantes (API ; par simplicité les AAI et les API ne seront pas distinguées dans les propos suivants sauf lorsque la question de la personnalité juridique sera évoquée), il convient de se poser la question de savoir quelle est la teneur de l'indépendance et pourquoi ces entités indépendantes ont été créées.

D'une part, l'indépendance peut se définir comme la condition d'un État, d'un pouvoir, qui ne relève pas d'un autre. Elle est donc intimement liée au fait que celui-ci dispose de la compétence de sa compétence. Dès lors, les AAI ne peuvent être indépendantes de l'État, mais seulement indépendantes au sein de l'État. En effet, elles ne disposent

pas de la compétence de leur compétence, pour la simple raison qu'elles sont créées par le législateur et peuvent donc disparaître de son propre fait. Ce dernier constat implique aussi une autre évidence : les AAI ne peuvent être strictement indépendantes vis-à-vis du pouvoir législatif. Ainsi, l'indépendance, au sens juridique du terme, peut donc être envisagée comme la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions. Il en résulte que l'indépendance des AAI ne peut se définir de manière précise et incontestable mais uniquement se décrire par rapport aux éléments extérieurs susceptibles d'y porter atteinte. Sa nature même est insaisissable et elle ne peut s'évaluer que par degrés, en rapport à d'autres

éléments constitutifs de l'État. Il est donc possible d'être plus ou moins indépendant, mais pas d'être indépendant dans l'absolu.

D'autre part, il est intéressant de noter qu'aux États-Unis, la création d'AAI correspondait à la volonté du Congrès de maintenir certaines autorités à l'abri des pouvoirs du Président. De manière comparable, la justification de la multiplication des *Quasi autonomous non governmental authorities* (Quangos) au Royaume-Uni réside dans l'idée de maintenir des secteurs sensibles à l'écart de considérations politiques de court terme. En France, on ne retrouve pas cet objectif de protéger un secteur ou l'organisme de l'influence politique. Néanmoins, certaines AAI ont été créées car la formule semblait être la plus efficace pour garantir l'exercice d'une liberté publique ou d'un droit fondamental. Ainsi, le Conseil Constitutionnel a pu considérer que « la désignation d'une autorité administrative indépendante du gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication [...] constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique »¹.

Même si d'autres AAI ont simplement été créées pour réguler certains secteurs, autrement dit pour permettre une ouverture à la concurrence, puis la maintenir, l'importance des pouvoirs qui leur sont conférés impose que ces organismes puissent bénéficier de garanties contre la capture de l'exécutif. À ce titre, dans le rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404, intitulé « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié », rédigé par M. Patrice Gélard et déposé le 15 juin 2006, le sénateur affirme que « Les autorités administratives indépendantes sont en rupture avec l'organisation traditionnelle de l'État, non seulement parce qu'elles échappent au contrôle du Gouvernement, mais aussi parce qu'elles peuvent cumuler tous les pouvoirs : le pouvoir normatif, le pouvoir d'application et le pouvoir juridictionnel (sanction des manquements) ». Le Conseil d'État, dans son rapport public publié en 2001 intitulé « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes »²,

précise : « Conséquence nécessaire de la diversité des missions qui sont confiées aux autorités administratives indépendantes, les pouvoirs dont celles-ci sont dotés sont très hétérogènes dans leur nature et leur étendue. Ces pouvoirs vont de l'avis ou de la recommandation au pouvoir de sanction, en passant par l'édition de mesures réglementaires, le pouvoir d'autorisation, d'investigation, d'injonction. Certaines autorités administratives indépendantes ne sont dotées que de l'un de ces pouvoirs ; d'autres, le plus souvent celles chargées d'une mission de régulation, bénéficient d'une gamme plus ou moins étendue de ces pouvoirs ».

Pour ces AAI, et en particulier pour celles exerçant une mission de régulation, le facteur essentiel de l'indépendance tient à l'impartialité. En effet, le pouvoir exécutif étant détenteur d'intérêts sur le secteur régulé, il est en situation de conflit d'intérêts et ne peut être l'arbitre du jeu économique sans méconnaître le principe d'impartialité de l'action publique. La fonction de régulation devait donc être confiée à une AAI, dont l'indépendance organique garantit l'impartialité au moins objective. Le Conseil d'État souligne ces éléments dans son rapport public de 2001 lorsqu'il énumère les justifications avancées pour la création des A.A.I. existantes : « garanties renforcées d'impartialité, de professionnalisme et d'efficacité de l'action de l'État. En arrière-plan, l'aspiration à une action publique plus attentive aux besoins de médiation et de transparence ».

Ces institutions administratives particulières, apparues à partir de 1978 avec la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ont été créées, en France, sans aucune homogénéité. Chaque texte instituant une AAI adaptait l'organisation de l'autorité en fonction des nécessités constatées. Face à l'hétérogénéité de ces entités et leur nombre croissant, le législateur, par l'adoption d'une loi organique³ et d'une loi ordinaire⁴, est venu poser un cadre pour les AAI et les API. Avec cette démarche, qui concerne 26 autorités indépendantes aujourd'hui, le statut gé-

Documentation française.

1. CC 84-173 DC, 26 juillet 1984, Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du réseau public sur un réseau câblé.

2. Conseil d'État, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes » Études et Documents, n° 52, La

3. Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes.

4. Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

néral est désormais commun mais des spécificités perdurent et dépendent des textes sectoriels qui les ont instituées.

Le fait même que l'on puisse confier des missions, qui relèvent originellement au pouvoir exécutif, à des autorités indépendantes de celui-ci doit être analysé comme un véritable rempart à une éventuelle main mise que pourrait souhaiter imposer un parti au pouvoir sur les secteurs concernés. Il ne faut néanmoins pas qu'il soit possible d'annihiler l'indépendance de ces organismes. Pour l'assurer, le législateur français a posé de multiples garanties organiques qui concernent le statut (7.1.), la nomination de ses membres (7.2.) et l'exercice de leur mandat (7.3.). Des garanties d'indépendance fonctionnelle sont aussi prévues à travers leur budget (7.4.), les contrôles auxquels elles sont soumises (7.5.) et leur responsabilité (7.6.).

7.1. STATUT DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

Le statut des AAI, qu'il soit législatif, transposé du droit de l'Union européenne ou constitutionnel peut être une garantie de leur indépendance mais aussi les prémunir d'une disparition abusivement voulue par le pouvoir exécutif. Les AAI, en France, sauf pour le Défenseur des droits qui dispose d'une protection renforcée grâce à son statut constitutionnel, disposent d'un statut législatif. Certaines voient aussi leur existence protégée par le droit de l'Union européenne.

Avant l'adoption des textes de 2017 il était possible d'expliquer le caractère législatif des AAI et des API par leurs fonctions et leurs pouvoirs particuliers. En effet, il y avait souvent un rapport direct entre la mission dont étaient chargées les AAI et le domaine de la loi au sens de l'article 34 de la Constitution. De même, dotées généralement d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir de sanction, leur statut législatif s'imposait, ce qu'a confirmé le Conseil Constitutionnel¹. Aujourd'hui, l'article 1^{er} de la loi organique de 2017 précise que « Toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante est instituée par la loi ».

Le statut législatif a ses avantages mais aussi ses inconvénients. D'une part, la souplesse du statut

permet à l'AAI de voir ses pouvoirs et ses compétences évoluer au gré de considérations conjoncturelles. Par exemple, l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) a obtenu avec l'ordonnance n° 2016-128 du 10 février 2016 et le décret de mise en œuvre n° 2019-190 du 14 mars 2019 des pouvoirs de sanctions adaptés, faisant suite à une requête de longue date de la part de l'Autorité en cause. De même, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a été fusionné avec la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet au sein de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique afin de renforcer la lutte contre la contrefaçon sur internet par la loi n° 2021-1381 du 25 octobre 2021. En outre, il est possible de considérer que la création par le biais d'un acte législatif implique la dilution du caractère instrumental de ce type d'entités par rapport au gouvernement. D'autre part, le statut législatif emporte avec lui certaines conséquences qui peuvent sembler négatives. Parallélisme des formes oblige, le pouvoir qui l'a créé peut tout aussi bien décider de leur disparition. Pour cela, il suffit d'un instrument législatif. Le Conseil Constitutionnel a confirmé cette solution dans une décision relative à la loi remplaçant la Haute autorité pour la communication audiovisuelle par la Commission nationale communications et libertés². Il considère à ce propos qu'« il est loisible au législateur de modifier des textes législatifs antérieurs ou d'abroger ceux-ci dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». On ajoutera que le Parlement peut habiliter le Gouvernement à agir par ordonnance pour abroger une loi. L'éventualité qu'un parti au pouvoir puisse supprimer une autorité indépendante n'est donc pas nulle mais l'hypothèse révèle certaines difficultés puisqu'il lui faudra respecter une procédure stricte et avoir le soutien, à tout le moins, de la majorité des députés.

Pour ancrer de façon pérenne une AAI dans le paysage institutionnel, la solution constitutionnelle s'impose. En France, seul le Défenseur des droits dispose de ce statut, prévu par l'article 71-1 de la Constitution. Le rapport de Madame la Députée Cécile Muschotti présenté au Premier Ministre en 2021 intitulé « Création d'un défenseur de l'envi-

1. CC 84-173 DC, précité.

2. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

ronnement et des générations futures » propose d'ailleurs, au-delà de l'option de la création d'une AAI bénéficiant d'un statut légal, une autre solution qui serait celle de conférer au Défenseur des droits une nouvelle compétence visant à la protection de l'environnement et des générations futures. L'attrait pour la stabilité du rattachement constitutionnel est ici manifeste. On doit néanmoins, ici aussi, relever qu'il est possible d'envisager la suppression de cette autorité indépendante. Bien évidemment la procédure à suivre est encore plus stricte, cependant, le pouvoir constituant dérivé peut tout à fait réviser la Constitution. Reste que pour ce faire, le Gouvernement ne pourra pas compter sur le seul soutien de la majorité des députés mais devra compter, pour l'adoption définitive d'une telle révision, soit sur la majorité des électeurs, soit sur la majorité des 2/3 de l'ensemble des parlementaires.

