

Les autorités administratives indépendantes

Edité par
François Bellanger et Thierry Tanquerel

Sommaire

	Avant-propos	7
FRANÇOIS BELLANGER	Le phénomène des autorités administratives indépendantes	9
FRÉDÉRIC VARONE, KARIN INGOLD	L'indépendance des agences nationales de régulation	37
CHRISTIAN BOVET	Les autorités de surveillance et de régulation	63
STÉPHANE GRODECKI	Les autorités fédérales d'arbitrage et d'exécution de tâches publiques	85
NICOLAS WISARD	Les autorités administratives indépendantes cantonales	105
THIERRY TANQUEREL	La responsabilité des autorités administratives indépendantes	153
VINCENT MARTENET	Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes	183

Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

*Président de la Commission fédérale de la concurrence**

I. Introduction

Les autorités administratives indépendantes ne font pas partie du pouvoir judiciaire. Elles sont en principe dotées d'un pouvoir décisionnel qui peut s'avérer important et accomplissent, pour certaines à tout le moins, des tâches quasi-juridictionnelles.

Le pouvoir décisionnel des autorités administratives indépendantes appelle un contrôle judiciaire. En effet, un recours doit être ouvert contre les décisions qu'elles rendent, ne serait-ce qu'en raison du droit fondamental d'accéder à un juge, reconnu à tout particulier¹. En même temps, la nature administrative de ces autorités implique un contrôle ou – le terme nous paraît plus approprié compte tenu de la Constitution fédérale² – une surveillance politique. Celle-ci doit cependant tenir compte de l'indépendance dont bénéficient ces autorités.

Le contrôle des autorités administratives indépendantes ne se limite pas à la possible saisine d'autorités judiciaires de recours ou à la surveillance incombant aux autorités politiques. D'autres procédures, qui ne seront pas examinées dans la présente contribution, y contribuent également. Les actions en responsabilité civile, voire pénale, ainsi que la simple

* Les opinions exprimées dans les pages qui suivent n'engagent que leur auteur.

1 Art. 29a et 30, al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101) ainsi que 6, § 1 CEDH et 14, § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II – RS 0.103.2) pour les « contestations sur [d]es droits et obligations de caractère civil » et les « accusation[s] en matière pénale ».

2 Art. 169 et 187, al. 1, let. a Cst.

possibilité que de telles actions soient intentées remplissent notamment une fonction de contrôle – au sens large – sur l'autorité concernée et son activité³. Il en va de même des dénonciations à l'autorité de surveillance⁴.

L'analyse qui suit porte essentiellement sur le contrôle des autorités administratives fédérales. Nous nous sommes résolu à une telle limitation en raison de l'ampleur du sujet et du fait que le droit fédéral est riche d'enseignements en ce domaine.

II. Le contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire est en premier lieu exercé par le Tribunal administratif fédéral. Certaines mesures d'enquête peuvent cependant donner lieu à des plaintes devant le Tribunal pénal fédéral. Le recours au Tribunal fédéral est largement ouvert contre les arrêts rendus par ces tribunaux fédéraux. Des exceptions sont toutefois prévues par la législation applicable. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie d'une requête individuelle après l'épuisement des voies de recours internes.

A. Le recours devant le Tribunal administratif fédéral

1. *La compétence du Tribunal administratif fédéral*

a. Les actes sujets à recours

Une voie de recours est largement ouverte au Tribunal administratif fédéral contre les décisions rendues par les autorités administratives fédérales indépendantes⁵. Les décisions finales ainsi que bon nombre de

³ Sur la responsabilité des autorités administratives indépendantes, voir la contribution de THIERRY TANQUEREL publiée dans le présent ouvrage.

⁴ Voir art. 71 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.021).

⁵ Art. 44 ss PA ainsi que 33, let. e (établissements et entreprises de la Confédération), let. f (commissions fédérales) et let. h (autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées) de la loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF – RS 173.32). Voir notamment ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle, 2008, p. 14, n° 1.34. Voir néanmoins art. 32, let. g LTAF (décisions rendues par l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision).

décisions incidentes sont attaquables⁶. Un recours pour déni de justice ou retard injustifié à statuer est également possible⁷. Relevons cependant que dans quelques domaines, l'absence de décision dans un certain délai équivaut à une autorisation⁸.

En revanche, les recommandations, avis et autres informations des autorités administratives indépendantes ne sont pas directement exposés à un recours⁹. La compétence du Tribunal administratif fédéral s'étend toutefois aux recours contre des décisions relatives à des actes matériels¹⁰. Or, une information, une recommandation ou un avis d'une autorité administrative indépendante peut s'avérer être un acte matériel illicite au sens de l'article 25a PA¹¹. A titre d'illustration, une recommandation divulguant des faits couverts par le secret de fonction est en principe un acte matériel illicite. L'autorité compétente peut être requise de statuer par une décision, par exemple, pour constater l'illicéité d'un tel acte¹². La décision est alors sujette à recours¹³.

L'obligation de statuer par une décision n'incombe toutefois à l'autorité compétente que lorsque les conditions de l'article 25a, al. 1 PA sont

6 Art. 44-46 PA.

7 Art. 46a PA.

8 Voir spécialement art. 32, al. 1, 3^e phrase, et 34, 2^e phrase, de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart – RS 251), à propos du contrôle des concentrations en droit de la concurrence.

9 Voir art. 44 PA *a contrario*, qui ouvre le recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA (voir MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER [n. 5] p. 23 n° 2.1; MARKUS MÜLLER, « art. 44 », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER [éd.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St-Gall, 2008, nos 1-3; FELIX UHLMANN, « art. 5 », in: WALDMANN/WEISSENBERGER [éd.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève, 2009, n° 89).

10 Art. 25a PA.

11 UHLMANN (n. 9) n° 90; voir également BEATRICE WEBER-DÜRLER, « art. 25a », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St-Gall, 2008, nos 7 et 37; ISABELLE HÄNER, « art. 25a », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève, 2009, n° 7.

12 Art. 25a, al. 1, let. c et al. 2 PA.

13 Art. 44 PA. Voir notamment MARIANNE TSCHOPP-CHRISTEN, *Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG)*, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève, 2009, p. 170 s.

réunies¹⁴. Tel ne sera généralement pas le cas lorsqu'une recommandation, une expertise, une prise de position ou un avis d'une autorité administrative indépendante repose sur une interprétation erronée et, partant, illicite de règles de droit ou se fonde sur des règles qui n'étaient pas applicables. Il convient de distinguer à cet égard, d'une part, les recommandations, expertises, prises de position, préavis et avis rendus dans une procédure législative¹⁵ et, d'autre part, celles et ceux qui se rapportent à des procédures conduisant à l'adoption de décisions et entretiennent une relation fonctionnelle avec celles-ci¹⁶. A l'égard des premiers, les particuliers ne pourront généralement pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection¹⁷ permettant d'exiger de l'autorité compétente qu'elle statue par une décision. Les seconds ne sont qu'une étape de la procédure. Les parties sont évidemment légitimées à se déterminer à leur sujet en se fondant sur leur droit d'être entendues¹⁸, mais elles ne sauraient en principe déclencher le mécanisme de l'article 25a PA contre de tels actes¹⁹. Elles feront, en règle générale, valoir leurs griefs dans le cadre de recours contre des décisions incidentes ou contre la décision finale dans la mesure prévue par les articles 44 à 46 PA²⁰. Un contrôle judiciaire est assuré de ce point de vue. Néanmoins, lorsque l'acte en cause n'est pas exposé à ce contrôle direct ou que ce contrôle s'avère insuffisant, l'article 25a PA peut, lorsque les conditions qu'il comporte sont réunies, ouvrir la voie du contrôle judiciaire²¹.

14 Sur ces conditions, voir notamment TSCHOPP-CHRISTEN (n. 13) p. 94 ss.

15 Voir notamment art. 45, al. 2 et 46 LCart; art. 8, al. 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI – RS 943.02).

16 Voir notamment art. 15, al. 1 et 47 LCart; art. 8, al. 3 et 10 LMI.

17 Art. 25a, al. 1 *in initio* PA.

18 Art. 29, al. 2 Cst. et 26, al. 1, let. a et b ainsi que 29 PA.

19 WEBER-DÜRLER (n. 11) n° 31 et les références; comp. aussi ALEXANDRE FLÜCKIGER, « Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires », RDS 2004 II 159, p. 283 ss, n°s 230-233 et les références; MARKUS MÜLLER, « Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte », in: TSCHANNEN (éd.), *Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz*, Berne, 2007, p. 325 ss; HÄNER (n. 11) n° 9; TSCHOPP-CHRISTEN (n. 13) p. 131 ss.

20 Voir notamment PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II, 2^e éd., Berne, 2002, p. 27; FLÜCKIGER (n. 19), p. 283 ss, n° 233.

21 Dans un sens voisin, WEBER-DÜRLER (n. 11) n° 31 *in fine*.

b. Une compétence large

La compétence très large dont bénéficie le Tribunal administratif fédéral sur le plan matériel lui donne la possibilité de développer une jurisprudence transversale cohérente, porteuse d'enseignements communs à plusieurs domaines du droit. Une concertation interne est cependant très importante, spécialement pour une institution qui compte un grand nombre de juges²². A cet égard, une cour du Tribunal administratif fédéral ne peut s'écarter de la jurisprudence arrêtée par une ou plusieurs autres cours qu'avec l'accord des cours intéressées – concernées, en réalité – réunies²³. Par ailleurs, lorsqu'une cour entend trancher une question juridique concernant plusieurs cours, elle sollicite l'accord des cours intéressées réunies si elle est d'avis qu'une décision commune est souhaitable pour le développement du droit ou pour l'uniformité de la jurisprudence²⁴.

S'agissant des recours contre des décisions des autorités administratives fédérales indépendantes, le risque de divergences existe tout particulièrement entre les deux premières cours du Tribunal administratif fédéral. La première est notamment compétente pour les affaires en matière de projets d'infrastructure, d'énergie, de poste et télécommunications ou encore de radio et télévision, tandis que la deuxième traite notamment de celles en matière de marchés publics, de concurrence, de surveillance des instituts de crédit et des bourses ou de surveillance des assurances privées²⁵.

Le risque de divergences est encore accru dans les domaines de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire, puisque chaque cour est compétente pour les affaires relevant de sa compétence au fond²⁶.

22 Voir art. 1 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale relative aux postes de juge près le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.321; 65 postes de juge au plus) ainsi que les art. 1 et 2 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant l'augmentation temporaire du nombre de postes de juge au Tribunal administratif fédéral du 25 septembre 2009 (RS 173.322; 70 juges au plus jusqu'au 31 octobre 2011).

23 Art. 25, al. 1 LTAF. Sur ce point, voir PIERRE LOUIS MANFRINI, « Le Tribunal administratif fédéral », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève/Zurich/Bâle, 2006, p. 39 ss.

24 Art. 25, al. 2 LTAF. Voir spécialement MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (n. 5) p. 8 ss et 90 n^{os} 1.19 et 2.200.

25 Annexe du règlement du Tribunal administratif fédéral du 17 avril 2008 (RTAF – RS 173.320.1), ch. 1 et 2.

26 Annexe du RTAF, ch. 1, 2, 3 et 4 *in fine*.

c. Une compétence exempte de contrôle par le Tribunal fédéral dans quelques domaines

Le Tribunal administratif fédéral statue en dernier ressort dans certains domaines concernant les autorités administratives fédérales indépendantes. Ni le recours en matière de droit public²⁷, ni le recours constitutionnel subsidiaire²⁸ ne sont ainsi ouverts à l'encontre des décisions en matière d'entraide administrative internationale ou de celles du Tribunal administratif fédéral en matière de télécommunications et de radio-télévision qui concernent une concession ayant fait l'objet d'un appel d'offres public ou un litige découlant de l'article 11a de la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC)²⁹. Les arrêts du Tribunal administratif fédéral rendu en matière d'offres publiques d'acquisition³⁰ ne sont pas non plus exposés à un recours devant le Tribunal fédéral³¹.

Il est regrettable que tout recours au Tribunal fédéral soit exclu dans ces domaines³². Le législateur fédéral aurait été bien inspiré de réserver au moins les contestations soulevant une question juridique de principe. Certaines décisions en matière d'entraide administrative dans le secteur financier³³ ou d'interconnexion dans le domaine des télécommunications³⁴ soulèvent, potentiellement à tout le moins, des questions de prin-

27 Art. 83, let. h et p de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110).

28 Art. 113 LTF *a contrario* (les décisions ne sont pas rendues par des « autorités cantonales de dernière instance », mais par le TAF).

29 RS 784.10.

30 Art. 22 ss de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM – RS 954.1).

31 Art. 83, let. u LTF.

32 Cette lacune est un peu moins marquée pour les décisions en matière d'offres publiques d'acquisition (art. 83, let. u LTF) car ces décisions peuvent être contestées successivement devant deux autorités fédérales: l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et le Tribunal administratif fédéral (voir notamment BERNHARD ISENRING, « Das neue Finanzmarktaufsichtsrecht in der Schweiz – ein Überblick », *Jusletter* du 26 janvier 2009, n° 49).

33 ATAF du 21 janvier 2010 (A-7789/2009); voir aussi ATAF 5 janvier 2010 (B-1092/2009), arrêt très important contre lequel il n'est pas certain que le recours au Tribunal fédéral soit ouvert (cf. c. 16).

