



III-1.5: *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français* [Research into the notion of regulation in French administrative law], by Laurence Calandri

Marie-Anne Frison-Roche, Managing Editor and Director

Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français [Research into the notion of regulation in French administrative law], Laurence Calandri, preface by Serge Regourd, Bibliothèque de droit public, t. 259, 710 pages, LGDJ, 2009.

Fiche bibliographique :

Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, Laurence Calandri, préface de Serge Regourd, Bibliothèque de droit public, t. 259, 710 pages, LGDJ, 2009.

Contenu

Cette thèse pose par son titre-même l'étroitesse de sa perspective, ce qui signifie aussi qu'il s'agit d'un travail de précision, puisque la notion de régulation est et ne sera étudiée qu'en « droit administratif français ». Cela qui signifie que sont exclues les considérations économiques, les perspectives des autres droits ou le droit privé. On peut être tenté dès le départ de récuser cet *a priori* car la régulation ne peut être ainsi enfermée dans une partie d'un droit national, ce n'est pas lui rendre justice, même si par ailleurs l'analyse est des plus fines. A lire cet ouvrage de 700 pages, on a parfois l'impression que la régulation est étudiée par un intérêt mû par la contrainte plus que par l'adhésion, parce que le droit administratif est « envahi » par la notion. La thèse entreprend donc d'étudier les rapports entre l'un et l'autre en cherchant à définir ce qu'est la régulation, en ce

qu'elle décrit l'organisation et l'activité de l'administration dans ses rapports avec les administrés.

Dans ce point de départ aussi sérieux que limité, il s'agit tout simplement de savoir si la régulation est un mot qui désigne quelque chose qui existe véritablement et modifie en cela le fonctionnement des organisations administratives ou bien s'il ne s'agit que d'un jeu de mots. Pour cela, l'auteur recherche quel est le statut du droit de la régulation en droit administratif français, cette identification de la notion de régulation permettant ensuite d'examiner dans quelle mesure cette notion s'est intégrée dans le droit administratif français. L'auteur s'en tient toujours à cette stricte perspective juridique, l'expression Autorité de régulation étant systématiquement autorisée, tandis que le terme de régulateur ne l'est jamais

L'auteur prend parti pour une définition fonctionnelle de la régulation, c'est-à-dire une définition de celle-ci à partir des missions qui sont conférées à l'Autorité de régulation. Il est vrai que la notion de régulation s'est introduite dans le droit à travers la réalité du « régulateur », mais selon l'auteur, cela est une source de confusion, car ce n'est pas parce qu'un organisme a un rôle régulateur, comme c'est le cas par exemple du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat, qu'il est pour autant une autorité de régulation. Il faut bien plutôt rechercher le concept autonome de régulation dans les travaux d'Hauriou, qui l'utilise pour désigner l'usage de la réglementation pour créer des équilibres, cette notion d'équilibre et d'ajustement prévalant de plus en plus dans la doctrine contemporaine. C'est pourquoi la régulation est devenue « un terme juridique signifiant l'action d'assurer un fonctionnement correct et de maintenir un équilibre ».

L'auteur, dans une grande cohérence, reprend le prisme du droit public et de sa doctrine, en ce qu'ils appréhendent la régulation comme la fonction principale des Autorités Administratives Indépendantes. C'est donc non seulement adopter une perspective fonctionnaliste, ce que l'auteur analyse justement comme un processus de spécification inachevé, mais encore

insister et mettre en premier plan la dimension institutionnelle de la régulation. Ainsi, tous les types de régulation sont associés, voire mélangés, dès l'instant qu'elles émanent d'Autorités Administratives Indépendantes. On aboutit à une quasi-synonymie entre AAI et Autorité de régulation, alors que la fonction juridique de régulation demeure marquée d'un contenu incertain, l'incertitude étant également liée à la notion ambiguë de « fonction ».