Pour autant, le Défenseur des droits n'est pas la seule Autorité indépendante bénéficiant d'une certaine stabilité. En effet, le droit de l'Union européenne permet de garantir que certaines autorités administratives bénéficiant de fortes garanties d'indépendances soient créées et ensuite maintenues dans les États membres. Il en va ainsi notamment pour l'ASN, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) ou pour la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Par exemple, pour la dernière, le législateur européen prévoit dans l'article 39 de la directive 2009/73 que « Les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. À cet effet, les États membres veillent à ce que (...) l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée [et que] l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique ». Toute atteinte nationale à l'indépendance des autorités de régulation protégée par le droit de l'Union européenne implique une méconnaissance de ce dernier, autrement dit une inconventionnalité et pourrait entraîner, le cas échéant, une condamnation pour manquement de la part de la Cour de justice. La protection offerte par le droit de l'Union européenne pour contrer toute tentative de « capture » d'une autorité de régulation demeure cependant faible, si ce n'est illusoire, au

regard de ce qui s'est passé en Hongrie en 2012 lorsque M. Orbán décida de prendre le contrôle de l'autorité de contrôle de la protection des données. La condamnation pour manquement de la part de la Cour de justice n'empêcha nullement M. Orbán d'arriver à ses fins.

PRISE DE CONTRÔLE D'UN RÉGULATEUR INDÉPENDANT EN VIOLATION FLAGRANTE DU DROIT DE L'UE : L' « EXEMPLE » HONGROIS

Afin de prendre le contrôle de de l'autorité de contrôle de la protection des données, la coalition menée par Orbán décida de rapidement mettre en place ne nouvelle Agence nationale pour la protection des données, qui remplace l'ancien Commissariat à la protection des données depuis le 1er janvier 2012, mettant prématurément fin au mandat du commissaire chargé de la protection des données, qui avait été nommé en 2008 pour six ans, sans qu'aucune mesure de transition n'ait été prévue en attendant la fin de ce mandat, en 2014. Comme la souligne alors la Commission européennes, « les nouvelles règles permettent aussi au premier ministre et au président de récuser arbitrairement la nouvelle autorité de surveillance »¹. En dépit d'un jugement contraire de la Cour de la justice, M. Orbán parvint à ses fins :²

« Le 29 septembre 2008, M. András Jóri avait été nommé commissaire à la protection des données pour un mandat de six ans. Or, à compter du 1^{er} janvier 2012, le Parlement hongrois a décidé de réformer le régime de protection des données et de remplacer le commissaire par une autorité nationale chargée de la protection des données et de la liberté de l'information. M. Jóri a dû renoncer à son mandat avant qu'il ne soit arrivé à échéance. Le 8 avril 2014, la Cour de justice a estimé que l'indépendance des autorités de contrôle incluait nécessairement l'obligation de respecter la durée de leur mandat jusqu'à son terme initialement prévu et que la Hongrie avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil. La Hongrie a modifié les règles relatives à la nomination du commissaire, présenté des excuses et versé la somme convenue à titre d'indemnisation. »

1. Commission européenne, Communiqué de presse IP/12/24, 17 janvier 2012.

2. Parlement européen, proposition de décision du Conseil constatant, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)), 12 septembre 2018, para. 18.

7.2. NOMINATION DES MEMBRES DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

La désignation des membres des autorités de régulation traduit le degré d'indépendance, non seulement au regard de l'organe chargé, par le législateur, de les désigner, mais aussi en fonction des qualités requises pour les personnes susceptibles d'être nommées.

Les autorités administratives indépendantes françaises sont dotées d'un collège (sauf pour le Défenseur des droits et le Médiateur de l'énergie), dont le mode de nomination des membres diffère. La collégialité, conjuguée avec la diversité des pouvoirs susceptibles de nommer les membres des AAI, est une garantie d'indépendance dans le sens où elle implique un certain pluralisme des idées, en intégrant un maximum de courants de pensée. Cette collégialité rend aussi plus difficile la capture du régulateur par le secteur régulé ou le pouvoir exécutif puisqu'il est beaucoup plus difficile d'influencer un collège entier de membres qu'une seule personne. Ainsi, le nombre de membres est actuellement compris, en France, entre cinq (par exemple la Commission du secret de la défense nationale) et vingt-cinq membres (Commission nationale du débat public, CNDP), pour trouver un juste milieu entre le pluralisme et l'efficacité dans la prise de décisions. Sauf pour les autorités où la collégialité n'est pas prévue, le pouvoir exécutif n'est jamais le seul à nommer les membres des AAI.

Le mode de nomination des membres des AAI implique automatiquement un paradoxe évident : d'un côté, la personne nommée va bénéficier de l'autorité politique ou morale de celui qui l'a nommée alors que, de l'autre, elle doit affirmer son indépendance par rapport à cet organe qui est en charge de sa nomination. La résolution de ce paradoxe ne trouve d'issue que dans la diversification des personnes en charge de la nomination. Reste que la méthode la plus répandue en France est la nomination confiée aux autorités politiques telles que le Président de la République (ou d'autres autorités représentantes du pouvoir exécutif) et les Présidents des chambres parlementaires. Un risque de capture existe donc bien car l'articulation du nombre de membres des AAI avec les autorités en charge de leur nomination va déterminer un degré

plus ou moins élevé d'indépendance vis à vis du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif.

ENTRAVES À L'INDÉPENDANCE DES RÉGULATEURS DES MÉDIAS : ÉTAT DE LIEUX SELON LA COMMISSION EUROPÉENNE¹

Les autorités nationales de régulation des médias jouent un rôle déterminant pour ce qui est de préserver et de faire respecter le pluralisme des médias. [...] La directive « Services de médias audiovisuels » (directive SMA) comprend des exigences spécifiques qui renforcent l'indépendance des autorités nationales de régulation des médias. Depuis la publication du premier rapport, dans le contexte de la transposition de la directive, certains États membres, tels que la Belgique, la Bulgarie, la Grèce, la Lettonie, le Luxembourg et la Suède, ont introduit dans leur législation de nouvelles lois visant à renforcer encore l'indépendance de leurs régulateurs des médias. D'autres États membres (République tchèque, Chypre, Estonie, France et Pologne) ont annoncé qu'ils allaient élaborer de telles lois ou étaient en train de les élaborer.

Des préoccupations subsistent en ce qui concerne l'indépendance fonctionnelle et l'efficacité de certains régulateurs. Ainsi, en Roumanie l'action du régulateur a été entravée par le fait qu'aucun nouveau membre n'a été nommé à l'expiration de plusieurs mandats, en raison de ressources insuffisantes. En Espagne et en Slovaquie, des inquiétudes ont également été exprimées quant au caractère adéquat des ressources mises à la disposition du régulateur. L'influence du pouvoir politique sur le processus de nomination ou l'absence de garde-fous contre l'ingérence politique restent autant de sujets de préoccupation dans certains États membres, malgré l'indépendance officielle inscrite dans la loi. Il en va ainsi de certains États membres, tels que la Croatie, Malte, la Slovaquie et la Hongrie.

Une autre méthode pourrait être généralisée pour pallier ce risque. Il s'agirait de diluer le pouvoir de nomination entre les pouvoirs exécutif et législatif et de laisser au secteur concerné ou à la société civile la possibilité de nommer une partie du collège de l'AAI. Par exemple, deux membres de la CNIL sont élus par le Conseil économique, social et environnemental, organe dont les membres sont désignés par les corps intermédiaires (associations, syndicats, organisations patronales...). La Commission de régulation de l'énergie a, elle aussi, entre 2000 et 2010 comporté un ou plusieurs membres nommés par le Conseil économique, social et en-

1. Commission européenne, Rapport 2021 sur l'état de droit, précité, p. 18.

vironnemental, ce qui lui a conféré une certaine autorité morale socioprofessionnelle répercutée dans la composition de l'AAI. Cette solution serait intéressante pour éviter la capture des membres par le pouvoir politique à condition d'envisager que la nomination de certains membres par le secteur n'aboutisse pas à la capture de l'AAI par ce dernier. A ce titre, une garantie pourrait être donnée aussi en donnant à la société civile ou aux organisations représentatives un pouvoir de proposition des personnalités comme c'est le cas pour la CNDP.

La France, comme la majorité des États membres de l'UE, a choisi de désigner des personnes qualifiées dans le secteur surveillé en tant que commissaires. D'autres États comme les États-Unis ont plutôt favorisé la solution d'une composition politique des AAI. Les membres des AAI dans l'hexagone assurent donc leur indépendance, non pas par une représentativité politique égalitaire, mais grâce à des compétences techniques qui les placent, en théorie, au-dessus de tout soupçon. En ce sens, la compétence permet de se prémunir contre le phénomène de « capture », autant par le secteur surveillé que par le gouvernement. Néanmoins, un juste équilibre entre spécialisation technique et hétérogénéité dans la composition des collèges de régulateurs doit être trouvé. Certains textes sectoriels ont ainsi imposé aux organes en charge de la nomination des membres des AAI le choix de personnes qualifiées (ARCEP et CRE par exemple). Mais cette solution implique aussi quelques écueils à éviter : face à la difficulté de recruter des spécialistes d'un même secteur, notamment les secteurs récemment régulés, il ne faut pas tomber dans une recherche de spécialisation trop poussée des commissaires, afin d'éviter toute forme de corporatisme.

Pour garantir la qualification des commissaires choisis, le Parlement dispose d'un pouvoir de contrôle étendu sur les commissaires nommés par le Président de la République (les présidents des AAI le plus souvent). La procédure prévue à l'article 13 de la Constitution précise que « le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes

des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». S'il ne s'agit pas d'un contrôle contentieux, le contrôle démocratique est ici effectif et offre une garantie contre les excès du pouvoir de nomination par l'exécutif.

7.3. MANDAT DES MEMBRES DES AUTORITÉS INDÉPENDANTES

Pour donner une certaine indépendance statutaire aux commissaires, l'élément primordial reste l'affirmation de l'irrévocabilité qui est établie par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Affirmons tout de suite que le législateur peut « sans méconnaître aucune règle, non plus qu'aucun principe de valeur constitutionnelle, décider de mettre fin au mandat des membres de la Haute autorité », comme le précise le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 86-217 DC. Par ailleurs, certains tempéraments légitimes à l'irrévocabilité sont aussi prévus. Il s'agit de clauses particulières qui prévoient la révocation ou la démission d'office pour des motifs objectifs (incapacité définitive), soit pour manquement grave à ses obligations légales. L'article 6 de la loi de 2017 encadre la procédure afin d'éviter d'éventuels abus (« Il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre du collège que dans les formes prévues pour sa nomination soit en cas de démission, soit, sur proposition du président ou d'un tiers des membres du collège, après délibération, à la majorité des trois quarts des autres membres du collège que l'intéressé, constatant un manquement grave à ses obligations légales ou une incapacité définitive empêchant la poursuite de son mandat. Cette délibération ne peut intervenir qu'après que l'intéressé a été en mesure de produire ses observations dans un délai qui ne peut être inférieur à une semaine »).

