



HAL
open science

LE TEMPS DE LA REGULATION

Pascale Idoux

► **To cite this version:**

Pascale Idoux. LE TEMPS DE LA REGULATION. AFDA. Le temps en droit administratif, Dalloz, 2022, Thèmes et commentaires, Coll. Association Française pour la recherche en Droit Administratif. hal-04200184

HAL Id: hal-04200184

<https://hal.umontpellier.fr/hal-04200184>

Submitted on 8 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

LE TEMPS DE LA REGULATION

Pascale Idoux

Professeur à l'Université de Montpellier (CREAM)

In *Le temps en droit administratif*, Dalloz, Thèmes et commentaires, coll. Association française pour la Recherche en Droit Administratif, 2022, pp.173-200

Résumé

L'omniprésence de la question du temps en matière de régulation n'est pas accidentelle. Au contraire, elle s'avère profondément significative, le rapport au temps étant consubstantiel à la notion juridique de régulation et permettant d'en éclairer le régime juridique.

Il constitue, d'abord, un élément de définition juridique de la régulation : un véritable dispositif de régulation doit en effet permettre un accompagnement continu, de l'amont à l'aval, et ne saurait s'incarner dans un dispositif d'intervention ponctuelle – qu'elle soit amont ou aval. Sans continuité, pas de régulation.

Il constitue, ensuite, un point cardinal autour duquel gravitent les divers instruments d'efficacité des dispositifs de régulation. Plus précisément, c'est alors l'élasticité de ce rapport au temps qui conditionne la pertinence de la régulation : sans ajustement permanent autour de la nécessité d'intervenir « en temps utile », pas de régulation.

I. La continuité, élément constitutif de la régulation

A. La continuité, critère de la régulation

1. Illustration : le cas de l'Autorité de la concurrence

a. L'apport décisif des textes

b. La pratique volontariste

2. Explication de l'intérêt juridique du prisme de la continuité

a. Un prisme utile à la compréhension du besoin de particularisation de l'approche juridique de la régulation

b. Un prisme utile pour éclairer la relation intime entre régulation et droit souple

B. La continuité, défi de l'encadrement juridique de la régulation

1. Le défi du cumul des attributions dans le temps

- a. La séparation des pouvoirs
- b. L'impartialité
- 2. *Le défi de l'aggravation de l'emprise par sa permanence*
 - a. Permanence de la régulation et contours de la liberté d'entreprendre
 - b. Permanence de la régulation et problématique de la perpétuité en droit administratif

II. L'élasticité, qualité essentielle de la régulation

A. Les instruments juridiques de ralentissement et d'accélération

1. Les instruments juridiques de ralentissement

- a. Les instruments de prévisibilité
 - L'étude d'impact
 - La transparence
 - Le dialogue préalable
- b. Les instruments de progressivité

2. Les instruments juridiques d'accélération

- a. L'accélération des procédures contentieuses en matière de régulation
 - Le raccourcissement des délais
 - Les alternatives à la sanction
- b. La multiplication des instruments de réactivité
 - L'injonction
 - Le réexamen

B. Les instruments juridiques de modulation du rythme d'intervention des régulateurs

1. Les instruments de modulation prévus par les textes

- a. La mise en demeure
- b. Les « bacs à sable réglementaires »

2. Les stratégies inventées par la pratique

- a. L'exemple des mises en garde et autres avertissements informels
- b. L'exemple de la régulation « en temps réel » par la donnée

Introduction

La mise en relation de deux notions aussi vastes que « le temps » et « la régulation » offre des perspectives larges et diversifiées. Heureusement, les communications précédentes – et en particulier l'introduction générale du colloque – ont d'ores et déjà permis de progresser dans l'appréhension de la thématique du temps en droit. Prenant appui sur ce socle, il me reste à éclaircir la notion de régulation dont il sera question ici. L'on sait en effet combien les approches possibles de la notion sont diversifiées¹.

Au sens retenu ici, la régulation désigne une méthode, privilégiant une approche finaliste et pragmatique d'action publique, supposant la possibilité d'utiliser une palette variée d'instruments, mis au service d'objectifs définis par la loi – et consistant généralement à maintenir un équilibre complexe entre des finalités potentiellement antagonistes (libertés versus ordre public – lequel peut être « général », « économique », « concurrentiel », « financier », etc. –, ou encore, concurrence versus autres finalités d'intérêt général, etc.). J'ajouterai deux précisions.

D'abord, la régulation n'est pas nécessairement l'apanage des autorités indépendantes et peut également être pratiquée par des autorités plus classiques, voire des entités privées. Ensuite, la meilleure approche de la régulation n'est pas institutionnelle mais fonctionnelle : fondamentalement, la régulation est une méthode globale d'action publique², qui nécessite de tenir compte des interactions entre toutes les actions isolées pour ajuster leurs effets combinés : l'approche « en silos » de chaque dispositif de régulation masque ainsi une partie importante du phénomène à étudier.

Ceci étant dit, les principales applications de la méthode de régulation sont aujourd'hui placées entre les mains d'autorités indépendantes (autorités administratives indépendantes – AAI – ou autorités publiques indépendantes – API³), si bien que, tout au long de l'exposé qui suit, les exemples de méthodes de régulation se rapporteront presque exclusivement à ces ARI (autorités de régulation indépendantes).