34 Voir notamment ATAF du 1^{er} février 2010 (A-7162/2008); ATAF du 12 février 2009 (A-109/2008), c. 4.

cipe fondamentales qui devraient pouvoir être soumises à notre plus haute juridiction. Celle-ci pourrait ainsi contribuer à une bonne interprétation de l'ensemble des domaines juridiques dont ont la charge les autorités administratives indépendantes. A titre d'illustration, il serait hautement souhaitable que le Tribunal fédéral puisse examiner les questions de principe que soulève la décision-pilote rendue par le Tribunal administratif fédéral dans le cadre de la transmission d'informations des autorités suisses aux autorités fiscales américaines³⁵. La solution, retenue par le législateur fédéral, consistant à fermer tout recours au Tribunal fédéral prête à la critique. Une révision de la LTF paraît opportune sur ce point.

2. *Le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral*

a. *Le régime de la loi fédérale sur la procédure administrative*

Le Tribunal administratif fédéral jouit d'un plein pouvoir d'examen lorsqu'il est saisi d'une décision rendue par une autorité administrative fédérale indépendante³⁶. Il revoit ainsi librement la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents³⁷. De par la loi, son examen peut aussi porter sur l'éventuelle inopportunité d'une décision³⁸. Ce dernier grief n'est que rarement admis en pratique³⁹. Au reste, le Tribunal administratif fédéral est censé s'imposer une importante retenue lorsqu'un recourant invoque l'inopportunité d'une décision au sens de l'article 49, lettre c PA⁴⁰. Une telle retenue n'est cependant pas toujours justifiée, en particulier lorsqu'est en cause une sanction considérée comme pénale en vertu des articles 14 du Pacte ONU II et

³⁵ ATAF du 21 janvier 2010 (A-7789/2009), à noter que la décision en cause émanait de l'administration centrale et non pas d'une autorité administrative fédérale indépendante. Le même souhait peut être émis à propos de l'arrêt de principe suivant: ATAF du 15 juillet 2010 (A-4013/2010).

³⁶ Art. 49 PA, sur renvoi de l'art. 37 LTAF.

³⁷ Art. 49, let. a et b PA.

³⁸ Art. 49, let. c PA.

³⁹ BENJAMIN SCHINDLER, « art. 49 », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/St-Gall, 2008, n° 32.

⁴⁰ MANFRINI (n. 23) p. 36 ss.

6 CEDH. Dans ce cas, un contrôle limité à l'abus et à l'excès du pouvoir d'appréciation ne suffit pas à notre avis⁴¹.

Le pouvoir d'examen dont dispose le Tribunal administratif fédéral ne correspond pas à une simple faculté dont celui-ci pourrait ou non faire usage. Il s'agit d'une véritable obligation découlant de l'article 49 PA⁴². En d'autres termes, le Tribunal administratif fédéral doit juger les affaires en exerçant son plein pouvoir d'examen. Sous réserve des limites admissibles, la renonciation à exercer un tel pouvoir constitue un déni de justice formel ainsi qu'une violation du droit d'être entendu, au sens de l'article 29, alinéas 1 et 2 Cst.⁴³.

Dans un arrêt au moins concernant un litige en matière d'interconnexion⁴⁴ – qui ne constituait cependant pas une « accusation en matière pénale » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH –, le Tribunal administratif fédéral a fait preuve d'une très grande retenue qui confinait, à certains égards, à un contrôle limité à l'arbitraire⁴⁵. A notre sens, il ne s'est pas limité, dans cet arrêt, à respecter le pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée, ni n'a fait preuve de la retenue admissible en matière technique⁴⁶. En somme, son contrôle ne fut pas pleinement effectif⁴⁷ et n'était pas suffisant au regard des articles 29, al. 1, 29a et 30, al. 1 Cst. ainsi que

41 Voir *infra* II, A, 3, a.

42 ATAF du 15 janvier 2008 (B-3490/2007), c. 3.1 ; voir également MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (n. 5) p. 74, n° 2.153 ; RETO FELLER/MARKUS MÜLLER, « Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung – Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009 », *ZBI* 2009 442, p. 445 ss.

43 ATF 133/2007 II 35, X. SA, c. 3 et les références. Voir également SCHINDLER (n. 39) n° 21 ; FELLER/MÜLLER (n. 42) p. 446. S'agissant des limites admissibles, voir *infra* II, A, 3.

44 Art. 11 et 11a LTC.

45 ATAF du 12 février 2009 (A-109/2008), c. 4 ss (cf. en particulier c. 9.4.4 : « Das BVGer sieht sich nicht veranlasst, von der umfassenden und klaren Begründung der Vorinstanz, die weitgehend mit dem Gutachten der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde übereinstimmt, abzuweichen. Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzulegen, inwiefern der Vorinstanz eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist. » et c. 10.4.3 : « Auch das BVGer erkennt weder offensichtliche Mängel noch innere Widersprüche, die ein Abweichen vom Gutachten gebieten würden. » ; cf. néanmoins ATAF du 1^{er} février 2010 (A-7162/2008), c. 4.

46 Dans ce sens également, FELLER/MÜLLER (n. 42) pp. 459-462.

47 Également critiques, mais en se fondant sur l'art. 49 PA, FELLER/MÜLLER (n. 42) p. 459 ss.

49 PA, voire des articles 14, § 1 du Pacte ONU II et 6, § 1 CEDH pour leur volet civil⁴⁸.

b. Les exigences résultant du droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable, au sens des articles 14, § 1 du Pacte ONU II et 6, § 1 CEDH, vise les contestations sur des droits et obligations de caractère civil d'une part, et les accusations en matière pénale d'autre part. Ces notions sont autonomes. Les procédures qui se déroulent devant les autorités administratives indépendantes peuvent, pour certaines d'entre elles, revêtir un caractère civil ou pénal au sens des dispositions précitées. Les procédures susceptibles de conduire au retrait d'une autorisation d'exercer une activité ou à une interdiction de pratiquer une profession ou une activité sont généralement civiles au sens des dispositions précitées⁴⁹; celles qui peuvent donner lieu au prononcé d'une sanction pécuniaire d'au moins quelques centaines de francs sont en principe pénales⁵⁰.

Le fait que la procédure soit qualifiée d'administrative par le droit fédéral n'empêche pas l'application des garanties du procès équitable. Parmi ces garanties figure le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. Or les autorités administratives indépendantes ne sont pas des tribunaux au sens des articles 14, § 1 du Pacte ONU II et 6, § 1 CEDH. La question revêt une acuité toute particulière pour la Commission de la concurrence (Comco), compte tenu du pouvoir conféré à celle-ci d'infliger des sanctions⁵¹, importantes le cas

48 Ce litige pourrait être considéré comme civil au sens de l'art. 6, § 1 CEDH car il porte en fin de compte sur des droits patrimoniaux (sur ce critère, voir notamment JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2007, pp. 356-358, n° 281 s.; FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., Paris, 2008, p. 354, n° 205). La question n'a cependant pas été tranchée par le Tribunal administratif fédéral à notre connaissance.

49 ACEDH du 13 décembre 2007, *Foglia c. Suisse*, requête n° 35865/04, § 62 et *H. c. Belgique* du 30 novembre 1987, Série A n° 127-B, § 47 s. Sur la « matière civile », voir notamment SUDRE (n. 48) pp. 353-362, n° 205 s.

50 ACEDH du 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, série A n° 177, § 31. Sur la « matière pénale », voir notamment SUDRE (n. 48) pp. 364-370, n° 208 s.

51 Art. 49a ss LCart. Voir également art. 39 de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005 (LSR – RS 221.302) pour l'Autorité de surveillance en matière de révision (ASR); art. 58, al. 4 et 60, al. 2 LTC pour la Commission de la communication (ComCom); art. 51 de la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu du 18 décembre 1998 (LMJ – RS 935.52) pour la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ).

échéant. Celle-ci est une autorité administrative indépendante⁵². Cet avis correspond à celui du Conseil fédéral⁵³, de la Comco elle-même⁵⁴ et de la doctrine nettement majoritaire⁵⁵. Le Tribunal administratif fédéral a, pour sa part, laissé la question indécise⁵⁶.

Si la procédure de première instance se déroule devant des organes qui ne sont pas intégrés aux structures judiciaires ordinaires, il est admis que ces organes ne doivent pas nécessairement remplir les exigences du procès équitable⁵⁷. Le justiciable doit toutefois bénéficier d'un recours

52 Cf. art. 19, al. 1, 1^{re} phrase LCart: « La commission est indépendante des autorités administratives. ». Pour le surplus, voir VINCENT MARTENET, « Les garanties procédurales dans les procédures administratives fondées sur la loi sur les cartels », in: STOFFEL/AMSTUTZ/DUCREY (éd.), *Droit des cartels suisse: année de changement*, Genève/Zurich/Bâle, 2010 (à paraître), ch. IV.

53 Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, FF 2002 1911, p. 1928.

54 Décision de la Comco du 5 février 2007 (Swisscom Mobile), DPC 2007/2 241, p. 249, ch. 40.

55 Cf. notamment YVO HANGARTNER, « Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003 », in: STOFFEL/ZÄCH (éd.), *Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen*, Zurich/Bâle/Genève, 2004, p. 267 ss; PIERRE KOBEL, « Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal », *PJA* 2004 1150, p. 1157; JÜRIG BORER, « Art. 18 », *Kartellgesetz – Kommentar*, 2^e éd., Zurich, 2005, n° 9; SIMON BANGERTER, « art. 19 », in: AMSTUTZ/REINERT (éd.), *Kartellgesetz*, Basler Kommentar, Bâle, 2010, n° 14 et les références; *contra*: ASTRID WASER, *Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren*, thèse Zurich, Zurich, 2002, pp. 140-143.

56 ATAF du 27 avril 2010 (B-2977/2007), c. 8.1.1.4; ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 5.4.

57 ACEDH du 14 novembre 2000, *Riepan c. Autriche*, requête n° 35115/97, Rec. 2000-XII, § 39 et les arrêts cités: « La Cour rappelle que, dans le domaine des procédures qui ne sont qualifiées ni de « civiles » ni de « pénales » par le droit interne, mais de disciplinaires ou administratives, il est bien établi que la mission de juger des infractions disciplinaires ou mineures peut être dévolue à des organes professionnels ou administratifs qui ne satisfont pas eux-mêmes aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention, pour autant qu'ils soient soumis au contrôle d'un organe juridictionnel jouissant de la plénitude de juridiction [...]. La Cour a ainsi admis que dans ce genre de procédures les organes inférieurs peuvent ne pas remplir les conditions requises pour pouvoir être considérés comme des tribunaux indépendants et impartiaux, et que les audiences organisées devant eux peuvent ne pas être publiques. ». Sur cette jurisprudence, voir spécialement SUDRE (n. 48) pp. 370-373, n° 210.

devant un organe judiciaire indépendant, doté de la plénitude de juridiction et respectant toutes les garanties de l'article 6 CEDH⁵⁸.

Le Tribunal administratif fédéral est un tribunal indépendant et impartial au sens des articles 14, § 1 du Pacte ONU II et 6, § 1 CEDH⁵⁹. Le recours au Tribunal administratif fédéral est susceptible d'assurer, sur le plan institutionnel à tout le moins, la compatibilité des procédures administratives soumises à ces deux articles avec le droit à un procès équitable⁶⁰. Cela suppose que le Tribunal administratif fédéral utilise effectivement son plein pouvoir d'examen. Le recours de « pleine juridiction » suppose en effet non seulement que la juridiction supérieure détienne « le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise »⁶¹, mais aussi qu'elle se comporte effectivement comme un tribunal de pleine juridiction, par exemple, en recueillant elle-même des preuves et en procédant à une nouvelle audition de témoins⁶². Ce point est controversé, mais le Tribunal administratif fédéral a lui-même récemment estimé qu'il était en mesure de le faire de manière conforme à l'article 6, § 1 CEDH⁶³.

Certes, la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme concerne essentiellement les procédures relatives au jugement

58 Voir notamment ACEDH du 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, série A, n° 328-A, § 34 et les arrêts cités. S'agissant de la doctrine, cf. notamment STEPHAN BREITENMOSER, *Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht – ein Überblick*, RSDIE 2007 415, p. 432 ss.

59 ATAF du 27 avril 2010 (B-2977/2007), c. 8.1.1.5; ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 5.6.3. Sur l'indépendance, cf. art. 2 LTAF: « Dans l'exercice de ses attributions judiciaires, le Tribunal administratif fédéral est indépendant et n'est soumis qu'à la loi. ». S'agissant de la doctrine, voir notamment MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, « Art. 49a-53 », in: AMSTUTZ/REINERT (éd.), *Kartellgesetz*, Basler Kommentar, Bâle, 2010, n° 237 et les références.

60 Décision de la Comco du 5 février 2007 (*Swisscom Mobile*), DPC 2007/2 241, p. 249 ss, ch. 41-43; S'agissant de la doctrine, voir notamment MANFRINI (n. 23) p. 30; CARL BAUDENBACHER, *Grundprobleme des schweizerischen Kartellrechts: Institutionnelles Setting – Vertikale Abreden – Sanktionierung von Einzelpersonen – Zivilrechtliche Verfahren, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft*, Berne 2009, p. 32 ss; pour le surplus, cf. MARTENET (n. 52), ch. IV.C.