Au-delà de l'irrévocabilité, les garanties d'indépendance peuvent porter sur les caractères du mandat, autrement dit sa durée, son renouvellement, ou son cumul avec d'autres activités. Un mandat long, non renouvelable, et ne permettant aucun cumul avec d'autres activités, présentes ou futures, est la meilleure garantie pour l'indépendance, privant les autorités politiques en charge des nominations de moyens de pression.

Selon l'article 5 de la loi de 2017, « la durée du mandat des membres d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante est comprise entre trois et six ans ». Mais la durée du mandat n'a d'intérêt que si elle est évaluée en fonction de sa périodicité de renouvellement et comparée avec les mandats des personnes en charge des nominations. En outre, l'indépendance se juge aussi par rapport à la maîtrise de l'objet sur lequel porte l'action des AAI. Ainsi, il faut un temps suffisant pour que s'opère un tel apprentissage, d'autant plus lorsque les personnes nommées ne sont pas des experts du secteur en son entier. Enfin, deux techniques de nomination peuvent se dégager : dans certains cas le législateur a pu opter pour un renouvellement du corps entier des commissaires, dans d'autres un renouvellement partiel des membres des AAI est mis en place (ARCEP, CSA, ARAFER, par exemple) afin notamment de préserver la mémoire de l'Autorité. On peut aussi penser que cela peut limiter les possibilités de capture du régulateur dans la mesure où les « anciens » seront à même d'initier les « nouveaux » à la culture de la régulation indépendante.

Le non renouvellement du mandat est un important facteur d'indépendance des membres des AAI. En effet, les commissaires se voient d'autant plus libres et indépendants dans leur prise de décision qu'ils savent, à l'avance, que leur mandat n'est pas renouvelable. N'ayant pas de possibilité de perspectives de carrière, ils n'en sont que plus affranchis. Le législateur français a principalement opté pour un renouvellement unique comme le démontre l'article 7 de la loi de 2017. On ne peut que donc constater que cette solution peut être une arme redoutable de pression entre les mains du pouvoir en charge de nommer les commissaires. Pour autant, certaines AAI fonctionnent sur le modèle du non renouvellement des membres. Il en va ainsi, par exemple, de la CRE¹. Cette stabilité à durée déterminée a aussi les faveurs du Conseil Constitutionnel français. En effet, les auteurs de la saisine contre la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier alléguaient que l'indépendance des membres de la COB, devenue l'Autorité des marchés financiers, n'était pas assurée par leur sta-

tut. À cela, le Conseil Constitutionnel répondit que la nomination du président, par décret en conseil des ministres pour une durée de six ans non-renouvelable, garantit « l'indépendance et l'autorité du président »².

Les incompatibilités avec d'autres mandats sont aussi prévues par le législateur. Quatre types d'incompatibilités peuvent être référencés. Il s'agit des incompatibilités avec d'autres mandats, notamment électifs, avec des fonctions annexes (interdiction d'exercer une activité professionnelle ou un emploi public lorsque le mandat est un temps plein) et l'interdiction d'avoir des activités de direction dans une entreprise qui a fait l'objet d'une vérification ou d'un contrôle auquel il a participé au cours des deux années précédentes (art. 10 et 12 de la loi de 2017). Le dernier type d'incompatibilités anticipe sur l'avenir du commissaire. Il s'agit d'une exigence d'incompatibilité avec des fonctions futures. L'objectif avoué est d'éviter ce que l'on appelle le « pantouflage » des commissaires : comportement selon lequel un membre du collège pourrait favoriser une entreprise ou un intérêt de l'administration dans l'idée de s'assurer un poste au terme de son mandat de régulateur. Les conditions de reconversion à la fin du mandat ont longtemps été inexistantes dans les textes législatifs français, sauf dispositions précisées dans le règlement intérieur. Désormais, il est prévu dans les lois sectorielles, et non dans le statut général, un système d'incompatibilités avec les fonctions futures. Pour la CRE, l'article L 132-2 du Code de l'énergie précise par exemple que : « Le président et les autres membres du collège ne peuvent, sous peine de l'application des sanctions prévues à l'article 432-13 du code pénal, prendre ou recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises [du secteur régulé] avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de leurs fonctions ».

7.4. BUDGET

L'indépendance fonctionnelle des autorités administratives indépendantes implique de disposer d'une réelle autonomie de gestion matérielle et financière ainsi que des moyens financiers, mais aussi humains, suffisants. L'autonomie de gestion

1. Art. L. 132-2 du code de l'énergie.

2. CC 89-260 DC, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

financière leur est réellement garantie par le principe selon lequel c'est le président de l'autorité qui est l'ordonnateur des dépenses et par l'absence du contrôle financier préalable instauré par la loi du 10 août 1922.

Néanmoins, une double vulnérabilité peut être envisagée concernant la détermination (l'origine et leur importance) des moyens financiers qui pourrait être exploitée par l'exécutif.

Concernant l'origine des ressources, deux situations coexistent. Certaines autorités sont financées exclusivement sur crédits budgétaires. D'autres, en revanche, bénéficient de ressources propres. Lorsqu'elles reçoivent une dotation annuelle, inscrite au budget du Premier ministre ou d'un ministère, il est facile d'envisager l'influence que l'exécutif pourrait faire peser sur l'autorité. En effet, les AAI ou API concernées se doivent de négocier chaque année leur budget avec les services ministériels. En revanche, on peut noter que les crédits octroyés sont exécutés sous la seule responsabilité du dirigeant de l'autorité indépendante.

Concernant l'importance des moyens financiers mis à disposition des AAI, l'attribution de ressources limitées peut nuire à leur action. Un budget trop juste peut, par exemple, ne pas leur permettre de recruter les personnels suffisants et donc les empêcher de remplir pleinement l'ensemble des missions qui leur sont confiées.

A titre de remarque, on observera que l'octroi de la personnalité morale ne change rien à cette problématique. En effet, les API ont la possibilité pour se constituer un patrimoine propre mais elles n'ont pour autant des ressources propres.

7.5. CONTRÔLES EXTERNES

Les contrôles qui peuvent peser sur les AAI et qui peuvent créer des risques pour leur indépendance sont de trois ordres : à l'égard de l'exécutif (7.5.1.), du Parlement (7.5.2.) et du juge (7.5.3.). Si certaines peuvent constituer des vulnérabilités, d'autres, au contraire, sont plus que légitimes.

7.5.1. Le rôle de l'exécutif

L'indépendance des AAI n'a jamais empêché la présence d'un commissaire du Gouvernement en leur sein. Comme le note le rapport d'information n°

4020 du 1^{er} décembre 2011 du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information (n° 2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes, « La présence d'un commissaire du Gouvernement dans chaque AAI répond au souci de permettre l'unité de l'action publique de l'État, pour éviter les excès des démembrements. Il s'agit de prévoir la présence d'un représentant du Gouvernement au sein des collèges, sans voix décisionnelle, afin de permettre une information réciproque de la position des uns et des autres ». Les pouvoirs du commissaire du Gouvernement sont donc limités ce qui, par conséquent, neutralise les risques pour l'indépendance des autorités et, par là-même, les risques de capture par l'exécutif. En effet, s'il assiste aux séances, il ne peut que présenter des observations, demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour ou, éventuellement, sauf en matière de sanctions, une seconde délibération au collège de l'autorité.

7.5.2. Le rôle du Parlement

L'article 22 de la Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes dispose qu'« à la demande des commissions permanentes compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat, toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante rend compte annuellement de son activité devant elles ». On peut noter également que le Parlement dispose, à travers les commissions parlementaires compétentes, de pouvoirs pour auditionner du Président de l'autorité.

Il est tout à fait justifié que les AAI et API, malgré leur indépendance, soit soumise à un contrôle de la représentation nationale. Reste à déterminer véritablement l'impact de ces mesures. On notera tout de même que dans ce cadre les auditions du Président sont publiques, et notamment ouvertes à la presse, et que la remise du rapport annuel permet à chaque commission d'adopter un avis public. Cette exigence de transparence peut apparaître comme offrant de réelles garanties pour empêcher les tentatives de pression par les responsables politiques.

7.5.3. Le rôle du juge

Comme on a pu le voir dans le cadre du pouvoir de sanction, le juge administratif ou judiciaire est compétent pour contrôler les mesures prises par les AAI et API et, le cas échéant, pour les censurer (voire pour indemniser les victimes de préjudices causés par l'action des autorités¹).

Un tel pouvoir vaut aussi pour les décisions administratives individuelles ou réglementaires mais également désormais pour les actes de droit souple. À cet égard, le Conseil d'État, dans un arrêt du 21 mars 2016, *Fairvesta International*², a affirmé que « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». L'arrêt *GISTI* du 12 juin 2020³, a permis au juge administratif de préciser que « les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices ».

En imaginant que le pouvoir juridictionnel soit aux mains d'un parti politique, il y aurait là une véritable vulnérabilité. En effet, toute l'action des AAI pourrait être remise en cause par le juge.

7.6. RESPONSABILITÉ

Le juge administratif comme le juge civil sont compétents pour examiner les recours indemnitaires introduits pour réparer les dommages causés par les autorités administratives indépendantes. Originellement, il n'existait qu'un régime de responsabilité de l'État ne pouvant être engagé qu'en cas de faute lourde.