Ces précisions sur « la régulation » étant livrées, j'en viens à l'essentiel : pourquoi avoir choisi de consacrer une communication aux relations entre régulation et temps ? Ce choix a

¹ V. notamment L. Calandri, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », 2009 ; R. Rambaud, *L'institution juridique de régulation*, L'Harmattan, 2012 ; A. Sée, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, thèse Strasbourg, 2010 ; V^o « Régulation – conceptions doctrinales », in *Dictionnaire des régulations*, 2016, p. 516 ; G. Timsit, « Les deux corps du droit, essai sur la notion de régulation », *RFAP* 1996, n^o 78, p. 275 ; A. Sée et R. Rambaud, « Peut-on se passer de la notion de régulation ? », in *AFDA, Les controverses en droit administratif*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2017, p. 131 s.

² J.-B. Auby, « Régulations et droit administratif », in *Études en l'honneur de G. Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 209 s.

³ Au sens de la loi n^o 2017-55 portant statut général des AAI et API.

été guidé par la conviction que la régulation mérite tout particulièrement d'être étudiée à travers le prisme de son rapport au temps. L'hypothèse de départ est simple : rares sont les sujets du droit de la régulation qui peuvent échapper à la question de la temporalité : quelques exemples – parmi une liste non exhaustive – permettent de s'en convaincre. D'abord, même si le terme est connu de longue date, la diffusion massive de la notion dans la sphère juridique est assez datée, au point que l'on a pu parler d'un phénomène de mode : il y aurait un « avant » et un « après » ou un « depuis » l'irruption du thème de la régulation en droit. Ensuite, la question du caractère provisoire ou durable – conjoncturel ou structurel – des dispositifs de régulation (dispositifs transitoires ou permanents) a souvent été posée depuis la résurgence du thème de la régulation en droit dans les années 1990. Enfin, la réflexion doctrinale et institutionnelle sur les dispositifs de régulation témoigne de l'omniprésence du souci de régler « en temps utile » les perturbations du secteur régulé et même, autant que possible, de prévenir leur survenance.

Cette omniprésence de la question du temps en matière de régulation n'est pas accidentelle. Au contraire, elle s'avère profondément significative, le rapport au temps étant consubstantiel à la régulation et permettant d'éclairer son régime juridique.

Le rapport au temps constitue, d'abord, un élément de définition juridique de la régulation : un véritable dispositif de régulation doit en effet permettre un accompagnement continu, de l'amont à l'aval, et ne saurait s'incarner dans un dispositif d'intervention ponctuelle – qu'elle soit amont ou aval. Sans continuité, pas de régulation.

Au-delà, ce rapport au temps constitue un point cardinal autour duquel gravite l'ensemble des instruments d'efficacité des dispositifs de régulation. Plus précisément, c'est alors l'élasticité de ce rapport au temps qui conditionne la pertinence de la régulation : sans ajustement permanent autour de la nécessité d'intervenir « en temps utile », pas de régulation.

J'étudierai donc successivement ces deux caractéristiques temporelles de la régulation : la continuité, élément constitutif de la régulation, et l'élasticité, qualité essentielle de la régulation.

I. LA CONTINUITÉ, ÉLÉMENT CONSTITUTIF DE LA RÉGULATION

La continuité est la première clé de l'appréhension juridique de la régulation. Elle constitue autant un critère d'identification des véritables dispositifs de régulation qu'un défi pour l'encadrement juridique de la régulation.

A. La continuité, critère de la régulation

Il a souvent été souligné en doctrine combien le cumul d'attributions variées, pour la poursuite d'un objectif déterminé, constitue un critère de la régulation. À vrai dire, le critère réside moins dans le cumul d'attributions que dans la possibilité d'une action continue du dispositif de régulation. Une illustration et quelques explications permettent de s'en convaincre.

1. L'illustration : le cas de l'Autorité de la concurrence

Un exemple au moins permet de souligner l'importance du critère de la continuité pour l'identification d'un véritable dispositif de régulation : celui de l'évolution de l'Autorité de la concurrence (ADLC)⁴.

Initialement, l'ADLC, qui se nommait alors Conseil de la concurrence, n'était pas reconnue comme une authentique autorité de régulation⁵, dans la mesure où ses attributions relevaient essentiellement de l'aval ou encore l'« *ex post* » : il s'agissait alors essentiellement de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles (ententes anticoncurrentielles et abus de position dominante).

La qualité d'autorité de régulation est désormais largement reconnue à l'ADLC (il s'agit d'une régulation transversale et non sectorielle, puisqu'ayant vocation à concerner toutes les activités économiques).

La formulation large de la mission qui lui est impartie par la loi est parfaitement en accord avec cette évolution : l'Autorité de la concurrence « veille au libre jeu de la concurrence. Elle apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international » (C. com., art. L. 461-1).

L'élément décisif de cette évolution de l'ADLC a été le développement de ses attributions et leur pratique qui, ensemble, globalement, la conduisent de plus en plus à intervenir de façon continue, de l'amont à l'aval (du moins à l'égard de certains secteurs ou entreprises).

Si l'apport des textes a été décisif, cette évolution doit aussi beaucoup à la pratique très volontariste de l'Autorité.

⁴ V. notamment P. Idoux, « L'évolution de l'autorité chargée de la concurrence », *AJDA* 2016. 769.

⁵ M.-A. Frison-Roche, « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RDBF* 2010. Étude 34, § 58 : « il faut garder à l'esprit la distinction fondamentale entre l'Autorité de Régulation et l'Autorité de la concurrence. En effet, l'autorité de la concurrence n'est pas un régulateur, mais une institution intervenant *ex post*, qui ne surveille pas en permanence les agents économiques, n'a aucun rôle prudentiel, ne construit pas les marchés. L'autorité de la concurrence n'intervient que ponctuellement, lorsque le marché est abîmé par un comportement anticoncurrentiel ».

a. L'apport décisif des textes

Depuis une douzaine d'années, les modifications successives du Code de commerce ont doté l'ADLC d'attributions *ex ante* (ou en amont) et renforcé ses attributions *ex post* (ou en aval).