61 ACEDH *Schmautzer* (n. 58) § 36.

62 ACEDH *Riepan* (n. 57) § 41.

63 ATAF du 27 avril 2010 (B-2977/2007), c. 8.1.1; ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 5.5 et 5.6.

d'infractions disciplinaires ou mineures⁶⁴. Toutefois, la Cour note, dans une optique générale, que « des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier, en matière civile ou pénale, l'intervention d'organes non juridictionnels ne satisfaisant *a priori* pas aux garanties de l'article 6 »⁶⁵. La Cour n'a du reste pas vu de violation de l'article 6 CEDH dans le fait qu'une amende de plus de trois millions d'euros soit infligée par un service de douanes et que l'accès à un tribunal indépendant et impartial ne soit réalisé que devant l'autorité de recours⁶⁶; il est vrai toutefois que cet arrêt portait en réalité sur d'autres aspects de l'article 6 CEDH, telle que la présomption d'innocence.

Les exigences découlant des articles 29a et 30, al. 1 Cst. s'inscrivent dans la même perspective, étant entendu que leur champ d'application est plus vaste puisqu'il ne se limite pas aux contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou à des accusations en matière pénale. Ainsi, un tribunal doit-il être doté d'un plein pouvoir d'examen pour répondre aux exigences de ces normes constitutionnelles⁶⁷.

3. *Les limites admissibles du contrôle*

a. Le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative indépendante

Les autorités administratives fédérales indépendantes jouissent généralement d'un certain pouvoir d'appréciation. Il n'appartient pas au Tribunal administratif fédéral de l'annihiler en le vidant de toute sa substance⁶⁸. Le Tribunal administratif fédéral doit vérifier que les autorités indépendantes n'en abusent pas, ni ne l'excèdent; il est aussi en

⁶⁴ ACEDH *Riepan* (n. 57) § 39.

⁶⁵ ACEDH du 1^{er} mars 2005, *Linnekogel c. Suisse*, requête n° 43874/98, § 32 et la jurisprudence citée.

⁶⁶ ACEDH du 11 janvier 2007, *Mamidakis c. Grèce*, requête n° 35533/04, §§ 27-34. Cf. également ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 5.5.3, à propos du droit de la concurrence.

⁶⁷ Voir notamment ATF 134/2008 V 401, G., c. 5.3, à propos de l'art. 29a Cst.

⁶⁸ Voir ATF 136/2010 I 184, 188, X. AG, c. 2.2.1. Dans une optique générale, voir notamment PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne, 2009, pp. 206-208, n°s 19-24.

principe habilité à étendre son examen à l'opportunité des décisions portées devant lui⁶⁹.

Néanmoins, l'intensité du contrôle judiciaire doit être particulièrement élevée lorsque la procédure en cause est de nature pénale au sens de l'article 6 CEDH⁷⁰. Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme se montre parfois souple à ce propos⁷¹, comme le relève le Tribunal administratif fédéral lui-même⁷². Cette jurisprudence de la Cour, qui concerne d'ailleurs avant tout des contestations sur des droits ou obligations de caractère civil, mériterait d'être affinée. Ainsi, la Cour pourrait-elle souligner que le contrôle du pouvoir d'appréciation doit, lui aussi, être effectif.

Par ailleurs, le montant de la sanction ne devrait pas être laissé à l'appréciation d'une autorité qui n'est pas un tribunal au sens de l'article 6, § 1 CEDH. Sur ce point, un contrôle limité à l'abus et à l'excès du pouvoir d'appréciation ne nous paraît pas suffisant⁷³. En revanche, un tel contrôle est envisageable sur d'autres points particuliers de la décision, à tout le moins si l'autorité en question présente certaines garanties en termes d'indépendance et d'impartialité; celles-ci peuvent toutefois se situer en deçà du niveau exigé par l'article 6, § 1 CEDH. A notre sens, la procédure demeure équitable *in globo* dans cette éventualité⁷⁴.

⁶⁹ Art. 49, let. a et c PA.

⁷⁰ Comp. LUZIUS WILDHABER, Avis de droit du 22 avril 2010 rendu à la demande de Swisscom (Suisse) SA, p. 27.

⁷¹ ACEDH du 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, série A n° 58, § 29; ACEDH du 21 septembre 1993, *Zumtobel c. Autriche*, série A n° 268-A, § 32 et ACEDH du 22 novembre 1995, *Bryan c. Royaume-Uni*, série A n° 335-A, §§ 45-47. S'agissant de la doctrine, cf. WOUTER P.J. WILS, « The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR », *World Competition* 33 (2010) 5, p. 21 ss.

⁷² ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 5.6.5. Pour une critique de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral sur ce point, cf. WILDHABER (n. 70) p. 27.

⁷³ Dans le même sens à propos de l'Union européenne, JÜRGEN SCHWARZE, « Rechtsstaatliche Defizite des europäischen Kartellbussgeldverfahrens », *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2009 6, p. 10; du même auteur, « Europäische Kartellbussgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze », *Europarecht (EuR)* 2009 171, p. 175.

⁷⁴ Le caractère équitable d'une procédure est évalué de manière globale, c'est-à-dire sur l'ensemble de celle-ci (voir SUDRE [n. 48] p. 370 n° 210).

b. La concrétisation de concepts juridiques indéterminés par l'autorité administrative indépendante

Une certaine latitude de jugement est souvent reconnue aux autorités administratives indépendantes lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer des concepts juridiques indéterminés :

« *Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat* »⁷⁵.

Cette latitude nous semble compatible avec les articles 29a et 30, al. 1 Cst. La jurisprudence relative au volet civil de l'article 6, § 1 CEDH ne paraît pas non plus s'y opposer. En revanche, il n'est pas certain qu'une telle latitude de jugement soit admissible au regard de l'article 6 § 1 CEDH lorsque la notion indéterminée contribue – de manière décisive *a fortiori* – à définir une infraction entrant dans le champ d'application du volet pénal de cette disposition, quoi qu'en dise le Tribunal administratif fédéral dans sa jurisprudence récente⁷⁶. Lorsque la définition du comportement incriminé est en jeu, une véritable latitude de jugement pourrait certes être reconnue à un tribunal de première instance, mais ne devrait pas bénéficier à une autorité administrative, fût-elle indépendante.

La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral paraît tenir compte de ce qui précède. Dans un arrêt du 24 février 2010 concernant une amende infligée à l'entreprise Swisscom, il a ainsi interprété librement et sans la moindre retenue le terme « *Erzwingung* » apparaissant à l'article 7, alinéa 2, lettre c de la version en allemand de la loi sur les

⁷⁵ ATAF du 12 février 2009 (A-109/2008), c. 4; voir aussi ATAF du 19 août 2010 (A-5452/2009), c. 5. Dans une optique générale, voir notamment TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 68) p. 210 n° 29 s.

La dichotomie entre la liberté d'appréciation et la latitude de jugement est, à divers égards, artificielle (voir spécialement BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen – Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, thèse d'habilitation, Zurich/St-Gall/Baden-Baden, 2010, pp. 189-225, qui préconise d'y renoncer complètement). Elle est tout de même utilisée ici compte tenu de l'art. 49 PA (voir TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER [n. 68] p. 212 n° 33 *in fine*).

⁷⁶ ATAF du 27 avril 2010 (B-2977/2007), c. 8.1.1.8; ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 5.6.4.2 et 5.6.5.5.

cartels⁷⁷. Une telle liberté est justifiée dans son principe, même si le résultat auquel parvient le Tribunal administratif fédéral *in casu* ne nous convainc pas et est, à notre avis, erroné. Il s'agit toutefois d'une autre question.

c. La balance des intérêts

Une certaine retenue s'impose également au Tribunal administratif fédéral lorsque la décision entreprise résulte d'une balance des intérêts⁷⁸, en particulier si celle-ci est délicate. On ne saurait toutefois exagérer l'importance de cette limite lorsque les décisions émanent d'autorités administratives fédérales indépendantes. Celles-ci ne procèdent généralement à des balances d'intérêts aussi riches et complexes que celles que requiert l'application du droit de l'aménagement du territoire, voire du droit de l'environnement au sens large⁷⁹. En d'autres termes, la palette des intérêts publics en jeu est, en règle générale, plus restreinte.

A titre d'illustration symptomatique, la Comco rend ses décisions dans le but de promouvoir la concurrence⁸⁰. Il appartient en revanche au Conseil fédéral, dans le cadre de la procédure d'autorisation exceptionnelle, de tenir compte d'autres intérêts publics prépondérants⁸¹.

d. Les questions techniques ou économiques complexes

Les limites qui précèdent concernent en particulier les *questions techniques ou économiques complexes*⁸². Si celles-ci se rapportent au

77 ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 12.3.

78 Voir notamment, dans une optique générale, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 68) p. 215 ss, n° 45 ss.

79 Ces domaines sont expressément cités par TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 68) p. 212, n° 34.

80 Voir notamment art. 1 LCart.

81 Art. 8, 11, 31 et 36 LCart.

82 ATF 136/2010 I 184, 188, X. AG, c. 2.2.1; ATF 135/2009 II 296, 308, *UI TV Station AG*, c. 4.4.3. S'agissant du droit de la concurrence, cf. ATAF du 27 avril 2010 (B-2977/2007), c. 8.1.1.8; ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 5.6.4 et 5.6.5. Pour le surplus, cf. notamment MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (n. 5) p. 74 ss, n°s 2.154-2.155; SCHINDLER (n. 39) n° 9 et du même auteur (n. 75) pp. 341-362; OLIVER ZIBUNG/ÉLIAS HOFSTETTER, « art. 49 », in: WALDMANN/WEISSENBACHER (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève, 2009, n° 3; CLAUDIA SEITZ, « Note de jurisprudence relative à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 24 février 2010 dans la cause Swisscom (Suisse) SA c. Comco », *PJA* 2010 650, p. 654 ss, n° 5.

pouvoir d'appréciation d'une autorité administrative indépendante⁸³ ou – comme ce sera plus fréquemment le cas – à une notion juridique indéterminée à laquelle l'autorité est confrontée⁸⁴, on attend alors du Tribunal administratif fédéral qu'il s'impose une certaine retenue. Il en va de même lorsqu'une délicate pesée des intérêts est en cause⁸⁵.

Cette retenue est admissible pour autant toutefois que les exigences relatives au pouvoir d'appréciation et à la latitude de jugement lors de la concrétisation de concepts juridiques indéterminés que nous venons d'évoquer soient respectées. Sur ce point, comme sur bien d'autres, tout est question de mesure. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre un certain point d'appui à une telle approche⁸⁶. Encore faut-il que les questions litigieuses nécessitent des connaissances techniques ou économiques particulières et que l'autorité de première instance en dispose effectivement⁸⁷.

Par ailleurs, le tribunal remplissant les conditions de l'article 6, § 1 CEDH ne saurait s'imposer une retenue à l'égard de l'ensemble de la cause dont il est saisi. Une certaine retenue sur des points précis faisant appel à des connaissances techniques ou économiques que possédait l'autorité administrative indépendante est en revanche admissible, à tout le moins si les limites qui précèdent sont respectées⁸⁸.

⁸³ Sur le lien entre les questions techniques et le pouvoir d'appréciation, voir ATF 133/2007 II 35, 39-40, X. AG, c. 3; voir aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 68) p. 207 n° 22; SCHINDLER (n. 75), pp. 350-362.

⁸⁴ Sur le lien entre les questions techniques et la latitude de jugement, voir ATF 132/2006 II 257, 263, *Swisscom Fixnet AG*, c. 3.2; voir aussi TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 68) p. 210 n° 29; SCHINDLER (n. 75), pp. 350-362: « *Nirgends wurde und wird klarer, dass die Grenzen zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung, aber auch zwischen Sachverhaltsfeststellung und normativer Wertung fließend sind. Kognitive und volitive Entscheidungselemente lassen sich häufig nicht eindeutig unterscheiden. In kaum einem Bereich ist es daher so schwierig, die vom Prozessrecht vorgegebene Scheidelinie zwischen der Tätigkeit der Verwaltung und ihrer richterlichen Kontrolle zu ziehen.* » (p. 350 n° 464).

⁸⁵ Sur le lien entre les questions techniques et le respect de la pesée des intérêts effectuée par l'autorité de première instance, voir notamment TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 68) p. 215 ss n° 45.

⁸⁶ Cf. ACEDH *Zumtobel* (n. 71) § 31 ss.

⁸⁷ Comp. WILDHABER (n. 70) p. 27.

⁸⁸ Comp. ATF 136/2010 I 184, 188-189, X. AG, c. 2.2.2, à propos de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic, qui est un établissement de droit public

Enfin, relevons que les autorités de recours observent traditionnellement une certaine retenue lorsqu'il y a lieu de tenir compte de circonstances locales, voire personnelles, dont l'autorité intimée a meilleure connaissance⁸⁹. Cette limite ne paraît toutefois pas revêtir une grande importance dans la problématique qui nous occupe, notamment parce que les autorités dont il est question dans la présente contribution sont fédérales.

B. La plainte au Tribunal pénal fédéral

La procédure de plainte au Tribunal pénal fédéral est ouverte à l'encontre des mesures de contraintes prévues par une loi fédérale dont a la charge une autorité administrative fédérale indépendante⁹⁰ ainsi que des actes ou omissions qui s'y rapportent⁹¹. Diverses plaintes ont concerné jusqu'à présent la saisie de documents ou d'autres pièces à conviction par le secrétariat de la Comco. Le Tribunal pénal fédéral a largement validé jusqu'à présent la pratique de celui-ci⁹².

