

**Délibération n° 2016-2 JUR en date du 7 janvier 2016
du Collège de l'Agence française de lutte contre le dopage
émettant un avis sur une proposition de loi organique relative
aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes
et sur une proposition de loi portant statut général des autorités administratives
indépendantes et des autorités publiques indépendantes**

Par une lettre en date du 17 décembre 2015, enregistrée au Secrétariat général de l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) le 22 décembre, ont été soumises pour avis à l'Agence le texte, d'une part, d'une proposition de loi organique relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes et, d'autre part, d'une proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

La saisine de l'Agence est intervenue à l'initiative du Rapporteur désigné par la Commission des lois du Sénat pour l'examen de chacune de ces propositions.

À titre liminaire, le Collège tient à souligner qu'il est sensible au fait qu'il soit invité à émettre un avis sur des propositions de loi, alors que sa consultation n'est juridiquement obligatoire en vertu du 11° du I de l'article L. 232-5 du code du sport que pour « *tout projet de loi ou de règlement relatif à la lutte contre le dopage* ».

Il s'en félicite d'autant plus pour le motif que les deux textes sur lesquels il est consulté, bien que dépassant par leur objet la seule situation de l'Agence française de lutte contre le dopage n'en affectent pas moins son statut

Dans son principe, le Collège approuve la démarche consistant à déterminer, pour les Autorités administratives indépendantes (AAI) comme pour celles d'entre elles qui sont dotées d'une personnalité juridique propre distincte de celle de l'Etat et qualifiées d'Autorités publiques indépendantes (API), d'un socle commun de règles trouvant leur fondement dans la loi. Serait ainsi repris pour ces institutions un processus analogue à celui observé pour les groupements d'intérêt public (GIP), pour lesquels une approche sectorielle remontant à la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 a été prolongée par un texte de portée générale (article 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011).

Le Collège estime cependant que le statut général des AAI et des API qui verrait ainsi le jour, et serait applicable à l'AFLD en sa qualité d'API, ne doit pas constituer un cadre par trop rigide qui serait antinomique de la prise en compte de certaines spécificités.

C'est dans cette optique qu'il se permet d'appeler l'attention sur des dispositions dont l'insertion, soit dans la proposition de loi organique, soit dans la proposition de loi, lui paraissent inappropriées.

*
* *

I. En ce qui concerne la proposition de loi organique relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publique indépendantes.

Dans son titre II consacré au « *renforcement du contrôle parlementaire* » des AAI et des API, la proposition de loi organique entend changer le mode de désignation du Président de l'AFLD, tel qu'il résulte présentement de l'article L. 232-6 du code du sport.

La composition du Collège de l'Agence est, en vertu de cet article, fidèle aux équilibres adoptés dès 1999 pour le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPLD), et reflète le caractère pluridisciplinaire de la lutte contre le dopage sous la forme de trois catégories de membres : trois juristes issus du Conseil d'Etat, du Parquet et du Siège de la Cour de cassation ; trois membres désignés à l'initiative respectivement du Président de l'Académie des Sciences, de l'Académie nationale de médecine et de l'Académie nationale de pharmacie ; trois personnalités destinées à assurer la représentation du monde du sport, à savoir un membre du Conseil d'administration du Comité national olympique et sportif français, un sportif ou ancien sportif de haut niveau, une personnalité désignée à l'initiative du Président du Comité national d'éthique.

La présidence du Collège est dévolue au membre nommé sur proposition du vice-Président du Conseil d'Etat.

L'autorité compétente pour procéder à une nomination est le Président de la République qui peut, juridiquement, s'il n'agrée pas une proposition, en solliciter une nouvelle (CE Section 10 mars 1950, *Dauvillier*, Rec. p. 157 ; CE 18 juin 1971, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Vannière*, Rec. p. 449).

Un tel mode de désignation permet de ne pas assimiler la nomination du Président d'une API à celle d'un directeur d'administration centrale, placé sous l'autorité hiérarchique d'un Ministre, qui est nommé par décret du Président de la République pris en Conseil des Ministres.