En particulier, l'ADLC a été dotée de nouvelles attributions *ex ante*.

C'est désormais elle et non le ministre de l'économie qui délivre les autorisations de concentration d'entreprise, le cas échéant sous condition de respecter des prescriptions ou des engagements de nature à atténuer les inconvénients de l'opération pour la concurrence (officiellement, auparavant, l'ex-Conseil de la concurrence rendait seulement un avis sur le projet de concentration. Cependant, de fait, l'autorité indépendante maîtrisait déjà le sujet).

Les attributions consultatives⁶ de l'ADLC ont été considérablement étayées. En particulier, le gouvernement est tenu de la consulter sur tout texte intéressant la concurrence, l'ADLC dispose désormais du pouvoir de prendre l'initiative de donner un avis (rendu public) sur toute question concernant la concurrence. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de « mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel du marché ».

L'ADLC a également été dotée d'attributions de surveillance des accords dans le secteur de la distribution, assorties d'un pouvoir de contrainte dans l'hypothèse où le « bilan concurrentiel » du projet d'accord est défavorable⁷. Cette attribution est un palliatif du pouvoir d'injonction structurelle envisagé pour l'ADLC mais qui a été jugé excessivement attentatoire à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété par le Conseil constitutionnel⁸.

Au-delà de l'apport des textes, le nouveau positionnement régulateur de l'ADLC doit beaucoup à sa pratique volontariste.

⁶ C. com., art. L. 462-1 s., spéc. art. L. 462-4 : « L'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés. »

⁷ C. com., art. L. 462-10 modifié par la loi n° 2018-938 du 30 oct. 2018.

⁸ Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC, cons. 32. L'article 39-2° de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques créait un pouvoir d'injonction structurelle de l'ADLC dans le secteur du commerce de détail en France métropolitaine. La disposition a été jugée contraire à la Constitution. En effet, la position dominante des entreprises concernées n'étant pas en soi répréhensible et le champ d'application de cette disposition excédant largement les situations problématiques à l'origine de ce texte, l'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété a été jugée manifestement disproportionnée au but poursuivi.

b. La pratique volontariste

D'une façon générale, l'ADLC a revendiqué son positionnement régulateur en s'emparant de façon volontariste de tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par les textes.

En particulier, par le canal de ses avis et recommandations, elle s'efforce de peser sur les débats publics⁹ comme sur le comportement des entreprises privées.

Plusieurs exemples permettent de souligner combien la combinaison entre les textes et la pratique permet désormais à l'ADLC d'exercer une influence continue sur les opérateurs, ce qui fait d'elle une authentique autorité de régulation.

Le premier exemple réside dans le suivi des prescriptions et surtout des engagements¹⁰ : lorsqu'une décision de l'ADLC est conditionnée par le respect d'engagements par une entreprise, après la négociation initiale, leur application doit être surveillée et, en cas de manquement, une réaction du régulateur s'imposera, avec la possibilité d'une sanction pouvant notamment, en matière de concentrations, prendre la forme radicale du retrait de l'autorisation¹¹. Si l'on ajoute à cela que ces engagements doivent parfois faire l'objet d'une révision périodique, prévue à l'origine ou rendue nécessaire, l'on comprend comment les engagements deviennent un outil de surveillance continue – l'on reviendra sur ce point ultérieurement.

Le deuxième exemple réside dans la publication par l'Autorité de nombreuses lignes directrices¹² et autres guides procéduraux, qui constituent autant de façons d'influencer les comportements en amont de l'éventuelle intervention de l'ADLC en matière de concentrations ou de pratiques anticoncurrentielles.

Le troisième exemple réside dans l'utilisation volontariste, par l'ADLC, de son pouvoir d'avis, pour pallier l'absence de possibilité d'imposer des injonctions structurelles ou comportementales aux entreprises dont la situation dominante présente des inconvénients sans être illégale : dès le début des années 2010, l'ADLC a rendu publics des avis stigmatisant nettement les inconvénients liés aux positions concurrentielles de plusieurs opérateurs du secteur de la grande distribution et leur recommandant les mesures correctrices qu'elle ne pouvait leur imposer – du moins à ce stade. Cet exemple est très

⁹ V. par ex. ADLC, « Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques », 19 févr. 2020 [www.autoritedelaconcurrence.fr] *AJDA* 2020. 605.

¹⁰ F. Blanc, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, LGDJ, coll. « NBT », t. 284, 2015.

¹¹ V. en particulier ADLC, décision n° 11-D-12 du 20 sept. 2011 (sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal).

¹² Conseil d'État, *Le droit souple*, étude annuelle, La Documentation française, 2013, note 18, p. 140 ; Les lignes directrices s'imposent à l'autorité administrative, qui doit néanmoins prendre en compte au cas par cas l'ensemble des éléments de la demande pour l'apprécier de façon pertinente au regard des objectifs poursuivis : CE 20 mars 2017, *Région Aquitaine Limousin Poitou Charentes*, n° 401751.

connu, car il a donné lieu à deux célèbres arrêts du Conseil d'État du 11 octobre 2012¹³ qui ont mis en évidence les inconvénients de l'absence de voie de recours contre de tels actes de droit souple : l'angle mort du contrôle juridictionnel de la régulation a été corrigé ensuite en 2016 par les jurisprudences *Fairvesta* et *Numéricable*¹⁴.