Cependant, l'octroi de la personnalité morale à certaines autorités indépendantes a emporté des conséquences importantes. Comme le Conseil d'État l'a affirmé⁴, « Dès lors que la capacité juridique lui a ainsi été attribuée, il appartient à cette (autorité), en vertu du principe général selon lequel nul n'est responsable que de son fait, auquel ni la nature des missions confiées à (l'autorité), ni les modalités selon lesquelles elle les exerce n'impliquent de déroger, d'assumer les conséquences des actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de ces missions ». En pratique, l'API pourra décider de constituer des provisions afin de faire face aux risques liés aux conséquences des contentieux indemnitaires engagés à raison de ses fautes. De notre point de vue, la personnalisation des autorités indépendantes emporte donc deux risques qui sont autant de vulnérabilité en cas de pression politique. Le premier, que l'on pourrait qualifier de risque direct, touche au patrimoine de l'autorité publique indépendante dans la mesure où elle peut voir ses finances mises à mal en cas de faute susceptible d'engager sa responsabilité. Le second risque, qui serait plus indirect, concerne les prérogatives dont l'autorité doit faire usage et pour lesquelles il est possible de craindre qu'elle en restreigne l'utilisation.

Pour terminer, on soulignera qu'une responsabilité subsidiaire de l'État pourrait être mise en jeu. En effet, tout d'abord, une responsabilité peut être retenue contre l'État en cas de démonstration d'une faute lourde dans le cadre de ses activités de surveillance et de contrôle⁵. La volonté de responsabilisation des personnes morales de droit public justifie à la fois le caractère subsidiaire du mécanisme mais également le maintien de l'exigence de

1. Cf. *infra* 7.6. Responsabilité.

2. N° 368082.

3. N° 418142.

4. CE, ass. gén., avis, 8 septembre 2005, n° 371558.

5. CE Ass., du 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle, n° 41916.

la faute lourde. Il est d'autant plus important de faire en sorte que la responsabilité première repose sur la personne publique qui agit plutôt que sur celle qui est en charge du contrôle qu'il y a un principe d'indépendance qui en limite le contrôle. Ensuite, en cas d'insolvabilité de l'API, l'État pourrait être obligé d'allouer des ressources exceptionnelles pour remédier à cette situation en raison de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public et son décret d'application n° 2008-479 du 20 mai 2008 relatif à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées à l'encontre des collectivités publiques qui sont applicables à l'ensemble des personnes morales de droit public.



8. LES CONTRE- POUVOIRS NON INSTITUTIONNELS

Thomas Perroud,

Professeur de droit public, Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Étant donné la tradition française qui place l'État en surplomb de la société et les différents types de conflits d'intérêts entre la haute administration, le monde politique, le monde des affaires et la société civile, la France semble particulièrement mal placée pour résister à un processus de démantèlement des contre-pouvoirs qui serait organisé par une nouvelle majorité autoritaire. L'exemple du Conseil constitutionnel, dont la proximité¹ avec le monde des affaires paraît symptomatique du rapport de l'État français à la société civile : l'État français, en raison de la pratique du pantouflage qui n'est pas contrôlé, donne un avantage aux intérêts puissants dans la société au détriment des ONG qui défendent les intérêts du public en général². Cette contribution soulignera

comment et pourquoi la société civile qui est traditionnellement faible en France, a été encore plus affaiblie dans les dernières années, fragilisant ainsi plus encore un système de contre-pouvoirs non institutionnels dont la faculté de résistance à un « choc autoritaire » est donc sujette à caution.

Nous montrerons cela à partir de l'étude de trois champs : le champ des médias (8.1), celui de la société civile (8.2) et enfin celui de l'université (8.3).

1. T. Perroud, « Pour la publication des portes étroites devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2511 ; T. Perroud, « Le Conseil constitutionnel et la publicité des portes étroites », *JP Blog*, 31 mai 2019 ; T. Perroud, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme*, 15, 2019 ; T. Perroud, « Le statut des portes étroites », in E. Lemaire, T. Perroud (dir.), *Le Conseil constitutionnel, la déontologie et la transparence*, Institut Varenne (à paraître).

2. L. Rouban, « Le pantouflage aux XIX^e et XX^e siècles », in F. Cardoni, N. Carré de Malberg et M. Margairaz (dir.), *Dictionnaire*

historique des inspecteurs des Finances, Paris, CHEFF Éd., oct. 2012, p. 307 ; « L'inspection générale des Finances, 1958-2008 : pantouflage et renouveau des stratégies élitaires », *Sociologies pratiques* sept. 2010, n° 21, « Les élites dirigeantes : une recomposition en trompe-l'œil ? », p. 19-34 ; « Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », *Cah. du CEVIPOF*, n° 49, Paris, CEVIPOF, mai 2008 ; P. France, A. Vauchez, *Sphère publique, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Les Presses de Sciences Po, coll. « Domaine gouvernement », 2017 ; C. Teitgen-Colly, « Déontologie et pantouflage dans la haute fonction publique. L'exemple du Conseil d'État », in *Mél. en l'honneur de Gérard Marcou*, Paris, IRJS, 2017 ; J.-B. Auby, T. Perroud, *Corruption and Conflicts of Interest, A Comparative Law Approach*, Edward Elgar, coll. « Studies in Comparative Law and Legal Culture series », 2014 ; T. Perroud, « L'encadrement des conflits d'intérêts dans l'Administration : de l'urgence à sortir d'une vision uniquement punitive », in A. Zarca (dir.), *Les outils au service de la déontologie : regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise*, Dalloz, 2020.

8.1. LA CAPACITÉ DE RÉSISTANCE DES MÉDIAS

La capacité de résistance des médias en France à l'arrivée d'une nouvelle majorité autoritaire ne semble pas parfaitement assurée, pour une raison simple, étayée par de nombreuses études : l'absence d'indépendance vis-à-vis des puissances financières ou l'indépendance fragile des médias vis-à-vis de l'État. L'accent sera mis ici sur la situation des médias traditionnels qui ont été fortement secoués par l'arrivée d'internet et dont la crise a largement profité à quelques investisseurs puissants.

8.1.1. Les médias privés : dépendance envers l'État et faiblesse du pluralisme

Le scénario hongrois est le suivant : l'attaque contre le pluralisme dans le secteur privé des médias a été principalement réalisée à partir de la constitution d'un cercle d'oligarques proches du pouvoir bénéficiant de la protection d'une autorité de régulation sous le contrôle du parti de M. Orbán, un accaparement des fonds publics sous diverses guises et un processus de suffocation financière des médias privés non encore contrôlés par le régime.

MISE AU PAS DU SECTEUR MÉDIATIQUE : L'« EXEMPLE » HONGROIS

« Le pluralisme des médias et la liberté d'expression s'érodent en Hongrie, sous les effets combinés d'une autorité de régulation des médias politiquement contrôlée et d'une intervention de l'État qui provoque une distorsion du marché des médias », observe la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Dunja Mijatović dans un mémorandum rendu public le 30 mars 2021.¹ Dans ce mémorandum, la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a dénoncé en particulier les aspects suivants :

- Les « campagnes de dénigrement menées en permanence contre les défenseurs des droits de l'homme et contre les journalistes d'investigation dans le but de paralyser la société civile et d'envoyer un message clair selon lequel toute forme de critique du gouvernement entraînera rapidement des représailles » ;
- La méconnaissance du rôle important des institutions indépendantes, qu'il s'agisse d'autorités de régulation ou d'instances judiciaires et le refus de « de tenir compte des décisions rendues par des juridictions nationales et internationales » ;

- « Les processus opaques de distribution des recettes publicitaires de l'État en fonction des allégeances politiques et le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au Conseil hongrois des médias, dont les membres sont tous choisis par le parti gouvernemental » ;
- Une dégradation de la situation en 2020 avec l'application de règles d'exception successives qui « a eu de puissants effets dissuasifs sur les juges et les fonctionnaires, sur les organisations de la société civile œuvrant pour la défense des droits de l'homme et sur les groupes marginalisés ».

En ce qui concerne la situation en France, deux points paraissent particulièrement importants : d'une part les médias privés sont en France étroitement dépendants de l'État ; d'autre part, la conception actuelle du pluralisme ne permettrait pas de prévenir une évolution à la « hongroise ».

8.1.1.1. La dépendance vis-à-vis de l'État

Les médias traditionnels français ont été, comme leurs homologues américains et anglais, particulièrement touchés par l'arrivée d'internet, ce qui s'est traduit d'une part par la baisse du nombre de journalistes et par la précarisation de leur statut par le recours aux pigistes. Julia Cagé² a parfaitement montré comment les médias français ne sont pas représentatifs de la diversité des intérêts de la société civile française.

Ce sont essentiellement les médias locaux qui ont subi la plus forte érosion. Par rapport au dynamisme de la presse locale du XIXe siècle, l'époque contemporaine fait pâle figure, à l'exception notable de Ouest France qui reste le quotidien le plus lu de France. La montée du populisme en France s'est manifestée d'abord à l'échelon local et on ne peut que constater la faible couverture par la presse locale des enjeux démocratiques de cet échelon de gouvernance. En réalité, l'échelon local constitue certainement le laboratoire de ce qui pourrait se passer au niveau national. La multiplication des mairies d'extrême droite ne s'est pas traduite, au niveau local, par l'émergence de contre-pouvoirs

rétablit la liberté journalistique et la liberté des médias », 30 mars 2021 :

https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/it-is-high-time-for-hungary-to-restore-journalistic-and-media-freedoms?_101_INSTANCE_ugj3i6qSEkhZ_languageId=fr_FR

2. J. Cagé, Sauver les médias. Capitalisme, financement participatif et démocratie. Paris, Le Seuil (La République des Idées), 2015.

1. Conseil de l'Europe, « Il est grand temps que la Hongrie

médiatiques forts, au contraire. On retient cependant la création de médias en ligne qui se posent comme des contre-pouvoirs (Marsactu à Marseille par exemple).

Le rapport des médias privés à l'État est d'autant plus compliqué en France qu'ils bénéficient d'aides nombreuses. Le ministère de la Culture recense six dispositifs d'aide¹. Le Monde a ainsi reçu près de 600 000 euros d'aides en 2019² ce qui, étant donné la composition du capital de ce journal, constitue en réalité une subvention pour les investissements dans la presse, d'investisseurs puissants. La gouvernance de ces fonds n'est pas claire. Julia Cagé formule ainsi ce constat pour le Fonds stratégique pour le développement de la presse (FSDP) : « Le choix de financer les projets de modernisation des journaux (et le montant des subventions) est en effet laissé à la discrétion d'un comité composé de représentants de l'administration et de la profession. Cela ne peut que fragiliser l'indépendance éditoriale des titres³ ». En outre, la menace possible du retrait de ces aides n'aide pas la presse à tenir une position objective vis-à-vis de l'État⁴.