La proposition de loi organique s'en rapproche néanmoins, tout en s'insérant dans un dispositif permettant aux commissions parlementaires compétentes de s'opposer au choix effectué par le Président de la République en cas de votes négatifs des commissions atteignant « *trois cinquièmes des suffrages exprimés* », ainsi qu'il en est disposé par l'ultime alinéa ajouté à l'article 13 de la Constitution par l'article 5 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

Le Collège rappelle que, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'intervention des assemblées dans la procédure de nomination d'une autorité administrative est, en l'absence de disposition constitutionnelle, contraire au principe de la séparation des pouvoirs (CC n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012 – Rec. p. 667).

Sans doute, le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution prévoit-il qu'une loi organique peut déterminer des emplois ou fonctions pour lesquels le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente de chaque assemblée.

Toutefois, le domaine d'intervention de la loi organique est limité à des emplois ou fonctions qui le justifient « *en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation* ».

Il a été jugé que tel n'est pas le cas de l'Institut National de l'Audiovisuel (CC n° 2013-677 DC du 14 novembre 2013 – Rec. p. 1024).

Or, sans mésestimer le rôle dont l'AFLD est investie par le législateur en matière de lutte contre le dopage dans le sport, il semble difficile, en raison aussi bien de la spécificité de son domaine d'intervention que des moyens matériels et humains limités dont elle dispose, de la faire entrer dans le champ des prévisions du dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution.

*

II. En ce qui concerne la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

Le texte de la proposition de loi concerne l'AFLD à un double titre. D'une part, du fait des dispositions de portée générale destinées à régir l'ensemble des AAI et des API. D'autre part, en raison des dispositions propres à l'Agence.

2.1 - Dispositions de portée générale

Plusieurs dispositions constituant le statut général des AAI et des API appellent, de l'avis du Collège, des observations. Leur exposé suivra les subdivisions de la proposition de loi et, en leur sein, l'ordre des articles adopté par ses auteurs.

2.1.1 – Organisation des AAI et des API

a) Durée du mandat

Sous réserve de ce qui sera indiqué plus avant à propos du renouvellement du mandat des membres, la fixation à six ans dudit mandat par le premier alinéa de l'article 5 de la proposition de loi est en harmonie avec les règles présentement applicables à l'AFLD.

En revanche, les dispositions du second alinéa de l'article 5, aux termes desquelles « *les membres restent en fonction jusqu'à la première réunion du Collège* », laissent place à la perplexité.

Elles risquent en effet d'introduire une incertitude quant aux dates respectives de début et de fin de mandat.

Dans la pratique qui est la sienne, l'AFLD considère que la durée de six ans du mandat de membre part de la date du décret de nomination signé du Président de la République, lequel est un acte créateur de droit dès sa signature (CE, Section, 19 décembre 1952, *Delle Mattéi*, Rec. p. 594 ; CE, Ass. 14 mai 1954, *Clavel*, Rec. p. 270) et non de la publication de ce décret au *Journal Officiel*, ou a fortiori, de la date à laquelle l'intéressé prête serment lors de la première séance « *qui suit sa nomination* » (article D. 232-20 du code du sport).

Corrélativement, le mandat d'une durée de six ans, durée qui n'est pas assimilable à celle d'un délai franc, vient à expiration six ans après, jour pour jour, à minuit. (CE. 10 avril 1970, *Ville de Bordeaux c. sœurs Carlu et autres*, Rec. p. 244 ; CE, 11 février 2004, *SARL Centre de jardinage Castelli Nice*, Rec. p. 64 ; AJDA. 2004. 1481, concl. SCHWARTZ).

La modification de cet état du droit semble d'autant moins s'imposer depuis l'intervention de l'ordonnance n° 2015-948 du 31 juillet 2015 relative à l'égal accès des femmes et des hommes au sein des AAI et des API.

En effet, ce dernier texte exige que le tirage au sort réalisé concomitamment à la fixation du nombre de femmes et du nombre d'hommes à désigner intervienne six mois « *avant l'échéance des mandats* » (cf. l'article L. 232-7-1 ajouté au code du sport par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 31 juillet 2015).

b) Caractère non renouvelable du mandat

L'article 8 de la proposition de loi énonce que le mandat de membre d'une AAI ou d'une API « *n'est pas renouvelable* ».

Est apporté à cette règle un tempérament de portée limitée. La personne appelée à pourvoir à la vacance d'un siège en cours de mandat peut être renouvelée une fois, si la durée du mandat restant à courir du membre qu'elle a remplacé était inférieure à deux ans.