L'exemple de la transformation du « gendarme de la concurrence » en « autorité de régulation » permet d'illustrer l'importance de la capacité d'accompagnement continu dans la caractérisation d'un véritable dispositif de régulation.

Par-delà cette illustration du critère de la continuité, l'on peut souligner l'intérêt du prisme de la continuité pour la compréhension de l'essence de l'approche juridique contemporaine de la régulation.

2. Explication de l'intérêt juridique du prisme de la continuité

Si la continuité est un critère d'identification de la régulation, c'est aussi parce que ce prisme est vraisemblablement la meilleure clé de compréhension (et de justification) de certaines particularités de ce que l'on nomme parfois le « droit de la régulation ». Il s'agit d'en donner ici deux aperçus, l'un global, l'autre particulier au traitement jurisprudentiel du droit souple.

a. Un prisme utile à la compréhension du besoin de particularisation de l'approche juridique de la régulation

Certes, le droit administratif et le droit public en général n'ont jamais été démunis pour appréhender le développement des dispositifs de régulation, même indépendants¹⁵. Cependant, la banalisation totale du droit qui leur est appliqué s'est souvent heurtée à un sentiment d'inachevé, le cadre juridique général semblant parfois tronquer, simplifier ou travestir la réalité du phénomène à appréhender. L'on pourrait citer l'exemple des débats récurrents (de l'origine des AAI jusqu'au statut général de 2017) autour de la notion d'« autorité », d'« autorité administrative »¹⁶ et, évidemment, de « décision faisant grief »,

¹³ CE 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises et autres*, n° 346378 et *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, *AJDA* 2012. 2373, chron., *D.* 2013. 732, note, *RJEP* mai 2013, n° 708, comm. 19.

¹⁴ CE, ass., 21 mars 2016, *Société Faivesta International GmbH et a.*, *Société NC Numéricable*, *GAJA*, n° 113.

¹⁵ M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », n° 233, 2003.

¹⁶ CE, ass., 10 juill. 1981, *Retail*, *RD publ.* 1981. 1441, concl. Franc et 1687, note J.-M. Auby ; Y. Gaudemet, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur R.-É. Charlier*, Éd. Émile-Paul, 1981, p. 117 ; « Toujours à propos du Médiateur », *AJDA* 1987. 520 ; J.-P. Costa, « Le Médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *AJDA* 1987. 341 ; J.-L. Autin, « Le statut du Défenseur des droits », *RFAP* 2011/3, n° 139, p. 421.

avec la contestation précoce du caractère binaire des critères traditionnels de recevabilité des recours devant le Conseil d'État.

Ce constat d'inadaptation a d'ailleurs parfois justifié l'adoption de solutions juridiques qui, sans être tout à fait originales, sont particulièrement adaptées à la régulation et parfois avant-gardistes d'évolutions plus générales : s'il n'y a pas un « droit de la régulation » autonome, il existe bien des particularités.

Le prisme de la continuité permet d'éclairer ce besoin de particularisation : dans bien des hypothèses, les catégories juridiques et instruments classiques ont été conçus pour s'appliquer à des actes considérés isolément, là où la régulation implique de raisonner en termes de processus, la prise en considération de l'ensemble modifiant l'appréhension de chaque élément constitutif. Pour le dire autrement, c'est souvent le séquençage du processus en plusieurs procédures et/ou actes strictement délimités qui a été à l'origine du sentiment de décalage entre le cadre juridique appliqué et le phénomène appréhendé.

Par-delà cette observation très générale, il existe une illustration plus spécifique de l'intérêt du prisme de la continuité : la continuité fondamentale des dispositifs de régulation permet d'éclairer la relation intime entre régulation et droit souple.

b. Un prisme utile pour éclairer la relation intime entre régulation et droit souple

Dans une version caricaturale de l'état de la doctrine concernant l'analyse des actes juridiques en matière de régulation, l'on pourrait croire que deux partis s'affrontent : d'une part, la thèse selon laquelle il existe un « acte de régulation » : l'acte de droit souple¹⁷. D'autre part, la thèse selon laquelle c'est le cumul d'attributions variées, permettant l'adoption d'actes très divers (avis, règlement, autorisation, sanction...) qui caractérise la régulation¹⁸.

Si les deux thèses reposent sur de très solides arguments, c'est parce qu'elles trouvent un point de convergence dans la clé explicative de la continuité.

Comme l'ont particulièrement bien mis en évidence, en droit privé, les travaux de Marie-Anne Frison-Roche¹⁹ ou, plus récemment, en droit public, la thèse de Julien Mouchette²⁰,

¹⁷ V. en ce sens L. Calandri, *Recherches sur la notion juridique de régulation en droit administratif*, préc.

¹⁸ V. en ce sens notamment M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001. 610.

¹⁹ V. not. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

²⁰ J. Mouchette, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », n° 303, spéc. p. 604-605.

fondamentalement la régulation s'exerce *ex ante*, les attributions *ex post* faisant surtout sens pour dissuader et prévenir.

Autrement dit, la particularité de l'acte de droit souple réside dans sa capacité d'influence immédiate et diffuse sur les comportements. Or, comme l'a montré la thèse sur la magistrature d'influence, cette capacité d'influence immédiate (c'est-à-dire sans attendre l'éventuelle conversion ou traduction en droit dur) ne repose pas, ou du moins pas seulement, sur l'autorité morale du régulateur, mais surtout sur la perspective qu'il fasse usage de ses attributions de droit dur.