À de nombreux égards donc, les médias privés français sont vulnérables aux influences politiques de leurs propriétaires⁵, mais aussi de l'État. Ils ne semblent donc pas en mesure de constituer un contre-pouvoir efficace en cas d'atteinte à l'État de droit.

8.1.1.2. Une conception juridique naïve du pluralisme des médias privés

L'exemple hongrois fait écho à des faits qui se sont déroulés en France, à savoir la prise de contrôle de certaines chaînes de télévision par des personnes proches du président de la République. Lors du mandat de Nicolas Sarkozy en ef-

fet, un étroit réseau d'amitié liait le président avec les grands groupes de médias, ce que la presse a dénoncé assez largement⁶. De même le soutien de son réseau dans les médias aurait été clef pour son élection⁷. Raphaëlle Bacqué a ainsi montré qu'il avait dû son élection à 25 ans d'investissement dans les médias⁸. Cet exemple ne sert qu'à illustrer la vulnérabilité potentielle du secteur privé des médias en France à une forme d'« entente », de « cartel » avec le pouvoir.

Ces relations incestueuses sont rendues possibles par une conception naïve du pluralisme. Le pluralisme tel que le Conseil constitutionnel l'a consacré, comme objectif de valeur constitutionnelle, sert à contrôler l'absence de concentration trop forte des médias privés. En conséquence, une même personne ou une même entreprise ne peut détenir un nombre trop important de médias privés⁹. La fonction de cet objectif « est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 précité soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché. »¹⁰ Mais on en reste à une pétition de principe. Le pluralisme n'a de portée réelle qu'en matière de contrôle des concentrations. Mais, le principe souffre à notre sens d'un impensé.

Ce principe aurait pu fonder l'indépendance des rédactions vis-à-vis des propriétaires. Il n'en a

1. Voir les chiffres sur cette page : <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Presse/Aides-a-la-Pressre/Chiffres-detaillies-par-aide-de-2012-a-2015>.

2. Voir le tableau détaillé ici : <https://www.culture.gouv.fr/Media/Medias-creation-rapide/Tableau-des-titres-aide-s-en-2019.pdf>

3. J. Cagé, *Sauver les médias : Capitalisme, financement participatif et démocratie*, Le Seuil, Coll. La république des idées, 2015, chap. 2.

4. « En pourcentage du chiffre d'affaires des journaux, les aides à la presse varient entre 1 % (Corse Matin) et 23 % (L'Humanité). Ce ratio s'élève à plus de 10 % pour le journal Le Monde et à près de 17 % du chiffre d'affaires pour Libération. » (Julia Cagé. « Sauver les médias: Capitalisme, financement participatif et démocratie. », préc.).

5. ACRIMED a amplement documenté cette influence : <https://www.acrimed.org/IMG/pdf/mediacritiques32.pdf>.

6. G. Rzepski, « Sarkozy et les médias, les médias face à Sarkozy », ACRIMED, 4 juin 2007 (Disponible ici : <https://www.acrimed.org/Sarkozy-et-les-medias-les-medias-face-a-Sarkozy>) ;

7. M. Bénilde, « Huit mois avant l'élection présidentielle en France M. Sarkozy déjà couronné par les oligarques des médias ? », *Le Monde Diplomatique*, Septembre 2006, pages 22 et 23 (Disponible ici : <https://www.monde-diplomatique.fr/2006/09/BENILDE/13928>).

8. R. Bacqué, « Nicolas Sarkozy, vingt-cinq ans d'investissement dans les médias », *Le Monde*, 19 février 2007 (Disponible ici : https://www.lemonde.fr/societe/article/2007/02/19/nicolas-sarkozy-vingt-cinq-ans-d-investissement-dans-les-medias_869028_3224.html).

9. CC 86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, cons. 35 et 36.

10. CC 84-181 DC, 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, cons. 38 ; CC 86-210 DC, 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, cons. 20 ; CC 93-333 DC, 21 janvier 1994, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 3 ; CC 2000-433 DC, 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 9.

rien été. Comme l'a montré Julia Cagé¹, le principe n'a pas permis de fonder l'indépendance des médias privés vis-à-vis des stratégies capitalistiques des investisseurs qui peuvent librement se servir de « leur » média (on rappellera que les chaînes de télévision occupent pourtant le domaine public) comme ils le souhaitent.

Cet état du droit permet donc une utilisation politique des médias privés. Rien en France n'empêcherait donc des médias privés de soutenir un président pendant son mandat. En période électorale, la présentation des points de vue est en revanche plus contrainte².

La fragilité des médias privés n'est pas compensée par les médias publics.

8.1.2. L'indépendance fragile des médias publics

Les médias publics français ont acquis leur indépendance du pouvoir politique dans les années quatre-vingt. Ils ne sont plus dépendants du pouvoir politique et soumis à la censure. En revanche tout lien n'est pas rompu entre le pouvoir politique et les médias publics (chaînes et radio). La nomination des présidents de chaînes fait ainsi toujours l'objet de débat. Le CSA a finalement récupéré cette compétence, mais le CSA est lui-même proche du pouvoir politique puisque les autorités de nomination du collège sont toutes politiques (3 sont désignés par le président de l'Assemblée nationale, 3 sont désignés par le président du Sénat, le président du Collège est désigné par le président de la République). L'actuel président vient de la Cour des comptes et le précédent du Conseil d'État, ce qui n'est aucunement un gage d'indépendance, au contraire. La tradition d'indépendance des médias publics français par rapport au pouvoir politique est plus fragile qu'elle ne l'est en Angleterre où la BBC fut indépendante dès son origine³.

De surcroît, la représentation de la société civile dans les médias publics est très insuffisante et très inférieure à ce que l'on peut trouver en Allemagne par exemple⁴.

1. J. Cagé, Sauver les médias, préc..

2. Pour un aperçu du cadre réglementaire en la matière le site du CSA est très complet : <https://www.csa.fr/Proteger/Garantie-des-droits-et-libertes/Proteger-le-pluralisme-politique>.

3. P. Trouillard, Le service public audiovisuel dans les États membres de l'Union européenne. Etude comparée France, Italie, Royaume-Uni, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2019.

4. H. Oehme, L'indépendance de l'audiovisuel public à l'égard

LA « RÉFORME » DES MÉDIAS PUBLICS EN POLOGNE ENTAMÉE FIN 2015⁵

« Le 28 décembre 2015, la majorité au pouvoir a déposé la loi dite "petite loi sur les médias" au Parlement qui, malgré les critiques dans le pays et sur la scène internationale, l'a adoptée. L'objectif déclaré de cette loi était de rationaliser la structure des radiodiffuseurs publics, de toute évidence trop lourde. Une disposition majeure de la loi prévoyait cependant que la nomination des membres du conseil de surveillance et du directoire des radios et télévisions publiques serait transférée du Conseil national de la radiodiffusion au ministère du Trésor et qu'il serait mis fin aux mandats de tous les membres en exercice de ces organes. La radiodiffusion du service public a ainsi été placée sous le contrôle strict des nouvelles autorités.

La petite loi sur les médias avait un caractère temporaire. Le 2 avril 2016, les autorités ont déposé trois nouvelles lois relatives aux médias de service public, dans le cadre d'un projet dit "grande loi sur les médias". Ces projets de loi visaient à transformer la radio et la télévision du service public en médias nationaux tenus de relayer les opinions du Président, du Premier ministre et des présidents du Sejm et du Sénat. Ces lois ont ensuite été communiquées au Conseil de l'Europe pour avoir l'avis d'experts qui ont conclu qu'elles constituent un retour à la télévision et à la radio d'État.

Face au tollé soulevé dans l'opinion publique et aux critiques dans le pays et dans le monde contre ces trois projets de loi, les autorités ont décidé de les retirer du programme du parlement. En remplacement, une loi plus limitée a été adoptée. Elle confie la nomination des organes de direction et de surveillance des organismes de radiodiffusion publics non plus au ministère du Trésor, mais à un Conseil national des médias créé récemment. Le Conseil national des médias comprend cinq membres: le Sejm en nomme trois et le Président de la Pologne deux, sur la base des propositions des deux plus grands groupes politiques au Sejm. S'il est encourageant de constater que cela garantit la représentation du Conseil, cela ne règle pas la question de la politisation des organes de contrôle des médias et de leur subordination aux intérêts des partis politiques.

Il est regrettable que l'objectif principal de ces lois de réforme semble avoir été de transférer, à la nouvelle majorité au pouvoir, le contrôle exercé par les autorités précédentes sur la radio et la télévision du service public. Ces réformes n'ont pas réglé la question du caractère politisé et orienté des organismes de radiodiffusion du service public. C'est une occasion manquée. Les autorités doivent être invitées à remédier à cette faiblesse importante et à garantir l'impartialité et le professionnalisme véritables du système de radiodiffusion public polonais. »

des institutions politiques en France et en Allemagne (préface Johannes Masing), Institut Francophone Justice Et Démocratie, 2019.

5. Conseil de l'Europe, paras 116-119.

Une comparaison avec l'Allemagne permet de comprendre les défauts du système français. Le pluralisme de l'audiovisuel public en Allemagne est garanti par le caractère fédéral de l'État. Autrement dit, alors que les Français n'ont accès qu'à un grand service public audiovisuel, les Allemands ont autant de médias publics que d'États.

Les points de faiblesse du cadre réglementaire français semblent donc être les suivants : le président de la République garde un pouvoir sur le secteur à travers son pouvoir de nomination du président du collège. En outre, la faiblesse de la démocratie parlementaire française ne permet pas de garantir un accord entre le président et le parti majoritaire à l'Assemblée nationale. Comme pour le secteur privé, il faudrait réfléchir à l'indépendance des rédactions des médias publics et à la pluralité des opinions des journalistes. L'intégration de la société civile dans un organe dédié, une sorte de Parlement à l'intérieur des chaînes publiques, pourrait en outre freiner l'exploitation politique.

Au total, les médias sont fragiles en France en raison de leur indépendance limitée. La protection des journalistes n'est en outre pas encore optimale, comme l'a montré l'affaire Clearstream par exemple. Une dérive autoritaire ne pourrait être empêchée que par une loi-cadre imposant dans l'ensemble des médias une indépendance des journalistes vis-à-vis des propriétaires privés comme publics et la réflexion sur l'introduction de contre-pouvoirs démocratique dans ces structures.