Le Tribunal pénal fédéral contribue à judiciariser les procédures administratives fondées sur une loi fédérale telle que la loi sur les cartels et à garantir un contrôle des mesures d'enquête fondées sur cette loi par un tribunal compétent, établi par la loi, indépendant et impartial.

C. Le recours devant le Tribunal fédéral

Le recours est largement ouvert au Tribunal fédéral aussi bien contre les arrêts du Tribunal administratif fédéral ou les décisions de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision⁹³ qu'à l'encontre des arrêts de la Cour des plaintes du Tribunal pénal

autonome dans son organisation et sa gestion, cf. art. 68, al. 2 et 3 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 [LPTh – RS 812.21]).

⁸⁹ Voir notamment Tschannen/Zimmerli/Müller (n. 68) p. 210 n° 29.

⁹⁰ Art. 26 et 45 ss de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA – RS 313.0) (l'art. 42, al. 2, 2^e phrase LCart, renvoie aux art. 45-50 DPA et l'art. 26 DPA est lié à ceux-ci) et 28, al. 1, let. d de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral du 4 octobre 2002 (LTPF – RS 173.71).

⁹² ATPF du 14 janvier 2010 (BE.2009.21), DPC 2010/1, pp. 226-229; ATPF du 14 mars 2008 (BE.2007.10-13), DPC 2008/3, pp. 513-518.

⁹³ Art. 86, al. 1, let. a et c LTF.

fédéral⁹⁴. Les arrêts du Tribunal administratif fédéral ainsi que les décisions de l'Autorité indépendante précitée peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public⁹⁵, sauf lorsque celui-ci est fermé en raison des articles 83 à 85 LTF. Dans ces cas, le recours constitutionnel subsidiaire n'est pas non plus ouvert, car les décisions émanent d'une autorité judiciaire fédérale⁹⁶. Les arrêts de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral portant sur des mesures de contrainte peuvent être attaqués devant le Tribunal fédéral par le biais d'un recours en matière pénale⁹⁷.

La violation du droit fédéral matériel peut être invoquée devant le Tribunal fédéral lorsqu'un recours ordinaire est ouvert⁹⁸. Sur ce point, la deuxième Cour de droit public du Tribunal fédéral, généralement compétente dans les domaines juridiques dont ont la charge les autorités administratives indépendantes⁹⁹, interprète en dernier ressort les règles de droit relevant de ces domaines. Elle est en mesure, le cas échéant, d'harmoniser l'interprétation de notions similaires figurant dans diverses lois spéciales.

Le Tribunal fédéral peut aussi être saisi en vue de faire respecter les garanties institutionnelles et procédurales dont la source se trouve dans des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, dans la Constitution fédérale, dans la loi fédérale sur la procédure administrative ou dans une autre loi fédérale¹⁰⁰. Il constitue, sur le plan institutionnel, le deuxième degré de juridiction requis par l'article 2, § 1 du Protocole n° 7 à la CEDH du 22 novembre 1984¹⁰¹. Cette disposition ne s'oppose en effet pas à ce que le contrôle judiciaire de seconde instance soit limité à des questions de droit¹⁰². En revanche, le Tribunal

⁹⁴ Art. 78, al. 1 et 79 *in fine* LTF.

⁹⁵ Art. 82 ss LTF.

⁹⁶ Voir art. 113 LTF *a contrario*.

⁹⁷ Art. 78 ss LTF. Voir notamment ATF du 28 octobre 2008 (1B_101/2008), c. 1.

⁹⁸ Art. 95, let. a LTF.

⁹⁹ Voir art. 30, al. 1, let. c du règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RTF – RS 173.110.131).

¹⁰⁰ Art. 95, let. a et b LTF.

¹⁰¹ RS 0.101.07.

¹⁰² ACEDH du 12 avril 2001, *Waridel c. Suisse*, requête n° 39765/98, partie « en droit », ch. 6; ATF du 29 novembre 2006 (6P.179/2006), c. 3.3 et 3.4.2 et les

fédéral n'est pas en mesure de se substituer au Tribunal administratif fédéral sur le terrain de l'article 6, § 1 CEDH. En effet, les limites de son pouvoir d'examen quant aux faits¹⁰³ signifient qu'il ne jouit pas de la pleine juridiction requise par cette disposition.

D. La requête devant la Cour européenne des droits de l'homme

Un particulier faisant l'objet d'une procédure relative à un domaine juridique dont une autorité administrative fédérale indépendante a la charge peut former une requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme après avoir épuisé les voies de recours internes¹⁰⁴. Cela suppose notamment d'avoir recouru au Tribunal administratif fédéral ou au Tribunal pénal fédéral, puis au Tribunal fédéral lorsqu'un recours est ouvert, et de posséder la qualité de victime selon l'article 34 CEDH et la jurisprudence y relative.

Les articles 6, 7 et 8 CEDH viennent tout particulièrement à l'esprit s'agissant des procédures relatives à des domaines juridiques dont les autorités administratives fédérales indépendantes ont la charge. Il n'est toutefois pas exclu que d'autres garanties, essentiellement de nature procédurale, donnent lieu à des développements jurisprudentiels en lien avec de telles procédures. Il convient, à cet égard, de mentionner spécialement les garanties procédurales du Protocole n° 7 à la CEDH¹⁰⁵.

L'article 6 CEDH garantit le droit à un procès équitable en cas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou d'accusations en matière pénale. Cet article comprend à la fois des garanties institutionnelles et des garanties procédurales au sens strict. Sur le plan institutionnel, les procédures se déroulant devant les autorités administratives fédérales indépendantes soulèvent, en tout cas, deux questions particulières. La première se rapporte au fait que les autorités administratives indépendantes ne sont pas des tribunaux au sens de l'article 6 CEDH. La seconde a trait à l'absence de séparation complète entre les phases d'instruction et de décision dans les procédures de nature pénale,

références, RSDIE 2007 310. S'agissant du Tribunal fédéral, cf. art. 95 et 106 LTF. Pour le surplus, cf. notamment CHRISTOPH GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4^e éd., Munich et al., 2009, p. 408, n° 149.

¹⁰³ Cf. art. 97 et 105 LTF.

¹⁰⁴ Art. 35, § 1 CEDH.

¹⁰⁵ RS 0.101.07.

au sens de l'article 6, § 1 CEDH, menées par ces autorités¹⁰⁶. Le Tribunal administratif fédéral n'ignore pas les enjeux relatifs à ces questions, mais estime que les exigences institutionnelles de l'article 6, § 1 CEDH peuvent être réalisées devant lui¹⁰⁷. Les garanties procédurales au sens strict sont nombreuses et englobent notamment le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, la publicité des débats et le prononcé public du jugement, le droit d'être entendu et l'égalité des armes ainsi que le droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁰⁸.

L'article 7 CEDH consacre, pour sa part, le principe de la légalité en matière pénale. Il arrive qu'une autorité administrative indépendante soit habilitée à infliger « une peine » au sens de cet article¹⁰⁹. Cette autorité s'appuie alors sur une loi au sens formel, parfois précisée par une ordonnance, lorsqu'elle prononce des sanctions pécuniaires. Diverses discussions tournent autour de la question de savoir si les normes incriminant un comportement, un acte ou une pratique présentent un degré de précision suffisant au regard de l'article 7 CEDH¹¹⁰.

L'article 8 CEDH garantit en particulier le droit au respect de la vie privée, lequel protège aussi les locaux professionnels. Ce droit n'est cependant pas garanti de manière absolue¹¹¹. Ce sont surtout les saisies et les perquisitions effectuées par des autorités administratives indépendantes ou ordonnées par celles-ci¹¹², qui pourraient susciter un contentieux nourri au regard de l'article 8 CEDH¹¹³. Celui-ci s'applique en effet à des perquisitions de locaux professionnels¹¹⁴. En Suisse, l'article 8 CEDH a avant tout suscité des discussions quant à l'éventuelle extension du secret professionnel à des juristes employés par une entreprise¹¹⁵. Le

106 S'agissant des autorités de la concurrence, voir MARTENET (n. 52) ch. IV.

107 Voir *supra* II, A, 2.

108 Voir notamment MARTENET (n. 52) ch. V.A.

109 Art. 39 LSR; 49a ss LCart; art. 58, al. 4 et 60 LTC; art. 51 LMJ.

110 S'agissant de l'art. 7 LCart en lien avec l'art. 49a, al. 1 de cette loi, voir spécialement ATAF du 24 février 2010 (B-2050/2007), c. 4 et 12.4; ATAF du 27 avril 2010 (B-2977/2007), c. 8.1.2-8.1.7.

111 Cf. art. 8, § 2 CEDH.

112 Voir spécialement art. 42, al. 2 LCart.

113 BREITENMOSE (n. 58) p. 434 ss; NIGGLI/RIEDO (n. 59) n° 271.

114 ATF du 28 octobre 2008 (1B_101/2008), c. 2 et 3.

115 Sur cette problématique, cf. FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne, 2009, pp. 163-168 et 747-749, n^{os} 382-391 et 1812-1816.

Tribunal pénal fédéral a refusé de faire bénéficier ces juristes du secret professionnel¹¹⁶.

III. La surveillance politique

La surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes s'exerce par différents moyens. Divers organes politiques sont impliqués dans la surveillance de celles-ci. L'intensité avec laquelle ces moyens sont utilisés ne saurait conduire à annihiler toute indépendance de ces autorités.

A. Les moyens

1. *La définition ou l'approbation des tâches, fonctions, priorités et objectifs stratégiques*

Une loi fédérale comporte généralement un article sur son but ou ses buts¹¹⁷. Cet article lie sans conteste l'autorité administrative fédérale indépendante en charge de la loi. Il arrive que les tâches¹¹⁸ de l'autorité ou les buts de l'activité de celle-ci¹¹⁹ soient également définis par la

¹¹⁶ APTF du 14 mars 2008 (BE.2007.10-13), c. 6, DPC 2008/3, pp. 513-518, et les nombreuses références doctrinales (question laissée ouverte par le Tribunal fédéral: ATF du 28 octobre 2008 [1B_101/2008], c. 4.2).

¹¹⁷ Pour quelques illustrations, voir art. 1 LCart; art. 1 de la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (LApEl – RS 734.7); art. 1 LTC; art. 2 LMJ; art. 5 de la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA – RS 956.1).

¹¹⁸ Voir art. 2 de la loi fédérale sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété intellectuelle du 24 mars 1995 (LIPI – RS 172.010.31) pour ledit Institut (IFPI, qui est un établissement de droit public autonome dans son organisation et sa gestion, cf. art. 1, al. 1 et 2 LIPI); art. 18, al. 3 LCart pour la Comco; art. 57 LTC pour la ComCom; art. 22 LApEl pour la Commission fédérale de l'électricité (ElCom); art. 41 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la poste du 26 novembre 2003 (OPO – RS 783.01) pour l'Autorité de régulation postale (PostReg); art. 69 LPTh pour Swissmedic (établissement de droit public autonome dans son organisation et sa gestion, cf. art. 68, al. 2 et 3 LPTh); art. 48 LMJ et 96 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les jeux de hasard et les maisons de jeu du 24 septembre 2004 (OLMJ – RS 935.521) pour CFMJ; art. 5 de la loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003 (LBN – RS 951.11) pour la Banque nationale (BN); art. 33a LBVM pour la Commission des offres publiques d'acquisition (COPA); art. 6 LFINMA pour la FINMA.

¹¹⁹ Voir art. 40, al. 2 OPO; art. 5 LFINMA.

loi. Celle-ci leur confère une légitimation démocratique. L'indépendance de l'autorité n'est pas malmenée par un tel encadrement par la loi.

Le tableau est différent lorsqu'une autorité politique – le gouvernement en règle générale – est habilitée à approuver les priorités ou les objectifs stratégiques d'une autorité indépendante¹²⁰. Une telle compétence est problématique¹²¹, en particulier si elle est utilisée sans retenue. Dans cette hypothèse, le gouvernement risque de faire fi de l'indépendance de l'autorité administrative, pourtant garantie légalement. A notre sens, il serait bien inspiré de s'imposer une grande retenue en la matière, en se limitant essentiellement à mettre en cause des priorités ou des objectifs ne tenant pas suffisamment compte des exigences légales, des enjeux incontestés du domaine concerné ou encore des développements avérés de celui-ci.

Sous l'angle de l'indépendance, il paraît préférable de laisser à l'autorité le soin de définir elle-même ses objectifs et ses priorités¹²². La marge de manœuvre de l'autorité est de toute façon limitée, puisque celle-ci est tenue d'inscrire son activité dans le cadre normatif en place, lequel comprend non seulement la législation dont l'autorité a la charge, mais aussi les principes généraux de l'activité de l'Etat¹²³ ainsi que – sans prétendre à une quelconque exhaustivité – l'égalité, l'interdiction de l'arbitraire ou encore les règles de la bonne foi¹²⁴.

¹²⁰ Art. 9, al. 1, let. a et 21, al. 2 LFINMA. Voir notamment MONICA MÄCHLER, « FINMA kurz nach dem Start », *RSJ* 2009, p. 183.