L'originalité de la situation d'insécurité ainsi créée pour les entités régulées provient du fait que, justement, elles vont rarement opter pour le risque d'une confrontation qui permettrait à un juge de trancher ultérieurement : au contraire, les destinataires des actes de droit souple vont probablement les intégrer à leurs choix et, ce faisant, neutraliser les possibilités de contrôle juridictionnel qui avaient été pensées autour de catégories juridiques binaires correspondant à des procédures segmentées : évidemment, si l'acte de droit souple était simplement un acte préparatoire, la question de l'insécurité juridique qu'il suscite ne se poserait pas de la même façon.

Ici résidait le « défaut » de l'état du droit antérieur à 2016, tel qu'énoncé par le Conseil d'État en 2012 dans les affaires *ITM* et *Société Casino Guichard Perrachon*²¹. Pour le dire autrement, c'était bien la continuité – redoutée – entre plusieurs attributions formellement distinctes de l'ARI qui provoquait « l'angle mort » du contrôle juridictionnel de la régulation, auquel met fin la jurisprudence *Fairvaista/Numéricable*²² – suffisamment connue pour qu'il soit nécessaire d'en rappeler les termes. Bien entendu, l'élargissement ultérieur de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre d'autres actes de droit souple²³ témoigne du caractère seulement particulier et non spécifique de l'encadrement juridique de la régulation. Cependant, même élargie, cette jurisprudence ne fait sens qu'en raison de la continuité.

Ressort essentiel de la régulation, la continuité constitue ainsi un élément central de l'analyse juridique de cette méthode d'action publique : cette dimension temporelle permet d'appréhender correctement la notion de régulation et d'en éclairer l'encadrement juridique. À l'image de l'exemple qui précède concernant le droit souple, cette continuité suscite évidemment des difficultés juridiques.

²¹ CE 11 oct. 2012, *Société ITM Entreprises et autres*, n° 346378 et *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, préc.

²² CE, ass., 21 mars 2016, *Société Faivesta International GmbH et a., Société NC Numéricable*, GAJA, n° 113, préc.

²³ CE, ass., 19 juill. 2019, *M^{me} Le Pen*, RFDA 2019. 851, concl. Iljic, AJDA 2019. 1994, chron. et D. actu. 2019, comm. 51 ; CE, sect., 12 juin 2020, *GISTI*, GAJA n° 118.

B. La continuité, défi de l'encadrement juridique de la régulation

Inhérente à la régulation, la continuité constitue parfois un défi pour son encadrement juridique, soulevant des questions juridiques passionnantes dont l'intérêt dépasse largement les seuls dispositifs de régulation et suscite des réflexions générales de droit public.

Ces difficultés suscitées par la continuité peuvent être classées en deux groupes : d'abord, les problèmes liés au cumul des attributions dans le temps ; ensuite, les difficultés liées à la permanence de l'emprise du régulateur sur les libertés.

1. Le défi du cumul des attributions dans le temps

La continuité de la régulation implique la possibilité qu'une même autorité administrative fasse successivement usage d'attributions distinctes, ce qui ne va pas sans difficultés juridiques.

Initialement, le problème de ce cumul a été perçu sous l'angle d'une possible méconnaissance de la séparation des pouvoirs²⁴ : comment une même autorité peut-elle édicter des règles, les mettre en œuvre et, le cas échéant, en sanctionner la méconnaissance ? Il est désormais surtout appréhendé comme une difficulté procédurale pour le respect de l'impartialité²⁵. Il n'est ni utile, ni possible, de revenir en détail ici sur chacun de ces deux points. Il s'agit ici simplement, pour l'un comme pour l'autre, de souligner en quoi la question, posée à propos des dispositifs de régulation – et à cause de leur continuité – a contribué à un éclairage plus large de ces questions centrales du droit public que sont la séparation des pouvoirs et l'impartialité du décideur : il y a là l'un des apports intéressants du phénomène de la régulation au droit public général.

S'agissant de la séparation des pouvoirs, une thèse sur la confrontation du phénomène des AAI au principe démocratique²⁶ a souligné combien l'allégation d'une méconnaissance de la séparation des pouvoirs par les autorités de régulation indépendante procède d'une vision sinon erronée, du moins discutable des implications de ladite séparation des pouvoirs. Alors qu'il n'est pas propre aux autorités de régulation indépendantes, le cumul d'attributions apparentées au pouvoir normatif, d'exécution et de sanction a été rendu plus

²⁴ Q. Epron, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA* 2007. 1007 s.

²⁵ Cass., ass. plén., 5 févr. 1999, *COB c/ Oury*, *Bull. ass. plén.*, n° 1, p. 1, *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 1999, concl. Lafortune, note Degueldre, Gramblat et Herbière, *JCP* 1999. II. 10060, note Matsopoulou ; CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, *GAJA*, n° 93 ; Cons. const. 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, *Société Groupe Canal Plus et autre*, *RJEP* 2013, n° 704, p. 10, comm. B. Genevois.

²⁶ S. Dubiton, *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes. Une solution démocratique ?*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », n° 293, 2016.

visible dans les mains des autorités indépendantes. Par des décisions devenues célèbres²⁷, le Conseil constitutionnel a rejeté l'hypothèse d'une incompatibilité entre séparation des pouvoirs et attribution d'un pouvoir de sanction à des autorités administratives, y compris dans l'hypothèse où celles-ci disposent par ailleurs d'un pouvoir réglementaire. Surtout, la controverse récurrente sur la constitutionnalité du cumul d'attributions variées par une même autorité a suscité un regain d'intérêt doctrinal pour l'approfondissement des implications de la séparation des pouvoirs, à la lumière, en particulier, des travaux d'Hauriou²⁸. Ce retour à une lecture affinée de la séparation des pouvoirs (et en particulier la distinction entre pouvoirs et fonctions, chaque pouvoir devant intervenir dans plusieurs fonctions) semble particulièrement utile pour le droit public contemporain, notamment dans la perspective de la compréhension de l'organisation institutionnelle européenne, appelée à prendre une importance politique croissante.