8.2. LA CAPACITÉ DE RÉSISTANCE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Comment évaluer la faculté de résistance de la société civile française dans l'hypothèse où une nouvelle majorité chercherait à mettre en place un processus de régression démocratique et de démantèlement de l'État de droit ? La réponse n'est pas aisée étant donné la tradition de l'État français hostile aux corps intermédiaires. La société française telle qu'elle a été façonnée par la Révolution française est une société atomisée, avec des corps intermédiaires faibles. On ne peut pas ici s'arrêter à la protection constitutionnelle de la liberté d'association, consacré dans la décision de 1971¹, car l'État

français a mis en place des mécanismes subtils pour mettre la société civile dans sa dépendance.

Il y a plusieurs façons de répondre à la question.

- D'abord en établissant les limites du principe constitutionnel protégeant la liberté d'association pour vérifier s'il pourrait protéger contre certaines dérives que l'on a pu constater en Hongrie.
- Ensuite, en alertant sur la faiblesse et même l'affaiblissement progressif des corps intermédiaires (syndicats, associations, etc.).
- Enfin, en mettant en évidence la dépendance des corps intermédiaires en France vis-à-vis de l'État.

1. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat

d'association.

LA LOI ANTI-ONG DE VIKTOR ORBÁN ET LA RÉPONSE DE LA COUR DE JUSTICE

En 2017, la Hongrie a adopté une loi présentée comme visant à assurer la transparence des organisations civiles recevant des dons en provenance de l'étranger. Aux termes de cette loi, ces organisations doivent s'enregistrer auprès des juridictions hongroises en tant qu'« organisation recevant de l'aide de l'étranger » dès lors que le montant des dons qu'elles ont reçus en provenance d'autres États membres ou de pays tiers sur une année dépasse un seuil déterminé. Lors de l'enregistrement, elles doivent également indiquer, notamment, le nom des donateurs dont l'aide a atteint ou dépassé un seuil d'environ 1 400 euros et le montant exact de l'aide. Cette information est ensuite publiée sur une plate-forme électronique publique accessible gratuitement. De plus, les organisations civiles concernées doivent mentionner, sur leur page d'accueil internet et dans toutes leurs publications, qu'elles sont une « organisation recevant de l'aide de l'étranger ».

Le 7 décembre 2017, la Commission a introduit un recours en manquement devant la Cour de justice à l'encontre de la Hongrie, en estimant que ladite loi violait tant le TFUE que la Charte. La Cour a pleinement accueilli les arguments de la Commission dans son arrêt du 18 juin 2020 dans l'affaire C-78/18 et a notamment jugé que la loi de M. Orbán viole les obligations qui incombent aux États membres au titre de la liberté de circulation des capitaux (article 63 TFUE) ainsi que des articles 7, 8 et 12 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatifs au droit au respect de la vie privée et familiale, au droit à la protection des données à caractère personnel et au droit à la liberté d'association.

En ce qui concerne la liberté d'association, la Cour a notamment jugé de manière similaire à la Cour européenne que « la liberté d'association constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et pluraliste, en ce qu'il permet aux citoyens d'agir collectivement dans des domaines d'intérêt commun et de contribuer, ce faisant, au bon fonctionnement de la vie publique ». En ce qui concerne les obligations mises en place par la loi hongroise, celles-ci ont été jugées comme constituant des limitations au droit à la liberté d'association, notamment en ce qu'elles rendent significativement plus difficiles l'action et le fonctionnement des associations et des fondations qui ne peuvent se justifier par aucun des objectifs d'intérêt général reconnus par l'UE.

En réponse au jugement, le régime de M. Orbán a cependant simplement entrepris de remplacer la loi de 2017 avec une nouvelle loi tout aussi attentatoire à la liberté d'association.¹

Nous montrerons ci-dessous qu'un rétrécissement de l'espace civique peut également être constaté en France, un constat également réalisé par le Conseil de l'Europe dans son rapport sur la liberté d'association².

8.2.1. Les limites de la liberté d'association

Le principe a reçu une consécration constitutionnelle en 1971. Quelle en est la portée ? Le juge constitutionnel déclare qu'« en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ». La protection constitutionnelle de la liberté d'association empêche l'« intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire »³. Le principe n'empêche pas tout contrôle comme le contrôle économique et financier de l'État, ainsi que le contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes lorsque les associations reçoivent de l'argent public⁴. La procédure de dissolution d'une association lorsque celle-ci porte atteinte à l'ordre public impliquait dès lors des garde-fous (la dissolution ne peut être prononcée que dans des cas limités, prévus par la loi, soit par le juge judiciaire soit par le gouvernement par décret en conseil des ministres).

On remarque cependant une augmentation de l'emprise du pouvoir de l'Administration sur les associations dans le cadre des politiques sécuritaires et islamophobes. La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République est venue conférer à l'Administration de nouveaux pouvoirs très dangereux pour la liberté d'association puisque celles qui reçoivent des fonds publics doivent s'engager à « 1°) À respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution ; 2°)

1. Amnesty International, Hungary: LexNGO finally repealed but a new threat is on the horizon, 18 mai 2021 : <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/05/hungary-lexngo-finally-repealed-but-a-new-threat-is-on-the-horizon/>

2. Conseil de l'Europe, Renforcement de la liberté d'association dans les États membres du Conseil de l'Europe. Disponible ici : <https://www.coe.int/fr/web/civil-society/strengthening-freedom-of-association>.

3. CC 71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, cons. 2 ; CC 2010-3 QPC, 28 mai 2010, Union des familles en Europe [Associations familiales], cons. 9 ; CC 2011-138 QPC, Association Vivraviry [Recours des associations], 17 juin 2011, cons. 3.

4. CC 2000-434 DC, 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse, cons. 40.

À ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ; 3°) À s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public ». Ces dispositions ont été validées par le Conseil constitutionnel qui a seulement émis une réserve limitant la période à prendre en compte pour la restitution des fonds¹. La procédure est entièrement administrative, et n'implique à aucun moment le recours à un juge. L'instauration de cette procédure est donc de nature à produire un « effet inhibiteur » (« *chilling effect* ») pour les associations. Comme nous l'avons relevé dans notre contribution extérieure, soumise au Conseil constitutionnel : « Les associations, comme tout un chacun, sont bien entendu soumises au respect de la loi. Il n'en reste pas moins que, par leur objet même ou encore par les modalités d'action qu'elles retiennent, certaines associations peuvent être amenées à se placer aux confins du respect de l'ordre public, voire choisir de le troubler pour que la cause qu'elles poursuivent soit visible, entendue ou tout simplement soit rendue effective. Il suffit pour s'en convaincre de songer aux associations humanistes (comme par exemple la Cimade ou le Secours catholique) d'aide aux migrants ou aux personnes qui se trouvent dans l'irrégularité au titre des règles relatives au séjour sur le territoire national, ou encore à certaines modalités d'action militante (occupations, protestations, manifestations, sitting...) »².

Au total, la liberté d'association est protégée constitutionnellement en France, mais on constate une emprise grandissante de l'Administration sur le monde associatif. Pour prévenir toute dérive autoritaire qui aboutirait à museler le monde associatif, il conviendrait de prévoir le recours systématique au juge judiciaire pour toutes les procédures ayant pour effet d'encadrer la liberté associative, ce qui n'est pas encore le cas en France.

À côté de ces aspects juridiques, le monde associatif est fragilisé par d'autres tactiques étatiques.

8.2.2. La faiblesse et même l'affaiblissement progressif des corps intermédiaires

L'existence d'une société civile dynamique, vivace, dépend de la vitalité des corps intermédiaires que constituent les syndicats, les associations et tous les modes d'actions collectives. Aux États-Unis, le fonctionnement communautaire de la société, l'importance de la philanthropie, la conscience du besoin de s'organiser pour avancer les intérêts de chaque communauté, de puissantes actions de groupe, assurent un financement important des corps intermédiaires. Tout ceci est absent en France.

Le syndicalisme est un bon champ d'observation de la perte de force de la société civile française. Le bilan est sans équivoque. La France connaît une « phase de déclin continu des organisations syndicales : échec répété de grandes mobilisations, faiblesse de l'action revendicative, déclin de la participation aux élections professionnelles, perte de confiance dans l'opinion et recul continu de la syndicalisation³ ». La France est l'antépénultième pays le moins syndiqué des pays membres de l'OCDE, d'après une étude de 2018⁴. De surcroît, dans la période récente, les nouvelles modalités de travail, que l'on regroupe sous le terme d'ubérisation, ont fortement contribué à cette tendance.

Cette situation rend plus précaire la capacité d'opposition de la société civile française.

En outre, le développement de l'industrie du lobbying en France, le pantouflage des hauts fonctionnaires préférentiellement dans des cabinets d'avocats d'affaires ou de grandes sociétés ont certainement encore affaibli les corps intermédiaires en augmentant l'inégalité d'accès à l'espace politique. Les ONG n'ont pas l'habitude de recourir à des professionnels du lobbying qui savent comment accéder aux politiques et aux administrateurs. De surcroît, dans un pays marqué par sa haute administration, laquelle dispose de toutes les clefs d'accès au processus d'élaboration de la loi, le pantouflage ferme encore davantage l'accès de l'État à la société civile. Il en découle un biais d'accès à l'espace public et à l'élaboration des politiques publiques en

1. CC 2021-823 DC, 13 août 2021, Loi confortant le respect des principes de la République.

2. Contribution extérieure soumise au Conseil avant l'examen de la loi du 13 août 2021 par Me Arié Alimi pour La Ligue des droits de l'Homme, le Syndicat de la Magistrature, le Syndicat des Avocats de France, avec les contributions de Mmes Véronique Champeil-Desplats, Stéphanie Hennette-Vauchez, MM. Raphaël Maurel et Thomas Perroud.

3. D. Andolfatto et D. Labbé, « La transformation des syndicats français. Vers un nouveau « modèle social » ? », Revue française de science politique, 2006/2 (Vol. 56), p. 281.

4. V. les statistiques de l'OCDE ici : <https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=TUD&lang=fr>.

défaveur des corps intermédiaires les plus à même d'opposer une capacité de résistance efficace face à un gouvernement autoritaire.

Un autre type de problème nous semble être la dépendance de la société civile vis-à-vis de l'État.