L'auteur souligne que le droit positif français a fini par consacrer la « fonction de régulation » même si le législateur le fait parfois de façon floue, notamment sous l'influence du droit communautaire qui, dans les différents paquets de directives, utilise le terme davantage pour désigner les Autorités nationales de régulation, que pour désigner une fonction. C'est donc plutôt dans la jurisprudence que l'on relève davantage de fermeté, puisque le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat se réfèrent à la mission de régulation.

L'auteur de l'ouvrage montre alors que la fonction de régulation produit naturellement « l'acte de régulation ». En effet, on ne peut réduire la régulation à la réglementation ni à la police administrative et il faut considérer que l'acte de régulation est donc bien une nouvelle technique juridique, traduisant l'évolution de l'action administrative, au-delà de ce qui n'en serait qu'une version modernisée.

L'auteur poursuit son analyse en essayant de cerner la notion de régulation à travers les pouvoirs et les moyens utilisés, notamment selon que l'on fait primer ou non des moyens extra-juridiques sur les moyens juridiques, et que l'on admet le cumul des moyens. Ce que l'auteur désigne ainsi comme « la thèse de la régulation-alliage » ne reçoit pas son approbation car le cumul des pouvoirs n'est pas systématique et il n'y a pas d'unité entre les différents pouvoirs. Au contraire, l'évolution du droit a entraîné par l'application de la Convention européenne des droits de l'homme une division interne des structures au sein des Autorités. L'auteur estime donc qu'il faut pour identifier la notion de régulation recourir à une « communauté d'actes

innommés ». L'auteur relève que les instruments sont souvent peu identifiés par le droit positif, tels que le sont les avis ou les recommandations et qu'il faut alors s'en tenir au critère de l'activité commune aux organes qualifiés officiellement de régulation.

L'auteur renoue ici alors avec une conception institutionnelle, puisqu'il identifie la régulation comme la communauté d'actes émis par des Autorités Administratives Indépendantes, qualifiées d'organes de régulation. En cela, la thèse confine donc au formalisme juridique...

La première partie de l'ouvrage ayant donc tenté d'identifier la régulation, la seconde partie en développe les caractères juridiques. Ceux-ci sont influencés par la perspective fonctionnelle qui imprègne l'acte de régulation.

Ainsi, l'acte de régulation serait un « acte invitatif » comme le connut le droit international public à travers la *soft law* et la recommandation internationale ou en droit interne les recommandations du Conseil National des Barreaux. En régulation, le Conseil d'Etat à propos du CSA puis le juge judiciaire à propos des autres autorités ont reconnu que ces Autorités émettaient des invitations adressées aux opérateurs pour orienter leur comportement afin que les dispositions prévues soient mises en œuvre de la façon la plus souhaitable. Cet entre-deux fait dire à Yves Gaudemet que la régulation est le « nouveau pavillon de la normativité ».

Certes, on peut se demander si l'invitation est une norme véritablement juridique et à ce titre, si l'acte de régulation est lui-même distinct des actes juridiquement normateurs. Dans la mesure où l'acte de régulation prend distance avec l'acte administratif unilatéral, on pourrait être tenté de le rapprocher de l'acte contractuel, puisqu'il faut l'accord des destinataires. Mais l'auteur y voit là une source de confusion car le droit négocié ne fait pas naître nécessairement un contrat. Dès lors, ce caractère incitatif constitue bien selon l'auteur la propriété majeure et spécifique de l'acte de régulation, qui le distingue des autres types d'actes et le définit comme une invitation

adressée à des destinataires, publics ou privés, en vue de l'adoption d'un modèle comportemental, défini par son auteur, qui ne lie juridiquement aucun de ses participants.