¹²¹ Dans le même sens, ETIENNE POLTIER, « La surveillance des entités décentralisées », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 91 ss; ULRICH ZIMMERLI, « Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz: Ausgangslage – Konzept – Umsetzung – Ausblick », *GesKR* 2009 4, p. 7; voir aussi TOBIAS JAAG, « FINMA, Parlament und Bundesrat », in: NOBEL (éd.), *St.Galler Bankrechtstag 2009*, Berne, 2010, pp. 1 ss, 11, 13 et 17.

¹²² Voir art. 27, al. 2 LCart. Comp., à propos des entités assumant en priorité des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, Rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise), FF 2006 7799, p. 7844 (principe directeur n° 17, 2^e phrase; ce principe n'est pas modifié par le rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 complétant le rapport précité: FF 2009 2299, p. 2357). Pour une approche quelque peu différente, voir POLTIER (n. 121) p. 92, qui estime que « [e]n allant plus loin encore, on peut même se demander si l'existence de tâches judiciaires ou quasi judiciaires n'exclut pas purement et simplement l'adoption d'objectifs stratégiques ». A notre sens, cette vision des choses ne tient pas compte du fait qu'une autorité comme la Comco, voire la FINMA, est inévitablement amenée à (se) fixer des priorités et des objectifs.

¹²³ Art. 5 et 36 Cst.

¹²⁴ Art. 8 et 9 Cst.

En d'autres termes, la marge d'appréciation dont jouissent généralement les autorités indépendantes ne leur permet pas d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire¹²⁵. Elles doivent se fonder sur des critères objectifs – positifs ou négatifs – lorsqu'elles choisissent d'ouvrir une enquête ou de fixer des priorités; elles sont également tenues de se conformer au principe de la légalité, de s'assurer que leurs activités répondent à un intérêt public ainsi que de respecter le principe de la proportionnalité¹²⁶.

2. *L'attribution de mandats de prestations et la conclusion de contrats de prestations*

Le droit suisse permet parfois au pouvoir politique de donner un véritable mandat de prestations à une autorité administrative fédérale indépendante¹²⁷; ce mandat peut donner lieu à un ou plusieurs contrats de prestations de plus courte durée¹²⁸. Ce mode de faire permet d'assurer, en amont, un certain contrôle politique sur les activités de l'autorité concernée. Son utilisation est peu fréquente en droit fédéral.

3. *L'approbation des dispositions d'organisation ou d'exécution*

Les autorités administratives fédérales indépendantes jouissent, en règle générale, d'une certaine autonomie organisationnelle, laquelle leur permet d'adopter un règlement d'organisation interne. Celui-ci doit évidemment s'inscrire dans le cadre législatif et réglementaire en vigueur.

Le règlement d'organisation interne des autorités administratives fédérales indépendantes et ses éventuelles révisions sont, en principe, soumis

¹²⁵ S'agissant de l'interdiction de l'arbitraire, voir PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, « Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden », in: GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH (éd.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Bâle/Genève/Munich, 2005, p. 491, n° 12.47; PAUL RICHLI, « Kartellverwaltungsverfahren », in: VON BÜREN/DAVID (éd.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2 (Kartellrecht)*, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 430.

¹²⁶ Voir, de manière générale, ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel, 1984, p. 333; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (n. 68) p. 204 n° 11; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich/St-Gall, 2010, p. 101, n° 441.

¹²⁷ Voir spécialement art. 70, al. 1 LPT pour Swissmedic.

¹²⁸ Voir art. 70, al. 2 TPT.

à l'approbation du Conseil fédéral¹²⁹. Celle-ci est alors constitutive, en ce sens que l'entrée en vigueur du règlement en dépend. Ce mécanisme peut s'étendre à d'autres règles adoptées par les autorités indépendantes¹³⁰. Le Conseil fédéral dispose aussi parfois de la compétence d'autoriser une autorité administrative indépendante à adopter des dispositions d'exécution¹³¹. Il peut aussi édicter lui-même certaines règles d'organisation au sens large¹³².

Lorsqu'il examine un règlement ou une révision de celui-ci après en avoir été saisi par une autorité indépendante, le Conseil fédéral ne saurait modeler à sa guise, jusque dans les moindres détails, l'organisation de celle-ci. Une importante retenue se justifie ici également, à tel point qu'un veto du Conseil fédéral n'entre essentiellement en ligne de compte que pour les dispositions contraires aux règles de droit en vigueur ou dont l'inopportunité serait établie, par exemple, par un rapport d'évaluation législative.

¹²⁹ Art. 20, al. 2 LCart (Comco) et règlement interne de la Commission de la concurrence du 1^{er} juillet 1996, approuvé par le Conseil fédéral le 30 septembre 1996 (RI Comco – RS 251.1); art. 21, al. 4 LApEl et règlement interne de la Commission de l'électricité du 12 septembre 2007, approuvé par le Conseil fédéral le 21 novembre 2007 (RI ElCom – RS 734.74); art. 56, al. 3 LTC et règlement interne de la Commission de la communication du 6 novembre 1997, approuvé par le Conseil fédéral le 15 décembre 1997 (RI ComCom – RS 784.101.115); art. 47, al. 2 LMJ et règlement de la Commission fédérale des maisons de jeu du 6 décembre 2007, approuvé par le Conseil fédéral le 16 janvier 2008 (R CFMJ – RS 935.524); art. 42, al. 2, let. a LBN et règlement d'organisation de la Banque nationale suisse du 14 mai 2004, approuvé par le Conseil fédéral le 23 juin 2004 (R BN – RS 951.153). Le règlement d'organisation de la COPA est approuvé par la FINMA (art. 23, al. 1, 3^e phrase, et 2 LBVM et règlement de la Commission des offres publiques d'acquisition du 21 août 2008, approuvée par l'ancienne Commission fédérale des banques le 24 septembre 2008 [R-COPA – RS 954.195.2]).

¹³⁰ Art. 13, al. 2 LFINMA (ordonnance contenant des règles sur le personnel) et ordonnance de la FINMA du 11 août 2008 sur le personnel de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, approuvée par le Conseil fédéral le 27 août 2008 (Ordonnance sur le personnel FINMA – RS 956.121).

¹³¹ Art. 2a, al. 2 LBVM; art. 41, al. 2 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (LBA – RS 955.0): « [Le Conseil fédéral] peut autoriser la FINMA et la Commission fédérale des maisons de jeu à édicter des dispositions d'exécution dans les domaines de portée restreinte, notamment de nature technique. »; art. 55, al. 2 LFINMA (dispositions d'exécution dans les domaines de portée restreinte, notamment techniques). Voir POLTIER (n. 121) p. 88 ss.

¹³² Voir notamment art. 33, al. 2 LSR: « Le Conseil fédéral édicte les dispositions qui visent à prévenir les conflits d'intérêts. »; art. 75, al. 2 LPTh.

4. *La désignation des membres de l'autorité et du personnel de celle-ci*

Les membres des autorités administratives fédérales indépendantes sont généralement nommés par le Conseil fédéral¹³³, voire par le chef du département fédéral compétent. La procédure de désignation n'implique pas nécessairement que le poste soit formellement mis au concours. Aussi, ne se caractérise-t-elle pas toujours par sa transparence. Celle-ci n'est toutefois pas complètement négligée puisque les membres des autorités indépendantes ont généralement l'obligation de signaler leurs intérêts, à tous le moins si ces autorités sont des commissions extraparlimentaires¹³⁴.

La compétence de nomination échéant à l'organe politique s'étend parfois à certains membres de la direction exécutive d'une autorité indépendante ou de son secrétariat¹³⁵. Une telle solution peut engendrer des conflits de loyauté. Ainsi, une personne nommée par une autorité politique, tout en étant fonctionnellement rattachée à une autorité administrative indépendante, cherchera naturellement à donner satisfaction à l'une et à l'autre, ce qui n'est pas toujours possible.

133 Art. 3, al. 1, let. a et 2 LIPI (membres du Conseil de l'IFPI); art. 30, al. 1 LSR (membres du Conseil d'administration de l'ASR); art. 18, al. 1 LCart (membres de la présidence de la Comco); art. 21, al. 1 LAPeI (président et vice-président de l'ElCom); art. 56, al. 1 LTC (président et vice-président de la ComCom); art. 71, al. 2, 1^{re} phrase LPT (membres du conseil de Swissmedic et président de celui-ci); art. 46, al. 1 LMJ (membres de la CFMJ); art. 39, al. 1 et 2 LBN (nomination de six membres du conseil de banque sur onze, dont le président et le vice-président); art. 9, al. 3 LFINMA (membres du conseil d'administration de la FINMA). Voir notamment POLTIER (n. 121) p. 76 ; NINA ARQUINT, « Die FINMA als unabhängige Behörde – Einbettung und organisatorische Ausgestaltung », *GesKR* 2009 12, p. 15, à propos de la FINMA.

Voir art. 57c, al. 2 de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (LOGA – RS 172.010), à propos des commissions extraparlimentaires.

134 Art. 57f LOGA et 8f de l'ordonnance du Conseil fédéral sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 (OLOGA – RS 172.010.1).

135 Art. 3, al. 1, let. b et 2 LIPI (directeur de l'IFPI); art. 30, al. 3, let. b LSR (approbation du Conseil fédéral pour la nomination du directeur de l'ASR); 24, al. 1 *in initio* LCart (direction du Secrétariat de la Comco, c'est-à-dire en réalité le directeur et le directeur suppléant); art. 71, al. 3 LPT (directeur de Swissmedic); art. 43, al. 2 et 3 LBN (membres de la direction générale de la BN et leurs suppléants); art. 9, al. 1, let. g LFINMA (directeur de la FINMA ; voir notamment ARQUINT [n. 133] p. 15).

Des représentants ou délégués de l'administration centrale siègent parfois au sein des autorités administratives fédérales indépendantes ou participent à leurs délibérations avec voix consultative¹³⁶. L'indépendance est affectée par de telles règles. En effet, les représentants ou délégués de l'administration centrale jouissent généralement de connaissances techniques importantes et profitent en outre d'une asymétrie d'informations en leur faveur. Aussi, sont-ils en mesure d'influencer, parfois de manière décisive, la prise de décisions au sein des autorités. Ce risque soulève des problèmes encore plus aigus lorsque la Confédération est chargée de la régulation sectorielle et possède en même temps des infrastructures ou une entreprise régulée telle que Swisscom SA.

Le renouvellement des mandats des membres des autorités administratives fédérales indépendantes devrait constituer la règle, dans les limites d'âge, de nombre de mandats ou de durée de fonction fixés par les règles de droit en vigueur¹³⁷. Il va de soi que le mandat d'un membre qui ne remplirait plus les conditions nécessaires à l'exercice de sa fonction ne doit pas être reconduit. L'inamovibilité en cours de mandat est largement garantie, *de facto* en tout cas. Une révocation demeure toutefois en principe possible¹³⁸, mais doit reposer sur des motifs sérieux, voire impérieux¹³⁹.

Enfin, relevons que l'élection de tout ou partie des membres des autorités administratives indépendantes par l'Assemblée fédérale ne s'est pas imposée. Le procureur général et les procureurs généraux suppléants de la Confédération ainsi que l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération seront toutefois élus par le Parlement¹⁴⁰. Il n'est toutefois pas certain qu'une élection parlementaire des membres des autorités administratives indépendantes renforcerait leur indépendance. En réalité, celle-ci dépend de nombreux facteurs dont certains

¹³⁶ Art. 14 RI ComCom (participation de l'OFCOM); art. 14 RI ElCom (participation de l'OFEN). Dans une optique plus large, voir POLTIER (n. 121) p. 94 ss.

¹³⁷ Voir art. 8i OLOGA (12 ans en principe).

¹³⁸ Voir notamment art. 41, al. 3 et 45, al. 1 LBN (un recours est ouvert au Tribunal administratif fédéral contre la décision du Conseil fédéral [voir art. 33, let. b LTAF]); art. 9, al. 5 LFINMA.

¹³⁹ Voir, par analogie, Rapport sur le gouvernement d'entreprise (n. 122) p. 7845; voir aussi JAAG (n. 121) pp. 10, 13 et 17.

¹⁴⁰ Art. 20, al. 1 et 23, al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 (LOAP – FF 2010 1855).

seulement sont d'ordre juridique. A cet égard, mentionnons la règle fondamentale qui veut que les autorités politiques ou l'administration ne sont pas autorisées à adresser des instructions aux autorités administratives indépendantes¹⁴¹. La législation spéciale rappelle parfois cette interdiction¹⁴².

5. *Le contrôle de gestion*

Les autorités administratives fédérales indépendantes adressent généralement, pour approbation, un rapport annuel d'activités au Conseil fédéral¹⁴³. Celui-ci est, à notre sens, légitimé à demander que le rapport soit complété ou qu'un rapport complémentaire soit établi. Le rapport est parfois destiné tant au Conseil fédéral qu'à l'Assemblée fédérale¹⁴⁴. Un rapport portant sur tout ou partie des tâches assumées par une autorité peut aussi être adressé au Parlement seulement¹⁴⁵.

Dans le respect de l'indépendance qui leur est due, le Conseil fédéral peut demander des explications aux autorités administratives sur leur gestion ou leur fonctionnement général. Une convocation d'une délégation de celles-ci est aussi envisageable lorsque l'information fournie au

¹⁴¹ Voir notamment art. 8, al. 2 OLOGA. Pour une approche différente, voir PHILIPPE MASTRONARDI, « Art. 169 Cst. », in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., Zurich et al., 2008, n° 5, qui fait le lien entre le pouvoir de donner des instructions et la surveillance.