8.2.3. La dépendance des corps intermédiaires en France vis-à-vis de l'État

Les formes de dépendance des corps intermédiaires face à l'État sont de deux types : les corps intermédiaires sont en France très dépendants du financement étatique, et de multiples techniques juridiques de « reconnaissance » faisant de certains acteurs les interlocuteurs officiels de l'État, ce qui ne facilite pas la vitalité de la société civile en permettant une remise en cause des acteurs lorsque ceux-ci ne jouent pas correctement leur rôle de porte-parole.

D'une part, comme pour les médias, beaucoup d'acteurs de la société civile dépendent de financements étatiques directement ou indirectement, ce qui ne semble pas sain pour développer une culture d'opposition réelle. Voici le constat de l'Observatoire des libertés associatives :

« On a d'abord assisté, dans les années 2000, à une augmentation de la part des financements issus des collectivités territoriales, visant à compenser le désengagement de l'État. Mais celle-ci a fini par baisser du fait de contraintes budgétaires croissantes dans le cadre de la loi NOTRe. La transformation la plus significative est surtout la diminution substantielle des subventions au cours des dix dernières années (- 1,7 % par an sur 10 ans). Ces dernières ne représentent plus en 2017 que 20 % des ressources des associations, alors qu'elles constituaient 25 % de l'ensemble en 2011 et 34 % en 2005. Cette baisse des subventions a été compensée à la fois par le recours à des financements privés et philanthropiques ainsi que par la réalisation de missions de service public déléguées, grevant l'autonomie des associations. "La montée en charge des financements locaux et la privatisation croissante du financement du secteur associatif accroissent la dépendance des associations au contexte économique local", et fragilise d'autant plus les acteurs situés dans les territoires les plus pauvres. Cette précarisation a été accélérée par la suppression des

250000 emplois aidés CUI-CAE (Contrats d'accompagnement dans l'emploi, "d'emplois aidés") annoncée par le gouvernement à l'automne 2017, pour partie financés par l'État. Face à ce désengagement public, ce sont les financements privés qui prennent peu à peu, et seulement en partie, la place laissée vacante par l'État. Ces chiffres invisibilisent en outre de réelles disparités entre les grosses fédérations qui disposent de contrats pluriannuels de financement avec l'État, et les petites associations locales, peu professionnalisées et qui déploient leurs activités dans une grande précarité »¹. Le résultat en est une fragilisation avec une dépendance toujours importante à l'égard des pouvoirs publics locaux ou nationaux. La précarité des associations compromet leur vitalité dans la perspective de la résistance à un gouvernement autoritaire.

Il existe aussi un Fonds pour le Développement de la Vie Associative, mais dont la gouvernance et le fonctionnement assurent à l'État une prépondérance².

Comme l'affirme ce rapport, la situation des associations est particulièrement précaire au niveau local, les maires pouvant s'en servir de façon clientéliste.

Au canal du financement, il faut ajouter le canal juridique pour comprendre l'organisation de la dépendance à l'État. Un exemple récent semble emblématique de ce problème : l'agrément d'Anticor, association de lutte contre la corruption. Après six mois de suspens, le gouvernement a finalement renouvelé l'agrément d'Anticor lui permettant d'ester en justice dans les affaires de corruption en substitution du Parquet. Ce type de mécanisme fait donc peser sur la vie associative et la capacité d'action de la société civile un risque. La procédure de l'agrément semble logique, mais elle doit être confiée à une autorité indépendante du politique, la Haute

1. Observatoire des libertés associatives, Démocratie et associations : un contexte de contraintes structurelles. Disponible à cette adresse : <https://www.lacoalition.fr/Democratie-et-associations-un-contexte-de-contraintes-structurelles>.

2. V. ainsi : "Les demandes sont instruites par l'Etat. L'instruction est ensuite présentée au comité du FDVA, composé de représentants de tous les ministères – le fonds est interministériel –, de personnalités qualifiées d'associations – choisies par Le Mouvement Associatif et par le ministère – et d'autres personnalités qualifiées issues notamment d'organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA)." (Source : <https://www.fonda.asso.fr/ressources/le-fonds-pour-le-developpement-de-la-vie-associative-role-missions-et-enjeux>).

Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) semble d'ailleurs le meilleur candidat pour cela puisqu'il s'agit d'une autorité administrative indépendante, en charge de contrôler les déclarations de situation patrimoniale et les déclarations d'intérêts de certains responsables publics¹.

Il y a encore de multiples formes de reconnaissance comme la reconnaissance d'utilité publique qui permet aux associations de percevoir des dons défiscalisés. Encore une fois, la soumission des associations à certaines procédures assurant qu'elles respectent certaines conditions semble normale. Il faut en revanche soustraire ces procédures à toute influence politique.

On peut encore voir la fascination des ONG françaises pour l'État dans leur composition. Par exemple, le président de Transparency International France est un haut fonctionnaire, comme son prédécesseur. Ce type de lien, très caractéristique de notre pays, n'est pas propice à une posture d'opposition à l'État.

La société civile française est donc faible, d'une part, et dépendante de l'État, d'autre part, ce qui ne favorisera pas sa vitalité en cas d'atteinte à l'état de droit. La liberté d'association est certes protégée constitutionnellement, mais le juge constitutionnel ne s'est pas opposé aux atteintes récentes. Qu'en est-il à présent de l'université ?

8.3. LA CAPACITÉ DE RÉSISTANCE DE L'UNIVERSITÉ

Plusieurs éléments réduisent fortement la capacité de résistance de l'université. L'Université est d'abord affaiblie objectivement par l'État depuis des années avec une baisse des postes, ce qui alourdit encore davantage la charge de travail des universitaires qui ont peu de temps à consacrer à leur rôle de contre-pouvoir. L'université est ensuite très liée et dépendante de l'État central de multiples façons. Enfin, les universitaires français, à la différence de leurs homologues étrangers, n'ont pas de culture du conflit d'intérêts, particulièrement dans les facultés

1. V. Raphaël Maurel dans l'entretien qu'il a donné au journal Capital : « Anticor : « Il faut confier l'agrément des associations anti-corruption à une autorité indépendante », selon l'Observatoire de l'éthique publique », Capital, 23 mars 2021 (Disponible ici : <https://www.capital.fr/economie-politique/anticor-il-faut-confier-lagrément-des-associations-anti-corruption-a-une-autorite-indépendante-selon-lobservatoire-de-lethique-publique-1397893>).

de droit, ce qui ne place pas les universitaires à l'écoute de la société civile. Ici encore l'université, particulièrement la faculté de droit, est prise entre l'État d'une part et les intérêts puissants de la société. Ces deux derniers points seront traités en priorité ci-dessous.

Avant de traiter des points faibles du droit français dans ce domaine, il faut établir les protections dont bénéficient les universitaires. La liberté d'expression des universitaires est protégée constitutionnellement : « Considérant qu'en ce qui concerne les professeurs, auxquels l'article 55 de la loi confie des responsabilités particulières, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, et notamment par les dispositions relatives à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques »². La liberté d'expression des enseignants-chercheurs est donc protégée constitutionnellement des interventions de l'État qui viendrait la restreindre. Cette indépendance est forte vis-à-vis du public, mais elle est défailante lorsque les attaques viennent d'entreprises privées qui entendraient bâillonner un universitaire en intentant une action contre lui dont les répercussions financières pourraient être telles qu'elles le réduisent au silence. Ces procédures bâillons ont existé en France, par exemple contre Laurent Neyret en matière environnementale³. Laurent Neyret a finalement gagné, mais il est à craindre que le « chilling effect » ne fonctionne. De même, Bruno Deffains, qui avait critiqué l'attribution par l'ARCEP d'une nouvelle licence à Free, s'est vu infliger un traitement similaire⁴. Ces procédures sont en réalité extrêmement dissuasives.

La portée de la protection constitutionnelle est donc relative. D'autres fragilités doivent être soulignées.

La dépendance à l'État de l'université est sub-

2. CC 83-165 DC, 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur.

3. P. Robert-Diard, « Liberté d'expression : la justice soutient les chercheurs », Le Monde, 3 octobre 2017 (Disponible ici : https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2017/10/03/procedures-baillons-la-cour-d-appel-de-paris-au-soutien-de-la-liberte-d-expression-des-chercheurs_5195406_1653578.html).

4. P. Robert-Diard, La société Free Mobile déboutée de sa plainte contre un professeur d'économie, Le Monde, 4 mars 2013 (Disponible ici : https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/03/04/la-societe-free-mobile-deboutee-de-sa-plainte-contre-un-professeur-d-economie_1842410_3224.html).

tile, mais réelle, et particulièrement sensible dans les disciplines juridiques. Par exemple, à l'agrégation de droit, il y a toujours le représentant d'une juridiction suprême (Conseil d'État et Cour de cassation). Si les privatistes cultivent une tradition d'opposition à la Cour de cassation, ce n'est pas le cas pour les publicistes, et ce lien avec les juges dans une procédure de recrutement, unique au monde, n'est pas indifférent. De même, la nomination du président jury de ce concours est faite par le ministre, selon une procédure secrète. L'existence d'une institution comme le CNU, institution centralisée, comprenant des membres nommés par le ministère n'est pas vectrice d'une posture d'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique. L'ensemble de ces institutions centralisées, proches de l'État, ne sont pas une garantie de l'indépendance d'esprit et du pluralisme de la recherche.

De surcroît, l'absence de régulation des conflits d'intérêts universitaires — particulièrement sen-

sibles dans les champs scientifique et juridique — affaiblit l'université comme contre-pouvoir, car elle affaiblit son indépendance. À l'étranger, des mécanismes existent pour garantir l'impartialité des universitaires. C'est particulièrement sensible dans le domaine de la recherche scientifique (sur les médicaments ou les produits phytosanitaires), mais c'est aussi le cas en droit. Cette situation affecte la capacité des universitaires à jouer leur rôle de contre-pouvoir. En effet, l'érosion de la confiance accordée à la parole de l'expert ne peut que discréditer l'institution de manière générale, ce qui en retour la rend moins apte à critiquer efficacement l'action d'un gouvernement éventuellement autoritaire.

Il faut ajouter à ce tableau deux canaux de dépendance forte de l'université française vis-à-vis du pouvoir politique : le canal du financement, et le canal des diplômes. Le processus de reconnaissance et d'accréditation des diplômes n'est pas indépendant du pouvoir politique et n'est pas transparent.