Ce dispositif contraste fortement avec les règles présentement applicables à l'AFLD, qui ouvrent la possibilité de renouveler une fois le mandat de membre du Collège, dont la durée est de six ans.

Le Collège de l'Agence n'est pas convaincu du bien fondé de la prohibition de principe du renouvellement.

Le tempérament dont elle est assortie en souligne le caractère pour le moins aléatoire. Une différence, ne serait-ce que d'un jour, par rapport à la date à laquelle intervient un remplacement en cours de mandat conduira à ce que le nouveau titulaire, soit ne siège que pour une durée légèrement supérieure à deux ans, soit, au contraire, puisse, en sus d'une période de remplacement du précédent titulaire qui serait inférieure à deux ans, être renouvelé pour six ans.

Plus fondamentalement, le Collège considère que son mode de renouvellement doit assurer l'indépendance de ses membres tout en permettant de tirer profit de l'expérience acquise par eux.

Dans la mesure où la procédure applicable au renouvellement est identique à celle régissant la nomination initiale, elle apporte toute garantie quant à l'indépendance des membres. Les autorités de désignation seront juges de l'opportunité de renouveler, pour une seule fois au demeurant, un membre précédemment nommé.

Il est indispensable de permettre le maintien au sein du Collège d'une capacité d'expertise qui s'accroît et s'enrichit au fil des ans, en écartant toute prescription rigide qui obligerait à s'en priver par avance.

Un déséquilibre pourrait en résulter quant au pouvoir d'influence respectif du Collège, d'une part, et des services composant l'Agence, d'autre part, ce qui serait préjudiciable au bon fonctionnement de l'institution.

c) Régime des incompatibilités

Selon le premier alinéa de l'article 9 de la proposition : « *Nul ne peut être membre de plusieurs autorités administratives indépendantes ou autorités publiques indépendantes* ».

Sans être défavorable à une telle disposition, le Collège estime qu'elle n'a de sens qu'à l'égard des fonctions de membres des autorités visées qui sont exercées « *à temps plein* ». Cela mériterait d'être précisé, ainsi d'ailleurs que le prévoit l'article 11 de la proposition de loi, pour la présidence d'une AAI ou d'une API.

Le Collège relève également que l'incompatibilité envisagée sera tributaire de la définition des AAI et des API.

Le périmètre d'application d'une telle disposition n'est pas neutre pour l'AFLD dans la mesure où le Président du Comité national d'éthique peut désigner un membre de ce dernier pour siéger au sein du Collège.

Il serait souhaitable de maintenir une telle faculté, soit au motif qu'il s'agit de l'exercice, en parallèle, de fonctions à temps partiel, soit, ainsi que l'envisage la proposition de loi, en abrogeant les dispositions de l'article 23 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 (codifiées à l'article L. 1412-1 du code de la santé publique) qui ont conféré au Comité national d'éthique la qualité d'AAI.

2.1.2 – Déontologie

Si le Collège ne peut qu'approuver les dispositions du premier alinéa de l'article 10 de la proposition de loi aux termes desquelles, dans l'exercice de leurs attributions, les membres des AAI et des API « *ne reçoivent et ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité* », il est plus dubitatif en ce qui concerne deux autres dispositions, touchant respectivement aux prises de position publiques des membres du Collège et à la publicité conférée à la « *déclaration d'intérêts* » qu'ils sont tenus de souscrire.

- a) Selon le second alinéa de l'article 10, les membres des AAI et des API « *ne prennent, à titre personnel, aucune position publique relative aux compétences de l'autorité au sein de laquelle ils siègent* ».

Dès lors qu'en vertu du dernier alinéa de l'article L. 232-7 du code du sport, les membres du Collège « *sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal* », la prohibition que prévoit d'édicter l'article 10 de la proposition de loi ne s'impose pas. Prise à la lettre, elle interdirait aux membres du Collège, pendant l'exercice de leur mandat, de prendre une part active à des colloques ou symposiums ouverts au public, traitant des divers aspects de la lutte contre le dopage, ce qui affecterait le rayonnement de l'Agence.