S'agissant de l'impartialité du décideur, le cumul des fonctions de « poursuite » et de « décision » au sein des autorités de régulation a suscité durant les vingt dernières années non seulement une forte insécurité juridique pour les sanctions prononcées par ces autorités mais, surtout, une fort intéressante (et sans doute inachevée) réflexion sur, d'une part, la distinction entre les procédures administratives et les procédures juridictionnelles²⁹ et, d'autre part, les implications de l'obligation d'impartialité à laquelle sont évidemment tenues les autorités administratives comme les autorités juridictionnelles. L'on peut souligner notamment que, sans être inconnu auparavant, le principe d'impartialité des autorités administratives a longtemps fait figure de clandestin aux manifestations éparses (à l'image du principe de sécurité juridique), avant d'être officialisé avec un degré de

²⁷ Cons. const. 17 janv. 1989, n° 89-248 DC, cons. 27 ; Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, cons. 6.

²⁸ L'analyse doctrinale du cumul des attributions de régulation a tout particulièrement rencontré l'écho de l'approche du doyen Hauriou qui, se gardant de confondre pouvoirs et fonctions, souligne notamment qu'« il faut que les pouvoirs de gouvernement ne soient pas séparés au point de ne plus pouvoir collaborer, il faut que chacun d'eux intervienne dans plusieurs fonctions, de façon qu'ils puissent se rencontrer et s'arrêter les uns les autres ou marcher de concert » : M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, p. 700.

²⁹ V. notamment P. Quilichini, « Réguler n'est pas juger. Réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des AAI », *AJDA* 2004. 1060 ; L. Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA* 2014. 1119, dans le prolongement notamment des travaux de René Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265 ; J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges M. Stassinopoulos. Problèmes de droit public contemporains*, LGDJ, 1974, p. 275 et de J.-M. Auby, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *AJDA* 1995. 91.

généralité jusqu'alors inédit par le Conseil constitutionnel³⁰ puis le Conseil d'État³¹, justement dans un contexte concernant des autorités de régulation³².

D'autres défis juridiques liés à la continuité de la régulation procèdent de l'aggravation de l'atteinte aux libertés du fait de la permanence de l'emprise du régulateur.

2. Le défi de l'aggravation de l'emprise par sa permanence

La continuité de la régulation implique parfois la possibilité d'assujettir les entités régulées à une surveillance et/ou à une contrainte permanente, susceptible de déséquilibrer globalement la balance entre ordre public et libertés individuelles.

Cette question du juste équilibre entre contrainte et liberté est évidemment au cœur des textes encadrant les dispositifs de régulation et de leur application vigilante par les juridictions compétentes.

En particulier, en matière de régulation comme en d'autres domaines, la soumission d'une entreprise à un contrôle préalable ne va pas de soi.

Ainsi, en droit des communications électroniques, le contrôle « *ex post* » doit être privilégié. Si certaines considérations peuvent conduire à assujettir un opérateur dominant à une régulation « *ex ante* », une asymétrie est ainsi créée à son détriment, ce qui est à la fois attentatoire à sa liberté et source d'inégalité de traitement avec ses concurrents. Les motifs d'instauration et d'éventuelle prolongation d'un tel dispositif font l'objet d'un contrôle juridictionnel et l'ARCEP a récemment été rappelée à l'ordre par un arrêt du Conseil d'État du 31 décembre 2020³³, pour n'avoir pas engagé en temps utile les procédures nécessaires à l'éventuelle levée d'une telle contrainte.

Cet exemple, parmi de nombreux autres possibles, témoigne de la prise en considération par le droit des enjeux de la permanence de l'emprise d'un régulateur sur une entreprise.

Au-delà de ce constat somme toute assez banal, il faut relever ici deux exemples de défis juridiques suscités par la permanence de la régulation, dont l'intérêt dépasse le seul sujet de

³⁰ Cons. const. n° 89-260 DC, cons. 10, soulignant que « la Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent ». La décision précitée du 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC impose aux autorités indépendantes une exigence renforcée d'impartialité dans le cadre de leurs attributions répressives.

³¹ CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, préc., faisant référence au « principe d'impartialité rappelé par l'article 6-1 » de la Conv. EDH.

³² L. de Fourmoux, *Le principe d'impartialité de l'Administration*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », n° 315, 2020.

³³ CE 31 déc. 2020, *Société Towercast*, n° 444751.

la régulation. Ces deux problématiques sont les contours de la liberté d'entreprendre et la question de la perpétuité en droit public.

a. Permanence de la régulation et contours de la liberté d'entreprendre

En droit administratif, la question du juste équilibre entre liberté du commerce et de l'industrie et/ou liberté d'entreprendre et contraintes d'intérêt général a souvent été éclipsée par les questions de compétence : pour aller à l'essentiel, là où la loi a posé le principe de la réglementation d'une profession ou activité, le moyen tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre par les actes administratifs d'application était, du moins jusqu'à une période récente³⁴, considéré comme inopérant³⁵.

Aussi l'importance du contrôle de constitutionnalité des lois est-elle perçue comme essentielle en la matière.

Chacun se souvient sans doute ici combien les attentes étaient grandes envers la question prioritaire de constitutionnalité, même si dix ans de recul permettent aujourd'hui de conclure que la révolution attendue par certains au profit d'une protection améliorée de la liberté d'entreprendre n'a pas eu lieu³⁶, en dépit de nombreuses occasions.