¹⁴² Art. 56, al. 2 LTC: « La [Commission de la communication] n'est soumise à aucune directive du Conseil fédéral ou du département en ce qui concerne ses décisions. Elle est indépendante des autorités administratives. Elle dispose de son propre secrétariat. »; Voir aussi art. 21, al. 2 LApEl; art. 6 LBN: « Dans l'accomplissement des tâches de politique monétaire visées à l'art. 5, al. 1 et 2, la Banque nationale et les membres de ses organes ne peuvent ni solliciter ni accepter d'instructions de la part du Conseil fédéral, de l'Assemblée fédérale ou d'autres organismes. ».

¹⁴³ Art. 49, al. 2 LCart et 23 RI Comco; art. 22, al. 6 LApEl et 9, al. 1 RI ElCom; art. 57, al. 1, 2^e phrase LTC et 9, al. 1 RI ComCom; art. 72, let. g et i LPTH; art. 52, al. 1 LMJ; art. 7, al. 1, 3^e phrase, LBN; art. 9, al. 1, let. f LFINMA (voir ZIMMERLI [n. 121] p. 7, qui critique le fait que le rapport soit soumis à l'approbation du Conseil fédéral; ARQUINT [n. 133] p. 16); voir aussi art. 41, al. 3 et 44 OPO (rapport non expressément destiné au Conseil fédéral).

La COPA adresse son rapport à la FINMA (art. 23, al. 4 LBVM).

¹⁴⁴ Art. 38, al. 2 LSR.

¹⁴⁵ Art. 7, al. 2 LBN (voir spécialement GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, « Oberaufsicht der Bundesversammlung über die Schweizerische Nationalbank », *RSDA* 2010 277, pp. 280-284).

Conseil fédéral est erronée ou insuffisante. Le Conseil fédéral est assisté dans ses tâches de surveillance par la Chancellerie fédérale¹⁴⁶.

Lorsque de véritables dysfonctionnements sont établis ou suspectés, le Conseil fédéral peut solliciter un rapport de la part du département auquel l'autorité concernée est rattachée administrativement¹⁴⁷. Si un véritable audit s'avère nécessaire, il devrait, à notre sens, être confié à des experts neutres, externes à l'administration centrale¹⁴⁸. Une telle solution est préférable sur le terrain de l'indépendance à celle qui consiste à confier cette tâche à un office fédéral. Elle répond au besoin d'obtenir une analyse indépendante¹⁴⁹.

Le Conseil fédéral n'est pas habilité à utiliser le contrôle de gestion pour contrôler les décisions prises par les autorités indépendantes de la même manière qu'est habilité à le faire le Tribunal administratif fédéral. Le ferait-il qu'il méconnaîtrait l'indépendance de ces autorités. Le contrôle judiciaire est suffisant sur ce point. En revanche, si le Conseil fédéral constate que les décisions rendues par une autorité administrative fédérale indépendante sont souvent ou, *a fortiori*, systématiquement annulées par le Tribunal administratif fédéral, il est fondé à demander des explications à cette autorité.

Enfin, les commissions parlementaires compétentes exercent leur propre contrôle sur les rapports que leur soumet le Conseil fédéral. Une audition d'une délégation, voire des membres des autorités administratives indépendantes est envisageable dans le cadre du contrôle parlementaire, mais devrait demeurer plutôt rare. Une délégation d'une autorité indépendante ne saurait toutefois être requise de s'expliquer devant une commission parlementaire sur les aspects individuels et concrets d'une décision qui déplaît. Certes, la décision est déjà prise dans cette hypothèse, si bien que l'indépendance est préservée *in concreto*. Il n'en demeure pas moins que l'épée de Damoclès que constitue le risque de devoir s'expli-

¹⁴⁶ Art. 26, al.1, 1^{re} phrase OLOGA.

¹⁴⁷ L'art. 8, al. 4 LOGA, couplé avec la norme spéciale indiquant le rattachement administratif d'une autorité indépendante à un département fédéral (voir, par exemple, art. 19, al. 2 LCart), constitue une base légale suffisante à notre sens.

¹⁴⁸ Voir art. 57, al. 1 LOGA, qui permet au Conseil fédéral et aux départements fédéraux de consulter des organisations ou des personnes extérieures à l'administration.

¹⁴⁹ Sur ce point, voir THOMAS SÄGESSER, « Art. 57 », *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) – Handkommentar*, Berne, 2007, n° 8.

quer à l'avenir dans d'autres cas peut provoquer une forme d'autocensure de la part d'une autorité et mettre à mal son indépendance¹⁵⁰.

6. *Le contrôle budgétaire, comptable et financier*

L'existence d'un contrôle budgétaire, comptable et financier est étroitement liée à l'autonomie dont jouissent les autorités administratives fédérales indépendantes dans ces domaines¹⁵¹. Certaines d'entre elles sont dépourvues d'une telle autonomie¹⁵². Le contrôle est alors pratiquement complet, puis le budget est établi par le département, voire l'office fédéral compétent.

D'autres autorités indépendantes établissent leur propre budget¹⁵³ et le transmettent, pour certaines à tout le moins, au département ou à l'office compétent¹⁵⁴. Leur autonomie budgétaire est dès lors mieux garantie, ce qui peut contribuer à renforcer leur indépendance.

Sur le plan comptable et financier, toutes les autorités administratives fédérales indépendantes sont en outre assujetties au Contrôle fédéral des finances¹⁵⁵. Celui-ci contrôle leur gestion financière.

Enfin, une certaine forme de contrôle financier au sens large résulte du fait que les émoluments et taxes que perçoivent les autorités administratives fédérales indépendantes reposent sur des dispositions réglementaires adoptées¹⁵⁶ ou approuvées¹⁵⁷ par le Conseil fédéral. Un département

150 Pour le surplus, voir *infra* III, C, 2, c.

151 Voir POLTIER (n. 121) pp. 79-81.

152 Voir art. 24 RI Comco.

153 Art. 4, al. 2 LIPI; art. 30, al. 3, let. e LSR; art. 78 LPTh; art. 9, al. 1, let. j LFINMA; 10 RI ComCom; art. 10 RI ElCom.

154 Art. 10 RI ElCom.

155 Voir *infra* III, C, 3, b.

156 Art. 53a, al. 3 LCart et ordonnance du Conseil fédéral relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels du 25 février 1998 (OEmol-LCart – RS 251.2); art. 21, al. 5 LAPeI et ordonnance du Conseil fédéral sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie du 22 novembre 2006 (Oémol-En – RS 730.05); art. 28, al. 3 OPO; art. 56, al. 4 LTC et ordonnance du Conseil fédéral sur les redevances et émoluments dans le domaine des télécommunications du 7 décembre 2007 (ORED – RS 784.106); art. 15, al. 3 et 4 LFINMA et ordonnance du Conseil fédéral réglant la perception d'émoluments et de taxes par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 15 octobre 2008 (Oém-FINMA – RS 956.122).

157 Art. 56, al. 4 LTC.

fédéral est parfois compétent¹⁵⁸. Le contrôle s'exerce ici en amont. Le Conseil fédéral est parfois habilité à prélever lui-même des taxes¹⁵⁹.

7. *D'autres formes de surveillance*

D'autres formes de surveillance complètent celles que nous venons de passer en revue. Les mécanismes de surveillance sont nombreux et, pour certains à tout le moins, échappent à une véritable analyse juridique.

Une question mérite une attention particulière, celle de savoir si l'évaluation de l'exécution d'une loi et de l'efficacité des mesures prises par une autorité administrative fédérale indépendante¹⁶⁰ constitue un moyen de surveiller celle-ci. A notre sens, l'évaluation législative n'a pas pour fonction première de surveiller une autorité¹⁶¹. Comme son nom l'indique, elle porte avant tout sur la loi elle-même, c'est-à-dire sur les solutions législatives qu'elle consacre ou qu'elle devrait consacrer. En pratique néanmoins, il n'est pas possible de faire abstraction de son exécution. Celle-ci entre presque inévitablement dans le périmètre de l'évaluation. Il ne s'agit cependant pas ici de surveiller à proprement parler, mais de procéder à des constats et, le cas échéant, d'émettre des propositions¹⁶².

B. *L'intensité et les limites de la surveillance*

1. *L'indépendance des autorités*

La surveillance exercée sur les autorités fédérales administratives indépendantes suppose de prendre en compte et de respecter l'indépendance de celles-ci. L'intensité de la surveillance dépend du degré d'autonomie laissée à chaque autorité¹⁶³. Toute forme de pilotage politique de ces

¹⁵⁸ Voir art. 53, al. 2 LMJ.

¹⁵⁹ Art. 28 LApEl.

¹⁶⁰ Voir art. 59a, al. 1 LCart.

¹⁶¹ Pour une approche différente, voir BANGERTER (n. 55) n° 10.

¹⁶² Comp. GIOVANNI BIAGGINI, « Art. 187 », in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., Zurich et al., 2008, n° 11.

¹⁶³ Voir art. 24, al. 3 OLOGA. Voir notamment SÄGESSER (n. 149) n° 48 ss; BIAGGINI (n. 162) n° 14; ULRICH ZIMMERLI, « Le contrôle parlementaire », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 117; GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, « Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben », *ZBl* 2010 649, pp. 658-660.

autorités par un organe politique s'avérerait incompatible avec l'indépendance qui leur est garantie et due.

La Chancellerie fédérale a tenté de modéliser les formes de surveillance sur les unités administratives et les entités administratives indépendantes¹⁶⁴. Plusieurs autorités administratives fédérales indépendantes sont cependant des commissions extraparlimentaires qui ne peuvent être rattachées à l'un ou l'autre des cercles du modèle dit des « quatre cercles », parce que celui-ci ne comprend pas les commissions à pouvoir décisionnel¹⁶⁵.

La nécessité de respecter l'indépendance des autorités administratives est encore renforcée lorsque celles-ci disposent de compétences quasi-juridictionnelles ou sont habilitées à émettre des recommandations ou avis à l'intention des autorités politiques. Une grande retenue est dès lors requise du pouvoir politique. Faut-il alors traiter une autorité administrative indépendante exactement de la même manière qu'une autorité judiciaire ? La surveillance d'une autorité administrative indépendante est moins sensible sous l'angle de la séparation des pouvoirs que ne l'est celle d'une autorité judiciaire, car l'autorité administrative surveillée et l'autorité surveillante font en réalité partie du même « pouvoir », le pouvoir exécutif au sens large. Cette différence légitime un régime de surveillance gouvernementale sur une autorité administrative indépendante, alors qu'il n'est en principe pas concevable à l'endroit d'une autorité judiciaire. Reste néanmoins à respecter l'indépendance. Cette notion est en partie distincte de celle de la séparation des pouvoirs et se traduit notamment par l'importante retenue à laquelle est tenu le gouvernement.

La Chancellerie fédérale n'ignore pas une telle limitation de la surveillance politique :

« La surveillance exercée sur les unités décentralisées est limitée ; son objet, son ampleur et les principes qui la régissent sont réglés dans la législation spéciale et elle dépend du degré d'autonomie de chaque

164 CHANCELLERIE FÉDÉRALE, « Rapport sur l'annexe de l'OLOGA du 12 décembre 2008 », JAAC 2009.7 90, notamment p. 115.

165 CHANCELLERIE FÉDÉRALE (n. 164) p. 115 ; voir aussi THOMAS SÄGESSER, « Art. 169 », in : SÄGESSER (éd.), *Die Bundesbehörden: Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne, 2000, n° 593 ; voir néanmoins BANGERTER (n. 55) n° 5. Sur le modèle des quatre cercles, voir SÄGESSER (n. 149) « Art. 2 » n° 8 ss.

unité (art. 8, al. 4 LOGA et 24, al. 3 OLOGA). L'exécution des tâches n'étant pas liée à des instructions, la surveillance exercée par l'autorité compétente est limitée d'autant. Un contrôle portant sur le fond est matériellement exclu mais la gestion des affaires est soumise à contrôle, par quoi il faut également comprendre un contrôle du taux de succès des procédures et de leur efficacité. L'examen de l'exécution des tâches ne comprend donc pas seulement un volet quantitatif, mais également un volet qualitatif. »¹⁶⁶

2. *La relation entre le contrôle judiciaire et la surveillance politique*

Le contrôle de décisions individuelles et concrètes des autorités administratives fédérales indépendantes ressortit essentiellement avant tout aux tribunaux fédéraux. Certes, ceux-ci ne sont pas en mesure d'assurer un contrôle sur toutes les décisions de celles-là. Ainsi, une décision de clôturer sans suite une enquête ouverte contre des particuliers n'est parfois pas exposée à un recours, faute pour des tiers de jouir de la qualité pour recourir selon l'article 48 PA. Il serait cependant erroné de conclure que la surveillance politique s'applique sans aucune retenue lorsqu'une décision n'est pas exposée *de jure* ou *de facto* à un recours. Dans ces cas également, l'indépendance reconnue à l'autorité administrative fédérale concernée s'oppose à ce qu'une forme de contrôle politique de la régularité formelle ou du bien-fondé de la décision se mette en place.