- b) D'après l'article 12 de la proposition de loi, « *la déclaration d'intérêts* » déposée par un membre d'une AAI ou d'une API, en application de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, « *est tenue à la disposition des autres membres de l'autorité au sein de laquelle il siège* ».

Le Collège n'est pas certain que la publicité ainsi prévue, qui viendrait s'ajouter aux mesures de contrôle relevant de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, satisfasse aux exigences posées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

En effet, selon la décision n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013 (Rec. p. 972) :

« *le dépôt de déclarations d'intérêts et de déclarations de situation patrimoniale contenant des données à caractère personnel relevant de la vie privée ainsi que la publicité dont peuvent faire l'objet de telles déclarations portent atteinte au respect de la vie privée ; que, pour être conformes à la Constitution, ces atteintes doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* ».

Or, l'exposé des motifs de la proposition de loi est à cet égard peu explicite. L'analogie qui est faite avec le mécanisme d'auto contrôle applicable à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique ne paraît pas déterminante.

2.1.3 – Fonctionnement

Si les règles constitutives d'une API ou d'une AAI ressortissent à la compétence du législateur, ses modalités de fonctionnement relèvent de la compétence réglementaire.

La proposition de loi organique, prise sur le fondement du dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution, entend étendre la compétence législative à la fixation des « *principes fondamentaux* » relatifs au fonctionnement des AAI et des API.

Sans se prononcer sur le point de savoir si toutes les dispositions du titre III de la proposition de loi figurent effectivement au nombre des principes fondamentaux ainsi définis, le Collège estime que l'inclusion dans la proposition de loi, sous ce vocable, de certaines dispositions ne va pas de soi.

- a) L'article 16 de la proposition consacre au niveau législatif la possibilité pour une AAI ou une API d'adopter un règlement intérieur précisant « *ses règles d'organisation et de fonctionnement* ».

Il est spécifié que ce règlement intérieur est pris « *dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* » et qu'il doit être publié au *Journal Officiel*.

Le code du sport admet, d'ores et déjà, la compétence du Collège en ce domaine (cf. article L. 232-7), qu'il s'agisse du règlement intérieur des services (cf. article R. 232-10 (4°)) ou du règlement intérieur du Collège (cf. article R. 232-12, alinéa 1).

En outre, selon l'article R. 232-12, le Collège peut décider de la publication de ses décisions et délibérations, au *Journal Officiel*.

De l'avis du Collège, au regard de cet état du droit, constituerait un élément de complexité dont l'utilité n'est pas avérée le fait de subordonner l'intervention du règlement intérieur à des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

- b) L'article 18 de la proposition de loi dispose que « *le secrétaire général ou le directeur général est nommé par le président* » de l'AAI ou de l'API.

Une telle disposition affecterait la règle énoncée par l'article R. 232-14 du code du sport, selon laquelle il revient au Collège de l'AFLD, sur proposition du Président, de nommer le secrétaire général et de fixer sa rémunération.

Le Collège estime qu'il n'est pas nécessaire de modifier sur ce point le droit présentement en vigueur.

- c) La même observation vaut en ce qui concerne le premier alinéa du texte de l'article 19 de la proposition de loi.

Il énonce que le Président de l'AAI ou de l'API « *est ordonnateur des recettes et des dépenses* ».

Ériger au niveau législatif cette compétence pourrait être interprété comme conférant en la matière une compétence exclusive au Président.

Il importe, en conséquence, de s'en tenir au texte du premier alinéa de l'article R. 232-16 du code du sport, qui tout en conférant au Président la qualité d'ordonnateur, prévoit qu'il peut désigner le secrétaire général comme « *ordonnateur secondaire* ».

- d) L'article 21 de la proposition de loi soumet les « *biens immobiliers* » appartenant aux API aux dispositions du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), applicables aux établissements publics de l'Etat.

En matière de domanialité, le Collège est favorable au maintien de la distinction opérée par les articles L. 1 et L. 2 du CGPPP.

L'article L. 1 énonce que le code s'applique aux biens et aux droits à caractère mobilier ou immobilier appartenant « à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leur groupements, ainsi qu'aux établissements publics ».

Selon l'article L. 2, le code s'applique également aux autres personnes publiques « dans les conditions fixées par les textes qui les régissent ».

Est ainsi ménagée, pour les personnes publiques telles que les API, une possibilité d'adaptation par voie réglementaire des règles découlant du CGPPP.