MISE AU PAS DU SECTEUR UNIVERSITAIRE : L' « EXEMPLE » HONGROIS

Le 4 avril 2017, la Hongrie a adopté, en urgence, une loi portant modification de la loi relative à l'enseignement supérieur, présentée comme visant à garantir la qualité des activités d'enseignement supérieur, dont le principal objet était de procéder à une refonte du régime d'autorisation applicable aux établissements d'enseignement supérieur étrangers. Qu'ils aient ou non bénéficié d'un agrément antérieur, ces établissements sont désormais soumis à de nouvelles exigences, dont celles examinées par la Cour de justice dans l'affaire C-66/18, *Commission c. Hongrie*.

Dans son arrêt rendu dans cette affaire le 6 octobre 2020, la Cour, réunie en grande chambre, a accueilli le recours en manquement introduit par la Commission européenne contre cet État membre. La Cour a jugé en particulier que « s'agissant de l'exercice de l'activité des établissements d'enseignement supérieur, que la liberté académique n'avait pas uniquement une dimension individuelle, en ce qu'elle est associée à la liberté d'expression et, plus spécifiquement dans le domaine de la recherche, aux libertés de communication, de recherche et de diffusion des résultats ainsi acquis, mais également une dimension institutionnelle et organisationnelle trouvant son expression dans l'autonomie de ces établissements. Or, la Cour a constaté que les mesures litigieuses étaient susceptibles de mettre en péril l'activité académique des établissements d'enseignement supérieur étrangers concernés sur le territoire hongrois et, partant, de priver les universitaires concernés de l'infrastructure autonome, nécessaire à la conduite de leurs recherches scientifiques et à l'exercice de leurs activités pédagogiques, si bien que lesdites mesures étaient de nature à limiter la liberté académique protégée à l'article 13 de la Charte. De surcroît, la création de ces établissements relève des articles 14, paragraphe 3, et 16 de la Charte et, pour des motifs analogues à ceux qui viennent d'être évoqués, les mesures litigieuses constituent une ingérence dans les droits consacrés par ces dispositions. Ces diverses ingérences n'ayant pas trouvé de justifications au regard de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, la Cour a constaté que la Hongrie avait manqué aux dispositions précitées de celle-ci. »¹

Entre-temps, l'université visait par la loi de 2017 a été contrainte de déménager en novembre 2019 l'essentiel de ses activités à Vienne en novembre 2019. Depuis, le gouvernement de M. Orbán a entrepris de privatiser la grande majorité des universités afin de mieux les contrôler via des fondations contrôlées par des proches et sympathisants. Le 27 avril 2021, le Parlement hongrois a ainsi « adopté un ensemble de lois prévoyant la "privatisation" de onze nouvelles universités. Ces établissements, jusque-là considérés comme des institutions publiques, seront placés le 1^{er} août sous l'égide de fondations d'intérêt public. Leurs employés ne seront plus des fonctionnaires et leurs biens n'appartiendront plus à l'État. D'autres institutions culturelles, telles que des châteaux ou des installations touristiques, seront logées à la même enseigne. »²

1. Cour de justice, communiqué de presse no 125/50, 6 octobre 2021.

2. H. Bienvenu, « En Hongrie, Orbán privatise les universités à la chaîne », *Le Figaro*, 6 mai 2021.

Le financement de l'enseignement supérieur est encore un canal par lequel l'État central ou les collectivités locales assurent la dépendance du monde universitaire. L'annonce par Laurent Wauquiez du retrait d'une subvention de 100.000 euros par an versée par la région Auvergne-Rhône-Alpes à l'IEP de Grenoble est un exemple de la façon dont on peut, de façon discrétionnaire, sanctionner une institution universitaire pour un mobile purement idéologique¹.

Une mise au pas du monde universitaire, sur le modèle hongrois, est-elle possible en France ? Au total, il ressort deux choses : d'une part, la protection des enseignants-chercheurs vis-à-vis du pouvoir politique est forte, mais en droit. Des faiblesses existent : d'une part, les enseignants-chercheurs ne sont pas bien protégés des procédures baillonnées ; d'autre part, les institutions publiques de la recherche sont encore trop proches de l'État pour pouvoir jouer un rôle de contre-pouvoir effectif. Il semble que le pouvoir politique ne pourrait pas museler et utiliser le monde universitaire. Cependant, la dépendance trop forte du monde universitaire à l'État n'est pas la garantie d'un rôle de contre-pouvoir. L'enseignement universitaire privé est en outre aussi maintenu dans la dépendance à travers les procédures d'accréditation des diplômes. Enfin, si le pouvoir utilisait ses relais dans le privé pour attaquer les chercheurs, le cadre juridique serait déficient pour les protéger.

Pour conclure, la proximité de la société civile avec l'État à la fois par les canaux financiers, institutionnels et juridiques affaiblit la société civile et obère sa capacité de réaction aux dérives populistes.

Concernant les médias tout d'abord, il serait nécessaire d'assurer, pour les médias privés, l'indépendance des rédactions vis-à-vis des propriétaires pour éviter qu'une « entente » entre le pouvoir politique et certains oligarques n'aboutisse à supprimer toute opposition. Il faut en outre réfléchir à une conception beaucoup plus riche et contraignante du pluralisme dans l'espace public : interdiction des fusions, interdiction pour une même personne de détenir un titre de presse, une chaîne et une

radio, et des canaux numériques. Enfin, il conviendrait de réfléchir à l'intégration de la société civile comme contre-pouvoir dans ces sociétés. Pour les médias publics, il serait souhaitable de couper tout lien entre le président de la République, et les politiques en général et les présidents des chaînes. Ces présidents pourraient être nommés démocratiquement sur un programme qu'ils présenteraient publiquement.

Ensuite, en ce qui concerne la société civile, les atteintes à la liberté d'association grandissent. Le Conseil constitutionnel n'a pas freiné une évolution inquiétante. En outre les liens entre l'État et les associations sont déjà trop étroits pour garantir leur rôle de contre-pouvoir. Le monde associatif, dans de nombreux domaines, est capturé par l'État français. Il conviendrait de remettre du tiers. Toutes les procédures affectant la création, l'exercice et la dissolution des associations devraient être diligentées devant le juge judiciaire. De surcroît, toutes les questions de financement devraient être traitées par une autorité administrative indépendante, afin d'exclure les jeux politiques.

Concernant, enfin, l'université, il est clair que le statut des enseignants-chercheurs est protecteur. Cependant, il conviendrait de rendre la protection fonctionnelle obligatoire en cas de procédure bâillon émanant d'un acteur privé. Les liens entre le pouvoir politique et l'université devraient être limités ou exercés à travers des autorités indépendantes du pouvoir politique.

1. B. Laemle, S. Lecherbonnier, Sciences Po Grenoble dénonce une décision « politique » après la suspension de financements par Laurent Wauquiez, Le Monde, 21 décembre 2021.



TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	2
RÉSUMÉ	5
PRÉFACE	7
1. INTRODUCTION	11
PARTIE I : LE CADRE GÉNÉRAL D'ANALYSE	15
2. DÉRIVE AUTOCRATIQUE : MODE D'EMPLOI	17
2.1 Démantèlement de la démocratie et l'État de droit : Les étapes clés	17
2.2 Comment confisquer le pouvoir en un seul mandat électoral : l'exemple de la Hongrie d'Orbán	20
2.3 Étapes clefs du processus de transformation de la Pologne en second régime autoritaire de l'UE	24
La prise de contrôle progressive du pouvoir judiciaire	25
La saisie progressive des médias	27
3. ÉVALUATION DE LA SITUATION FRANÇAISE DANS LE RAPPORT ANNUEL SUR L'ÉTAT DE DROIT DE LA COMMISSION	31
3.1 Les rapports 2020 et 2021 sur l'État de droit en France	32
3.2 Mise en perspective par rapport à la situation en Hongrie et en Pologne	33

PARTIE II :	
ÉTUDE DU CAS FRANÇAIS – FORCES ET FAIBLESSES	37
4. LA SÉPARATION ENTRE L'EXÉCUTIF ET LE LÉGISLATIF	39
4.1. Le recours aux ordonnances de l'article 38	40
4.2. Les référendums	40
4.3. L'article 16 de la Constitution française	41
5. L'INDÉPENDANCE DE LA JUSTICE	45
5.1. L'ordre judiciaire	45
5.2. L'ordre administratif	49
5.3. Le Conseil Constitutionnel	51
6. LA FONCTION PUBLIQUE	55
6.1. Éléments d'équilibre	56
6.2. Identification des risques	57
6.2.1. La mobilisation du cadre juridique existant à des fins autoritaires	57
6.2.2. La neutralisation des obstacles statutaires à une dérive autoritaire	58
6.2.2.1. La désobéissance de l'agent public	58
6.2.2.2. L'organisation de la carrière	59
6.2.2.3. La transformation du cadre juridique existant au soutien d'une dérive autoritaire	60
7. AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET AUTRES AUTORITÉS DE RÉGULATION	63
7.1. Statut des autorités indépendantes	65
7.2. Nomination des membres des autorités indépendantes	67
7.3. Mandat des membres des autorités indépendantes	68
7.4. Budget	69
7.5. Contrôles externes	70
7.5.1. Le rôle de l'exécutif	70
7.5.2. Le rôle du Parlement	70
7.5.3. Le rôle du juge	71
7.6. Responsabilité	71

8. LES CONTRE-POUVOIRS NON INSTITUTIONNELS	73
8.1. La capacité de résistance des médias	74
8.1.1. Les médias privés : dépendance envers l'État et faiblesse du pluralisme	74
8.1.1.1. La dépendance vis-à-vis de l'État	74
8.1.1.2. Une conception juridique naïve du pluralisme des médias privés	75
8.1.2. L'indépendance fragile des médias publics	76
8.2. La capacité de résistance de la société civile	77
8.2.1. Les limites de la liberté d'association	78
8.2.2. La faiblesse et même l'affaiblissement progressif des corps intermédiaires	79
8.2.3. La dépendance des corps intermédiaires en France vis-à-vis de l'État	79
8.3. La capacité de résistance de l'université	81
TABLE DES MATIÈRES	85



60 rue Wiertz/Wiertzstraat 60
1047 Brussels, Belgium

www.greens-efa.eu
contactgreens@ep.europa.eu