Il est cependant possible qu'une décision, parce qu'elle dénote des dysfonctionnements au sein de l'autorité qui l'a rendue, serve de point de départ à une intervention de l'autorité politique de surveillance¹⁶⁷. Dans une telle éventualité, la surveillance politique ne portera pas, à proprement parler, sur la régularité formelle ou le bien-fondé de la décision de la décision rendue dans le cas concret, mais visera bien plus le fonctionnement de l'autorité concernée ou les éventuelles carences des règles de droit en cause; elle s'inscrira ainsi dans une perspective plus large¹⁶⁸. A cet égard, lorsqu'une décision revêt une importance particulière pour l'autorité politique, celle-ci devrait attendre que les éventuels recours

¹⁶⁶ CHANCELLERIE FÉDÉRALE (n. 164) p. 105; voir aussi SÄGESSER (n. 149) « Art. 8 » n° 49; ZIMMERLI (n. 121) p. 7, à propos de la FINMA.

¹⁶⁷ Voir art. 25, al. 1, let. a OLOGA.

¹⁶⁸ Comp. HANSJÖRG SEILER, « Praktische Fragen der parlamentarischen Oberaufsicht über die Justiz », *ZBI* 2000 281, p. 291.

soient tranchés et que la décision soit définitive. La procédure de recours est en effet susceptible d'apporter un éclairage nouveau sur les éventuels dysfonctionnements de l'autorité en cause. Dans cette optique, le contrôle judiciaire jouit d'une certaine priorité¹⁶⁹, même si le droit suisse n'empêche pas formellement qu'un contrôle parlementaire et un contrôle judiciaire aient lieu parallèlement¹⁷⁰.

La surveillance politique liée aux décisions des autorités administratives fédérales indépendantes porte, en somme, essentiellement sur le fonctionnement de celles-ci et la gestion des procédures ainsi que, dans une optique plus large, sur les règles de droit en jeu. Ce dernier point représente une forme de suivi politique *ex post* de l'activité normative, moins abouti que ne l'est une véritable procédure d'évaluation législative. Le taux de succès des procédures et leur efficacité font également l'objet du contrôle, si l'on en croit la Chancellerie fédérale¹⁷¹. Une grande prudence est de mise en la matière, pour deux motifs au moins.

En premier lieu, le taux de succès est un indicateur très difficile à manier. Ainsi une focalisation sur ce seul critère peut-elle conduire à une autolimitation excessive de la part des autorités, en ce sens que celles-ci pourraient être tentées de privilégier le classement de procédures au prononcé de décisions courageuses quoique justifiées. Par ailleurs, il arrive que les autorités de recours se trompent elles-mêmes ou rendent des décisions fort discutables. Plutôt que de mettre l'accent sur le taux de succès, il nous semblerait préférable d'examiner si les autorités administratives indépendantes ont rendu des décisions manifestement erronées ou, *a fortiori*, franchement insoutenables. Si celles-ci sont nombreuses, elles révèlent probablement des carences ou des dysfonctionnements au sein des autorités concernées.

En second lieu, l'évaluation de l'efficacité des mesures prises par les autorités administratives fédérales indépendantes peut s'avérer extrêmement délicate. L'activité de ces autorités s'inscrit sur le long terme, si bien que l'efficacité ou l'absence d'efficacité d'une mesure ne peut souvent être

¹⁶⁹ Dans un sens voisin, EROL BARUH, *Les commissions d'enquête parlementaires – Cadre juridique d'une procédure politique, Etude de droit suisse fédéral et cantonal*, thèse Lausanne, Berne, 2007, p. 306, n° 798 ss, à propos des commissions d'enquête parlementaires.

¹⁷⁰ BARUH (n. 169) p. 319 n° 837, à propos des commissions d'enquête parlementaire.

¹⁷¹ CHANCELLERIE FÉDÉRALE (n. 164) p. 105 ; voir aussi BANGERTER (n. 55) n° 10.

observée qu'après plusieurs années. En d'autres termes, une appréciation par les organes politiques chargés de la surveillance risque de s'avérer prématurée, voire d'être démentie par la suite. De surcroît, l'intervention d'une autorité administrative indépendante dans un secteur économique ou sur un marché n'est qu'un facteur parmi de nombreux éléments qui affectent ce secteur ou ce marché. Or, il est très difficile d'isoler ce facteur lors de l'évaluation de l'efficacité des mesures prises par une autorité¹⁷². Sous cet angle également, une grande prudence est de mise.

C. Les organes

1. *La surveillance par le Conseil fédéral ou un département fédéral*

La surveillance des autorités administratives fédérales indépendantes constitue une tâche avant tout de nature gouvernementale. Elle relève ainsi largement de la compétence du Conseil fédéral¹⁷³ et des départements fédéraux concernés.

Comme nous l'avons vu¹⁷⁴, le pouvoir exécutif approuve parfois les priorités et les objectifs stratégiques de même que, plus fréquemment, les dispositions d'organisation ou d'exécution des autorités administratives fédérales indépendantes. Il nomme, voire révoque, les membres de ces autorités ainsi que, pour certaines d'entre elles, tout ou partie des cadres de leur direction exécutive ou de leur secrétariat. Il est également chargé de surveiller leur gestion et dispose aussi d'attributions en matière de contrôle budgétaire, comptable et financier.

La surveillance dont il est question ici ne se limite pas à une forme de haute surveillance. En effet, la Constitution fédérale¹⁷⁵ ainsi que la LOGA¹⁷⁶ mettent à la charge du Conseil fédéral une véritable tâche de

¹⁷² S'agissant de la loi sur les cartels, cf. EVALUATIONSGRUPPE KARTELLGESETZ, *Evaluation gemäss Art. 59a Kartellgesetz – Synthesebericht*, Berne, 2009, p. 31, n° 101.

¹⁷³ Voir art. 187, al. 1, let. a Cst. et 8, al. 4 LOGA: « Conformément aux dispositions particulières, [le Conseil fédéral] contrôle les unités administratives décentralisées ainsi que les organes extérieurs à l'administration qui sont chargés de tâches administratives de la Confédération. ».

¹⁷⁴ Voir *supra* III, A.

¹⁷⁵ Art. 187, al. 1, let. a Cst.

¹⁷⁶ Art. 8, al. 4 LOGA.

surveillance. Celui-ci est néanmoins tenu, comme nous l'avons souligné plus haut¹⁷⁷, de s'imposer une importante retenue à l'égard des autorités administratives fédérales dont l'indépendance est garantie par la législation fédérale.

2. *La haute surveillance par l'Assemblée fédérale et les commissions parlementaires*

a. Les principes

En vertu de l'article 169, al. 1 Cst., « [l']Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération »¹⁷⁸. Il s'agit d'une tâche de haute surveillance, nettement plus limitée qu'une surveillance complète¹⁷⁹. L'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance dans le respect des critères de la légalité, de la régularité, de l'opportunité, de l'efficacité et de l'efficience économique¹⁸⁰. La haute surveillance ne lui permet pas d'annuler ou de modifier une décision; l'Assemblée fédérale n'est pas non plus habilitée à exercer un contrôle sur le fond des décisions judiciaires¹⁸¹.

A cela s'ajoute le fait que la haute surveillance sur les autorités administratives fédérales indépendantes est en bonne partie indirecte¹⁸², notamment parce que le rapport annuel qu'elles établissent est, comme nous

¹⁷⁷ Voir *supra* III, B, 1.

¹⁷⁸ Voir également art. 26, al. 1 de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (LParl – RS 171.10); art. 21, al. 4 LFINMA.

¹⁷⁹ Voir notamment ZIMMERLI (n. 163) p. 112 s.

¹⁸⁰ Art. 26, al. 3 LParl. Voir notamment ZIMMERLI (n. 163) pp. 132-134.

¹⁸¹ Art. 26, al. 4 LParl.

¹⁸² Dans le même sens, ZIMMERLI (n. 163) p. 115 s.; POLTIER (n. 121) p. 96; MÜLLER/VOGEL (n. 145) p. 279 et (n. 163) p. 653. Voir aussi Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 403: « La haute surveillance exercée sur le Conseil fédéral et sur l'administration fédérale a pour objet le Conseil fédéral. » (assertion non contestée lors des délibérations parlementaires); PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Berne, 2007, p. 480, n° 11: « Adressat der Oberaufsicht ist ausschliesslich der Bunderat. Er allein ist der Bundesversammlung gegenüber verantwortlich [...] »; voir enfin, par analogie, le rapport précité du Conseil fédéral du 25 mars 2009 (n. 122) ainsi que ANDREAS LIENARD, « Steuerung und Kontrolle ausgelagerter Verwaltungsträger durch das Parlament », *Parlament, Parlament, Parlamento* 3/08, p. 8 (thèse 3).

l'avons vu¹⁸³, en principe adressé au Conseil fédéral et non à l'Assemblée fédérale. La haute surveillance sur la Banque nationale suisse présente des particularités du fait que celle-ci adresse un rapport directement au Parlement¹⁸⁴.

b. Les organes compétents

Les commissions de gestion et leur délégation¹⁸⁵ ainsi que les commissions des finances et leur délégation¹⁸⁶ exercent, dans une large mesure, les attributions parlementaires relatives à la haute surveillance sur les autorités administratives fédérales indépendantes. A titre d'illustration, le fameux rapport des commissions de gestion des Chambres fédérales du 30 mai 2010 concerne notamment l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). La tâche de haute surveillance dévolue à l'Assemblée fédérale est aussi assumée par les commissions compétentes dans les domaines dont les autorités administratives fédérales indépendantes ont la charge. Enfin, le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) est le centre de compétences de l'Assemblée fédérale en matière d'évaluation et contribue à la haute surveillance parlementaire¹⁸⁷.

Les commissions parlementaires examinent les rapports qui leur sont soumis, mandatent le cas échéant des experts, procèdent à des visites, entendent des personnes ou encore mènent elles-mêmes des enquêtes¹⁸⁸. Elles disposent d'une importante marge de manœuvre dans l'exercice de leur tâche de haute surveillance, à tout le moins lorsque celle-ci porte sur le gouvernement et l'administration centrale¹⁸⁹. Elles ne se limitent pas à examiner les rapports qui leur sont adressés¹⁹⁰.

183 Voir *supra* III, A, 5.

184 Art. 7, al. 2 LBN (rapport rendant compte de l'accomplissement des tâches selon l'art. 5 LBN); voir spécialement MÜLLER/VOGEL (n. 145) pp. 282-284.

185 Art. 52-53 LParl. Voir ZIMMERLI (n. 163) pp. 120-123.

186 Art. 50-51 LParl. Voir ZIMMERLI (n. 163) p. 119 ss.

187 Voir art. 10 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement du 3 octobre 2003 (OLPA – RS 171.115).

188 Voir spécialement ZIMMERLI (n. 163) p. 126 ss; MASTRONARDI (n. 141) n^{os} 23-26.

189 Voir MASTRONARDI (n. 141) n^o 6.

190 MARTIN ALBRECHT, « Die parlamentarische Oberaufsicht im neuen Parlamentsgesetz », *LeGes* 2003/2 31, p. 33.

Les commissions de gestion et des finances bénéficient non seulement du droit général à l'information¹⁹¹, mais aussi d'un droit renforcé en la matière¹⁹², puisqu'elles sont des commissions de surveillance¹⁹³. Elles ont en particulier « le droit d'interroger directement tous services, autorités ou personnes assumant des tâches pour le compte de la Confédération et d'obtenir qu'ils leur remettent tous documents dont elles ont besoin »¹⁹⁴. Les autorités administratives fédérales indépendantes sont comprises dans cette liste. Les commissions de gestion et des finances ne sont autorisées à consulter ni les documents sur lesquels le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision, ni les documents qui doivent rester secrets pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement¹⁹⁵. Leur délégation ne fait toutefois pas face à une telle limite¹⁹⁶. De par la Constitution fédérale elle-même, le secret de fonction ne constitue pas un motif qui peut être opposé aux délégations particulières des commissions de contrôle prévues par la loi¹⁹⁷.

L'Assemblée fédérale est aussi habilitée à instituer une commission d'enquête parlementaire¹⁹⁸ commune aux deux conseils « en cas d'événements d'une grande portée sur lesquels il est indispensable de faire la lumière »¹⁹⁹. Une telle commission présente quelques avantages par rapport aux commissions permanentes : l'accès à tous les documents du Conseil fédéral lui est garanti²⁰⁰ et elle peut entendre des personnes en

191 Art. 150 LParl. Voir notamment THOMAS SÄGESSER, « Die Informationsrechte der Ratsmitglieder und der parlamentarischen Kommissionen im neuen Parlamentsgesetz », *LeGes* 2003/2, p. 67 ss. S'agissant de l'ancien droit, voir REGINA KIENER, *Die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionen: ein Beitrag zum Verhältnis zwischen Parlament, Regierung und Verwaltung, dargestellt nach der Regelung im Bundesrecht*, thèse Berne, Berne, 1994.

192 Art. 153 LParl.

193 Voir notamment art. 52, al. 2 LParl. Sur ce point, voir SÄGESSER (n. 191) p. 73 s.

194 Art. 153, al. 1 LParl.

195 Art. 153, al. 4, 2^e phrase LParl.

196 Art. 154, al. 2 LParl.

197 Art. 169, al. 2 Cst.

198 Art. 163-171 LParl. Voir notamment ZIMMERLI (n. 163) p. 124 ss.

199 Art. 163, al. 1 LParl.

200 Comp. art. 153, al. 4, 2^e phrase LParl (cf. cependant art. 154, al. 2 LParl pour la délégation) et art. 166, al. 1 LParl.

qualité de témoins²⁰¹. Une commission d'enquête parlementaire est, en outre, habilitée à confier à un chargé d'enquête le soin d'administrer des preuves²⁰². Les délégations des commissions de gestion et des finances jouissent cependant des mêmes droits d'information qu'une commission d'enquête parlementaire²⁰³.