L'élément de souplesse en résultant ne paraît pas devoir être supprimé.

2.2 – Dispositions spécifiques à l'AFLD

Les dispositions propres à l'AFLD figurent aux articles 26 et 47 de la proposition de loi.

2.2.1 – L'article 47 tire les conséquences au plan de la loi ordinaire du changement du mode de désignation du Président de l'AFLD auquel procède la proposition de loi organique.

L'article 47, dans son 2°, ne pourra être maintenu si le texte de la proposition de loi organique est modifié dans le sens souhaité par le Collège.

2.2.2 – L'article 26 figure dans un chapitre intitulé « *Coordinations au sein des statuts des AAI et des API* ».

Il a pour objet de modifier plusieurs articles de la partie législative du code du sport à l'effet de les mettre en cohérence avec le statut général des AAI et des API. Pour les raisons précédemment indiquées, le Collège est défavorable aux modifications dudit statut général dont l'application à l'Agence lui paraissent prêter le flanc à la critique (modification du mode de désignation du Président ; caractère non renouvelable du mandat des membres ; encadrement du contenu du règlement intérieur).

L'article 26 comporte également une disposition originale.

Elle réside dans la suppression, au premier alinéa du I de l'article L. 232-5 du code du sport, des mots « *dotée de la personnalité morale* ».

Ce faisant, le texte de la proposition de loi va au-delà « *des coordinations nécessaires* » dans les textes propres à chaque API ou AAI « *du fait des mesures communes adoptées dans le statut général* », dont son exposé des motifs fait mention.

Le Collège est défavorable à la remise en cause d'une disposition remontant à la loi n° 2006-405 du 5 avril 2006, dont l'intérêt lui paraît avéré.

- a) Le fait de conférer à l'AFLD une personnalité juridique propre est indispensable pour permettre à notre pays de rattacher sa politique en matière de lutte contre le dopage aux actions entreprises en ce domaine au plan transnational.

Le France est partie à la convention internationale contre le dopage dans le sport adoptée à Paris le 19 octobre 2005. Cette convention se réfère aux « *principes* » du code mondial antidopage (CMA), élaboré à l'initiative de l'Agence mondiale antidopage (AMA), laquelle est juridiquement une fondation de droit privé suisse.

Le code mondial antidopage rédigé par l'AMA a connu trois versions successives, dont la dernière adoptée par le Conseil de fondation de l'Agence mondiale en novembre 2013.

L'article 20.5 du CMA consacre l'existence des « *organisations nationales antidopage* » (ONAD). Il s'agit de la ou des entités désignées par chaque pays comme autorité responsable de l'adoption et de la mise en œuvre des règlements antidopage.

A défaut de désignation par l'autorité publique, cette entité est le Comité national olympique.

Dans le cadre ainsi défini, l'AFLD a pu, en raison de sa personnalité juridique propre, souscrire au code mondial antidopage alors que ce dernier n'est pas ouvert à la signature des États.

- b) L'attribution à l'AFLD d'une personnalité juridique propre lui permet également de contracter avec l'État.

L'existence même d'une convention liant l'État à l'Agence a son siège dans les dispositions du deuxième alinéa du II de l'article L. 232-5 du code du sport selon lesquelles :

« Pour l'exercice de ses missions de contrôle, l'agence peut faire appel aux services du ministre chargé des sports, dans des conditions définies par voie conventionnelle ».

- c) Enfin, eu égard aux dispositions de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, l'attribution à l'AFLD d'une personnalité juridique propre lui permet d'être attributaire d'une ressource fiscale spécifique.

Pareille éventualité avait été envisagée dans le cadre de l'élaboration de la loi de finances pour 2010, à travers l'affectation à l'AFLD d'une part du produit de la taxe perçue à l'occasion de la cession des droits de retransmission des compétitions sportives à la télévision.

Une telle source de financement se trouverait exclue pour le cas où l'Agence cesserait d'être dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État. Une semblable situation serait préjudiciable à terme à l'efficacité de son action dans la lutte contre le dopage.

Adoptée par le Collège de l'Agence française de lutte contre le dopage le 7 janvier 2016.

Le Président de l'Agence française
de lutte contre le dopage

Bruno GENEVOIS

signé