Il en découle que l'acte de régulation est tout à la fois effectif et informel. En effet, l'effectivité constitue une composante majeure de la régulation, l'acte de régulation ayant pour but d'obtenir un acte de comportement effectif. En cela, l'acte de régulation appartient d'une façon plus générale à la notion d'acte de comportement effectif, tel que pensé par Charles Eisenmann. Cette effectivité va être obtenue par ces méthodes originales puis que l'acte de régulation est une technique d'exécution non contraignante, l'auteur allant jusqu'à affirmer qu'il s'agit « d'un mode d'exécution aléatoire » parce que l'administration fait confiance à ses partenaires. Puisque l'acte de régulation n'est pas une norme mais un programme, une grande incertitude pèse sur son suivi et l'on constate l'agencement instable du processus « régulateur » dans le temps, qui a tendance à devenir très coercitif pour préserver son effectivité, loin de l'idée d'invitation. Dès lors, les rapports deviennent très fluctuants entre l'auteur de l'acte de régulation et ses destinataires.

Pourtant, l'acte de régulation demeure un acte informel. En effet, on constate que la création de l'acte de régulation déborde le cadre officiel de l'habilitation légale et relève bien souvent de l'exercice discrétionnaire de l'organe de régulation. Certes, il peut arriver que des pouvoirs soient conférés, mais ils le sont d'une façon limitée, tant matériellement que personnellement, le secteur étant un critère qui combine ces deux dimensions. On observe pourtant que les Autorités s'autorisent une action qui excède ces restrictions grâce à l'origine informelle de l'acte invitatif, accru par le processus également informel de son élaboration. Il peut s'agir d'une recommandation par auto-saisine, ou d'un avis sollicité par le secteur, dans une association toujours étroite entre l'organe de régulation et les destinataires.

Ainsi fonctionnellement cernée par l'auteur, la notion de régulation s'est aujourd'hui intégrée dans le droit administratif français. L'auteur décrit l'appropriation réciproque que la notion au départ exogène de la régulation et le droit administratif ont opérées vis-à-vis l'un de l'autre. C'est ainsi que la régulation correspond aujourd'hui à une activité assurée par des organismes administratifs particuliers : les autorités administratives indépendantes, l'Autorité de régulation en constituant le noyau dur. L'auteur montre l'évolution historique qui permet à la jurisprudence plus qu'au législateur de montrer que certaines Autorités Administratives Indépendantes sont des régulateurs.

L'auteur observe qu'en dehors des Autorités Administratives Indépendantes, l'activité de régulation demeure très marginale, qu'il s'agisse d'une juridiction administrative spécialisée comme la Commission bancaire, ou d'un établissement public administratif, comme l'Agence française de sécurité sanitaires des aliments. L'auteur n'évoque pas l'hypothèse de régulateur privé, puisque la thèse ne porte que sur le droit administratif. L'ouvrage développe au contraire longuement les spécificités des Autorités Administratives Indépendantes, notamment sur cette notion d'indépendance ou celle d'autonomie.

Enfin, l'auteur montre que la régulation a intégré le droit administratif français puisqu'elle constitue un procédé d'intérêt général original. En effet, les finalités des missions confiées aux autorités de régulation sont d'intérêt général, mais selon l'auteur elles sont spécifiques, en ce qu'il s'agit d'assurer l'effectivité de la norme juridique dans les domaines sensibles. Cela peut être le cas s'il faut assurer la clarté et l'intelligibilité de situations complexes ou de normes instables. L'effectivité de la norme demande alors la souplesse informelle de l'acte de régulation. Se constitue ainsi officiellement une activité de « service public de régulation ».

La régulation participe ainsi aux mutations de l'intérêt général par l'influence de son caractère invitatif, qui lui permet d'assurer sa fonction d'effectivité.

En cela, elle constitue un moyen exorbitant du droit commun, qui ne repose plus sur les prérogatives de puissance publique, mais prend bien plutôt acte de l'impuissance publique et de la répression administrative, pour mieux intégrer des procédés de gestion publique, construite sur des analyses sociologiques de ce qu'est « l'autorité ». Ainsi, la régulation est l'expression du nouveau visage de l'Autorité au sein de l'administration.