L'une de ces occasions concernait, justement, le problème de la permanence de l'emprise d'une autorité de régulation indépendante : il s'agit de la célèbre affaire *Canal Plus*, qui a donné lieu notamment à une décision du Conseil constitutionnel le 12 octobre 2012³⁷.

La décision est célèbre, pour ce qui concerne l'obligation d'impartialité en matière répressive. Si d'autres de ses aspects ont moins retenu l'attention, il faut néanmoins remarquer que les requérants soulevaient aussi la question de la compatibilité des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence avec la liberté d'entreprendre, justement en raison, notamment, du risque d'emprise permanente sur les entreprises concernées.

Pour aller à l'essentiel, l'argumentaire du groupe Canal Plus était, en substance, le suivant : par l'usage qu'elle fait de ses attributions, l'autorité en modifie la portée et en aggrave les effets pour les entreprises.

³⁴ CE, ass., 18 mai 2018, *Louvion, Lebon* 168, concl. L. Dutheillet de Lamothe, *RFDA* 2018. 728, concl., *AJDA* 2018. 1212, chron. Roussel et Nicolas.

³⁵ CE, ass., 12 déc. 1953, *Syndicat national des transporteurs aériens, Lebon* 547 ; CE 20 déc. 2011, *Briand, Lebon* 813 ; CE, ass., 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre et autres, Lebon* 344, *RD publ.* 1964. 1019, concl. Questiaux, *AJDA* 1964. 438, note de Laubadère.

³⁶ R. Fraisse, « La question prioritaire de constitutionnalité et la liberté d'entreprendre », *RJEP* août-sept. 2011. Étude 3, p. 13 ; P.-Y. Gahdoun et G. Clamour (dir.), « QPC et économie », rapport, in *Dix ans de QPC*, Conseil constitutionnel, 2020.

³⁷ Cons. const. 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, préc.

L'opérateur dénonçait une pratique habile de ses attributions par l'Autorité de la concurrence en matière d'autorisation des concentrations d'entreprise, consistant selon lui à mener une négociation exigeante puis à accepter des engagements sans vérifier leur caractère réaliste, pour ensuite constater leur inobservation et retirer l'autorisation de concentration, plaçant ainsi à échéance régulière l'entreprise à la merci du régulateur pour obtenir, aux conditions qui lui seraient dictées, une nouvelle autorisation indispensable³⁸.

La question était pertinente : une autorité administrative peut-elle faire un usage stratégique de ses attributions *ex ante*, de façon à les convertir en instrument d'accompagnement continu, sans que l'équilibre, voulu par le législateur, avec la liberté d'entreprendre, en soit affecté ? Si le moyen a été examiné (considérants 8 et suivants), l'argument n'a pas été explicitement traité. En effet, le Conseil constitutionnel statue sur la constitutionnalité du texte de loi et non sur sa mise en œuvre pratique, et n'a pas reproché, en l'espèce, au législateur d'avoir laissé une marge de manœuvre excessive à l'ADLC. Il a donc estimé, en l'espèce, que la liberté d'entreprendre n'était pas méconnue³⁹.

Il eut pourtant été intéressant d'aborder de front la question de l'impact de la pratique permanente d'une attribution conçue pour s'exercer *ex ante*, sur l'équilibre entre liberté et ordre public économique.

b. Permanence de la régulation et problématique de la perpétuité en droit administratif

Une autre question fondamentale a émergé à travers le prisme de l'étendue temporelle des attributions d'une autorité de régulation indépendante, l'Autorité des marchés financiers.

Cette question est celle de la perpétuité : une mesure administrative individuelle, et spécialement, une sanction administrative interdisant l'exercice d'une activité professionnelle, peut-elle prolonger ses effets de façon véritablement perpétuelle, comprendre, sans révision possible, alors que, même pour la répression d'actes gravissimes, le droit pénal français ne connaît pas une réelle perpétuité, la situation d'un condamné (détenu) pouvant toujours être périodiquement réexaminée ?

³⁸ La pratique est d'ailleurs devenue courante pour l'ADLC d'insérer, dans l'autorisation initiale d'une opération de concentration, une clause de réexamen des engagements au bout de 5 ans. Pour une illustration : ADLC, décision n° 14-DCC-15 du 10 févr. 2014 autorisant la prise de contrôle par Canal Plus Overseas (devenue Canal + International) de Médiaserv (devenue Canal + Telecom) et ADLC, décision n° 19-DAG-01 relative à l'exécution de l'engagement n° 11 de la décision de l'ADLC en date du 8 févr. 2019 portant réexamen des engagements de la décision n° 14-DCC-15 du 10 févr. 2014.

³⁹ Le Conseil d'État n'a pas non plus fait écho à cette argumentation : CE, ass., 21 déc. 2012, n° 353856.

La question a été posée dans le contexte particulier de l'exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)⁴⁰, identifiant une méconnaissance du droit à un procès équitable devant l'Autorité des marchés financiers (AMF). Examinant les conséquences à en tirer, le Conseil d'État, dans un arrêt d'assemblée du 30 juillet 2014, *M. Vernes*⁴¹, a consacré l'existence d'une procédure de relèvement des sanctions administratives.

Le Conseil d'État a en effet estimé que l'autorité administrative, auteur d'une sanction administrative, demeure perpétuellement saisie de la situation individuelle sur laquelle elle s'est prononcée et doit, sur demande, examiner si les nouvelles circonstances de droit ou de fait doivent la conduire à décider d'éteindre pour l'avenir tout ou partie des effets de la décision – sans affecter son existence ni ses effets passés. Les conclusions du rapporteur public apportent un éclairage passionnant sur la permanence de la compétence de l'autorité administrative et, au-delà, sur la confrontation du droit administratif à la question de la perpétuité.