Il n'est pas exclu que le périmètre d'investigation d'une commission d'enquête parlementaire comprenne l'activité d'une autorité administrative fédérale indépendante. La question s'est du reste posée à propos de la FINMA et de son rôle lors de la crise financière et de la transmission de données de clients de l'UBS aux autorités américaines. Contrairement au Conseil national, le Conseil des Etats a finalement renoncé, le 14 juin 2010, à mettre sur pied une commission d'enquête parlementaire²⁰⁴.

c. Les enjeux et les développements récents

La haute surveillance exercée par les commissions parlementaires sur les autorités administratives fédérales indépendantes soulève diverses difficultés. Celles-là doivent prendre en compte et respecter l'indépendance de celles-ci²⁰⁵. Trois questions doivent être évoquées ici.

En premier lieu, les commissions parlementaires n'ont évidemment pas la compétence d'annuler ou de modifier des décisions rendues par les autorités administratives indépendantes²⁰⁶ ou d'influencer les décisions qu'elles sont appelées à prendre dans les domaines couverts par l'indépendance dont elles jouissent²⁰⁷. Le contrôle judiciaire revêt un caractère exclusif sur ce point. Plus généralement, il nous semble délicat que des commissions parlementaires – permanentes ou d'enquête – se pro-

201 Comp. art. 153, al. 2 LParl (cf. cependant art. 154, al. 2, let. b et 155 LParl pour la délégation) et art. 165-171 LParl.

202 Art. 166, al. 2 LParl.

203 Art. 154 ss et 166, al. 1 LParl. Voir notamment SÄGESSER (n. 191) p. 74.

204 BO/CE 2010 II 605, p.622; NZZ du 15 juin 2010, p. 11.

205 Voir MÜLLER/VOGEL (n. 145) pp. 280-284, à propos de la BNS, et (n. 163) p. 666, à propos de la FINMA; JAAG (n. 121) pp. 14-16, à propos de la FINMA également; comp MASTRONARDI (n. 141) n° 19 *in fine*.

206 Art. 26, al. 4, 1^{re} phrase LParl. Voir notamment ULRICH ZIMMERLI, « Bundesversammlung », in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zurich, 2001, p. 1041, n° 30.

207 MÜLLER/VOGEL (n. 145) p. 281 ss, à propos de la BNS.

noncent sur le contenu d'une décision rendue par une telle autorité²⁰⁸, *a fortiori* si la décision n'est pas encore définitive. Dans leur rapport du 30 mai 2010, les Commissions de gestion des Chambres fédérales se sont, à juste titre, montrées prudentes et mesurées quant aux décisions de la FINMA rendues dans des cas individuels et concrets²⁰⁹. En outre, une influence politique sur le contenu des décisions méconnaît l'indépendance dont jouissent ces autorités²¹⁰.

En deuxième lieu, il n'appartient pas aux commissions parlementaires de se substituer au Conseil fédéral²¹¹ car cela risquerait de déresponsabiliser ce dernier. La séparation des pouvoirs suppose des attributions claires pour le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale. Celle-ci doit avant tout s'assurer que celui-là accomplit de manière satisfaisante ses tâches en matière de surveillance. Cela n'exclut pas que le contrôle parlementaire porte, selon les cas, directement sur les activités d'une autorité administrative fédérale indépendante. Ce contrôle direct ne

208 Dans le même sens à propos des attributions juridictionnelles du Conseil fédéral, Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 403; SÄGESSER (n. 165) n° 595.

S'agissant des décisions judiciaires, voir art. 26, al. 4, 2^e phrase LParl: « Il ne peut être exercé aucun contrôle sur le fond des décisions judiciaires. ». Concernant les critiques émises par des autorités politiques à l'encontre de décisions judiciaires, voir REGINA KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit – Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, thèse d'habilitation Berne, Berne, 2001, pp. 239-241, qui estime, à juste titre, que de telles critiques sont problématiques sous l'angle de l'indépendance de la justice; d'un avis partiellement différent, SEILER (n. 168) p. 287; BARUH (n. 169) p. 318 n° 834 à propos des commissions d'enquête parlementaires.

209 Rapport des commissions de gestion des Chambres fédérales du 30 mai 2010, Les autorités sous la pression de la crise financière et de la transmission de données de clients d'UBS aux Etats-Unis, pp. 260 ss, 304 et 310 ss.

210 Voir ZIMMERLI (n. 121) p. 7, à propos de la FINMA; comp., dans une optique générale, BRUNO FRICK, « Begleitende und nachträgliche Oberaufsicht », in: SÄGESSER (éd.), *Die Bundesbehörden: Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne, 2000, p. 88 ss; voir aussi, à propos de la Comco, BANGERTER (n. 55) nos 8 et 10 et, à propos des autorités judiciaires, KIENER (n. 208) p. 236 ss.

211 BO/CN 1998 (tiré à part relatif à la révision totale de la Constitution fédérale) 89 (ALEXANDER TSCHÄPPÄT): « Die Oberaufsicht dient also nicht dazu, anstelle der beaufsichtigten Behörden, anstelle des Bundesrates zu handeln. ».

doit cependant pas devenir la règle. En revanche, une audition d'une délégation d'une autorité administrative indépendante par une commission parlementaire en vue d'évaluer la nécessité d'une réforme législative est admissible sans réserve particulière²¹².

En troisième lieu, un contrôle – judiciaire ou politique – direct et étendu du Tribunal administratif fédéral, du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale sur les autorités administratives fédérales indépendantes paraît excessif et peut renforcer le risque que celles-ci cherchent à plaire aux autorités politiques, le cas échéant en se fondant sur des éléments non pertinents du point de vue juridique.

Dans leur rapport du 30 mai 2010, les commissions de gestion des Chambres fédérales ont adressé une recommandation directement à la FINMA²¹³; une motion et plusieurs autres recommandations visaient le Conseil fédéral mais concernaient notamment la FINMA²¹⁴. De telles recommandations ne sont pas nécessairement exclues en droit suisse. La recommandation adressée à la FINMA porte sur un point précis et revient à inviter cette dernière à procéder à des actes d'instruction. Aussi constitue-t-elle une forme d'orientation, voire de pilotage politique de la FINMA en lien avec des cas concrets, qui ne tient pas suffisamment compte de l'indépendance due et garantie légalement à celle-ci. Aussi la jugeons-nous problématique.

En fin de compte, le fait que des commissions parlementaires se montrent très actives peut susciter une certaine sympathie, voire une admiration. Cependant, tant la séparation des pouvoirs que l'indépendance reconnue légalement aux autorités administratives dont il est question ici doivent inciter les commissions parlementaires à une certaine retenue. En somme, la LParl ne saurait être isolée du reste de l'ordre juridique et être interprétée en faisant abstraction de celui-ci. L'ordre ju-

²¹² ZIMMERLI (n. 163) p. 116.

²¹³ Rapport des commissions de gestion du 30 mai 2010 (n. 209) pp. 290 et 351: « Les [commissions de gestion] invitent la FINMA, en raison de la portée de cette affaire, à éclaircir en profondeur la question de savoir dans quelle mesure les plus hauts dirigeants d'UBS avaient connaissance des infractions au *QIA* [*Qualified Intermediary Agreement*] commises par la banque et ses collaborateurs. » (recommandation n° 10).

²¹⁴ Rapport des commissions de gestion du 30 mai 2010 (n. 209) pp. 349-353 (motion n° 1; voir spécialement recommandations n°s 2 à 6).

ridique forme un tout qui comporte diverses limites constitutionnelles et législatives à l'endroit du Parlement.

3. *La surveillance par d'autres organes*

a. Les commissions ou autorités spéciales de surveillance

La Constitution fédérale permet au législateur fédéral d'instituer une commission ou une autorité spéciale chargée de surveiller une autorité administrative indépendante. Un tel modèle a été retenu pour le Ministère public de la Confédération²¹⁵.

Le législateur fédéral y a renoncé jusqu'à présent pour les autorités administratives fédérales indépendantes faisant l'objet de la présente contribution. Le besoin d'instituer un tel organe spécial de contrôle ne paraît effectivement pas établi, pour l'heure à tout le moins. La mise sur pied d'une telle commission ou autorité spéciale soulèverait inévitablement la question de sa composition. Il s'agirait par ailleurs d'éviter qu'elle soit un alibi ou, à l'inverse, qu'elle se montre très interventionniste. Or, l'un et l'autre risques existent pour toute nouvelle commission ou autorité de surveillance. En outre, les politiques qui y siègeraient le cas échéant pourraient être tentés de se mettre en évidence et le contrôle démocratique risquerait d'être affaibli²¹⁶.

b. Le Contrôle fédéral des finances

Le Contrôle fédéral des finances est un organe fédéral compétent en particulier en matière de surveillance financière²¹⁷. Il exerce ses activités de contrôle de manière indépendante²¹⁸. Sa surveillance s'étend à l'administration décentralisée et aux organismes chargés de l'exécution de tâches publiques²¹⁹. Ainsi vise-t-elle notamment les autorités administratives

²¹⁵ Art. 23 ss LOAP.

²¹⁶ Voir MARTIN KILLIAS, « Kriminalpolitik ohne demokratische Kontrolle », *NZZ* du 25 août 2009, p. 15.

²¹⁷ Voir la loi fédérale sur le Contrôle fédéral des finances du 28 juin 1967 (LCF – RS 614.0). Sur le Contrôle fédéral des finances, voir spécialement FRANÇOIS BELLANGER, « Contrôle financier, contrôle de gestion et audit interne », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Genève/Zurich/Bâle, 2008, pp. 46-51.

²¹⁸ Art. 1, al. 1 et 2, 1^{re} phrase, LCF.

²¹⁹ Art. 8, al. 1, let. a et d ainsi que 2 LCF.

fédérales indépendantes. Celles-ci sont soumises à une obligation de renseigner, de collaborer et pour certaines d'entre elles, de donner accès aux données²²⁰. Le Contrôle fédéral des finances peut enfin être l'organe de révision externe d'une autorité administrative fédérale indépendante²²¹.

IV. Conclusion

La recherche d'un certain équilibre entre, d'une part, l'indépendance dont jouissent certaines autorités administratives fédérales et, d'autre part, les différentes formes de contrôle et de surveillance auxquelles elles sont soumises est un enjeu majeur pour ces autorités. Le contrôle judiciaire et la surveillance politique sont complémentaires et ne devraient en aucun cas se concurrencer. Leurs fonctions respectives sont en effet distinctes, sans être pour autant antinomiques.

Le contrôle judiciaire doit être plein et effectif. Il en va du respect des garanties fondamentales de procédure. La tâche du Tribunal administratif fédéral n'est cependant guère aisée dans divers domaines soulevant des questions techniques ou économiques complexes. Il est évidemment trop tôt pour porter un jugement sur son activité. Nous nous bornerons ici à regretter que le Tribunal administratif fédéral se soit contenté d'un examen trop superficiel de certaines causes dans lesquelles le recours au Tribunal fédéral n'était de surcroît pas ouvert. Dans d'autres causes en revanche, l'intensité de son examen ne prête guère à la critique.

La surveillance politique doit, quant à elle, être empreinte de retenue. Elle ne saurait annihiler l'indépendance des autorités administratives fédérales lorsque celle-ci est garantie par la loi. L'articulation entre les compétences respectives des autorités administratives fédérales indépendantes, du Conseil fédéral et du Parlement est extrêmement délicate. Diverses difficultés sont récemment apparues en ce qui concerne la surveillance de la FINMA en particulier. Faut-il y voir une inévitable période de rodage ou le signe d'une architecture institutionnelle viciée? Seul l'avenir le dira.

²²⁰ Art. 10 LCF.

²²¹ Art. 32 LSR; art. 12 LFINMA.

Les autorités administratives indépendantes sont répandues depuis longtemps aux Etats-Unis et en France, pour ne citer que deux systèmes juridiques très différents qui les ont vues prospérer. En Suisse, quelques-unes d'entre elles, comme la Commission fédérale de la Concurrence ou l'Autorité indépendante de plainte en matière de radio et de télévision, font partie du paysage administratif depuis plusieurs dizaines d'années. Mais l'engouement que suscite la figure de l'autorité administrative indépendante et son implantation dans des secteurs de plus en plus larges de l'administration publique sont relativement récents dans notre pays, notamment avec la réforme de l'administration engagée sur le plan fédéral depuis la fin des années 90. Face à l'enthousiasme pour cette forme d'organisation administrative, il est utile d'étudier les enjeux juridiques du développement de ces autorités en Suisse.

Cet ouvrage présente, dans cette perspective, après une analyse globale du phénomène, les diverses formes d'autorités indépendantes : autorités de régulation, instance d'arbitrage, organes d'exécution de certaines tâches publiques, sans oublier les autorités indépendantes établies au niveau cantonal. Il traite également des thèmes aussi délicats qu'importants de la responsabilité de ces autorités, de leur contrôle et de leur indépendance réelle tant vis-à-vis des autorités politiques que vis-à-vis de ceux sur lesquels s'étend leur compétence.