Dans une telle évolution, les recours juridictionnels doivent être eux aussi repensés. Ainsi, le contrôle direct de la légalité de l'acte de régulation est inadapté, puisque celui-ci est informel et ne modifie pas juridiquement les situations. Sont utilisables l'exception d'illégalité, le refus de réguler et ce qui touche la publication. Selon l'auteur, il peut s'agir d'un acte administratif justifiant une action de plein contentieux, ouvrant droit à réparation, les procédures de référés étant particulièrement adaptées. Ce contrôle juridictionnel permet d'éliminer les vices touchant la légalité, notamment le détournement de pouvoir ou l'erreur manifeste d'appréciation, mais le contrôle devient restreint dès qu'il s'agit de préserver la logique de proportionnalité. Dans le plein contentieux, la fonction de régulation peut justifier l'application de la responsabilité pour faute simple, même si certaines juridictions exigent encore la faute lourde, et l'hypothèse d'une responsabilité sans faute est entourée d'une multitude de conditions.

Commentaire

Ce travail de thèse présente de très multiples qualités et un défaut.

Au titre des qualités, on peut estimer qu'avant longtemps il n'y aura pas d'autres travaux mieux construits, plus clairs et plus exhaustifs sur le sujet que celui-ci. Pour tout lecteur qui s'intéresse à la régulation et peut lire la langue française, il y trouvera, notamment à travers un appareil bibliographique de plus de 25 pages, un index alphabétique parfait, et des notes de bas de page innombrables, tout ce que l'on peut savoir sur la régulation dans le droit public français.

En outre, l'auteur a la grande qualité de parfaitement bien maîtriser le droit positif français et la théorie du droit, tels que les auteurs de droit français public l'ont travaillée depuis des générations.

En outre, l'auteur développe une conception qui lui est propre de la régulation, au-delà de l'information qu'elle donne à son propos. Selon l'auteur, la régulation se définit par l'émission par une Autorité Administrative Indépendante d'actes de régulation, qui invitent les opérateurs à adopter le comportement souhaitable pour que l'intérêt général soit satisfait. Du fait que l'acte est construit entre l'émetteur et le destinataire, l'invitation reçoit bon accueil, ce qui donne à la régulation, pourtant non contraignante, une grande effectivité. On reconnaît les bons travaux de thèse au fait qu'ils peuvent après 700 pages être réduits à deux phrases aussi simples, comme c'est ici le cas, même si ses affirmations sont appuyées sur des centaines de lectures et de références.

On peut avoir de la régulation une autre conception et cela ne justifierait pas de critiquer cet utile ouvrage.

On regrettera simplement que dans l'ouvrage, l'auteur n'ait pas voulu ou pu prendre en considération le caractère transdisciplinaire de la régulation. Le travail fonctionne en cercle fermé, construit sur du droit, rempli par du droit, qui plus est du droit uniquement national, qui plus est uniquement public. Bien sûr, le savoir est obligé de se cadrer lui-même dans des disciplines pour appréhender le monde et lorsqu'il s'agit d'un savoir artificiel comme le droit, puisque l'auteur lui-même se réfère souvent au jeu de mots qu'est le droit, cette construction par la distinction entre les disciplines, entre les vocabulaires et entre les catégories, indépendamment du réel, est encore plus fort.

Mais à aucun moment les tensions politiques, les défaillances de marché, les crises, les technologies, etc., ne sont abordées alors que c'est à elles que le droit donne forme par la réponse qu'il cherche à leur donner.

Il ne s'agit pas d'une critique, puisque l'auteur donne bien dans le titre même de l'ouvrage qu'il n'a pas d'autre objet que de viser, tel le chasseur, la notion de régulation dans le pré très étroit du droit administratif français. Mais la régulation est beaucoup plus vivante que cette accumulation de textes et de décisions ou de références théoriques ; si l'on peut employer ici le terme de « défaut », c'est comme on le ferait pour un tableau auquel il manquerait une couleur essentielle.