Ainsi la continuité, critère et défi de l'encadrement juridique de régulation, est-elle une dimension essentielle de la régulation, à la lumière de laquelle s'éclairent nombre de questions juridiques essentielles.

Toutefois, l'analyse juridique du temps de la régulation ne saurait s'arrêter au prisme de la continuité : ce serait postuler une régularité aux antipodes des méthodes de régulation, bien plus caractérisées par un rapport élastique au temps, guidé par le souci constant d'agir « en temps utile ».

⁴⁰ CEDH 20 janv. 2011, *Vernes c/ France*, n° 30183/06.

⁴¹ CE, ass., 30 juill. 2014, *M. Vernes*, n° 358564 : « Considérant que, lorsque la violation constatée par la Cour dans son arrêt concerne une sanction administrative devenue définitive, l'exécution de cet arrêt n'implique pas, en l'absence de procédure organisée à cette fin, que l'autorité administrative compétente réexamine la sanction ; qu'elle ne peut davantage avoir pour effet de priver les décisions juridictionnelles, au nombre desquelles figurent notamment celles qui réforment en tout ou en partie une sanction administrative dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, de leur caractère exécutoire ; qu'en revanche, le constat par la Cour d'une méconnaissance des droits garantis par la convention constitue un élément nouveau qui doit être pris en considération par l'autorité investie du pouvoir de sanction ; qu'il incombe en conséquence à cette autorité, lorsqu'elle est saisie d'une demande en ce sens et que la sanction prononcée continue de produire des effets, d'apprécier si la poursuite de l'exécution de cette sanction méconnaît les exigences de la convention et, dans ce cas, d'y mettre fin, en tout ou en partie, eu égard aux intérêts dont elle a la charge, aux motifs de la sanction et à la gravité de ses effets ainsi qu'à la nature et à la gravité des manquements constatés par la Cour. »

II. L'ELASTICITE, QUALITE ESSENTIELLE DE LA REGULATION

De la même façon que le cœur, organe régulateur par excellence du corps humain, sait adapter son rythme aux besoins du maintien des constantes, en ralentissant ou en accélérant pour permettre de maintenir leur stabilité, le temps de la régulation est, fondamentalement, le temps utile : pour agir au mieux, il faut parfois savoir attendre, ralentir et « prendre le temps » de bien préparer une action ; en d'autres circonstances, au contraire, il faut accélérer au maximum des possibilités légales et matérielles, afin, notamment, d'éviter l'aggravation d'une difficulté.

Cette gestion stratégique du rapport au temps est au cœur de la méthode régulatrice.

Sans surprise, ce rapport élastique au temps constitue également une clé de compréhension du droit de la régulation, c'est-à-dire des solutions juridiques qui, sans être toujours propres à la régulation, lui sont particulièrement adaptées et lui doivent souvent beaucoup.

Ce constat du lien intime entre le droit et le rapport au temps vaut pour les deux volets de l'élasticité que je voudrais développer ici.

Bien entendu, l'élasticité du temps de la régulation est avant tout tributaire de l'existence d'instruments de ralentissement et d'accélération de l'action des régulateurs.

Toutefois, l'on passerait à côté de ce qui fait l'originalité de ce rapport au temps si l'on ignorait l'importance des possibilités de dosage et de modulation du rythme de la régulation, qui lui permettent de s'adapter au tempo dicté par les circonstances et leur approche stratégique.

J'envisagerai donc successivement de façon statique les instruments de ralentissement et d'accélération et, selon une approche plus dynamique, les instruments de modulation du rythme.

A. Les instruments juridiques de ralentissement et d'accélération

1. Les instruments juridiques de ralentissement

Bien réguler suppose parfois de prendre le temps nécessaire avant d'agir.

Ces instruments sont, pour la plupart, familiers aux administrativistes (encore une fois, les autorités de régulation indépendantes ont souvent été des précurseurs mais sans pour autant utiliser des instruments entièrement spécifiques). Tous reposent sur la volonté d'éviter la perturbation brutale (supposée, à maints égards, contre-productive). Il peut s'agir de

ménager la prévisibilité (a) ou d'organiser la progressivité, d'amortir l'impact du changement (b).

a. Les instruments de prévisibilité

S'agissant, d'abord, des instruments de prévisibilité, trois instruments, sans être propres aux dispositifs de régulation, s'y sont tout particulièrement épanouis, de façon souvent avant-gardiste vis-à-vis du reste du droit administratif : l'étude d'impact, la transparence et la concertation.

– L'étude d'impact

Il n'y a pas de régulation possible sans évaluation anticipée des conséquences d'une action. En principe l'étude d'impact comporte *a minima* trois volets : elle doit mesurer la portée spécifique de l'action envisagée, anticiper les interactions entre cette action et d'autres paramètres, publics et privés, le tout dans une perspective comparative supposée permettre, *in fine*, le choix de la meilleure stratégie d'action possible. Le lien profond entre régulation et étude d'impact procède du fait que, fondamentalement, la régulation est une méthode d'action publique globale, qui nécessite d'intégrer en permanence l'ensemble des paramètres susceptibles de conditionner l'efficacité des choix publics⁴². L'on comprend dès lors pourquoi, sans être un instrument réservé aux seuls procédés identifiés comme relevant d'une démarche régulatrice, l'étude d'impact en constitue un ressort indissociable.

– La transparence

Il n'y a pas non plus de régulation sans transparence (sous réserve des secrets protégés par la loi). Comme l'étude d'impact, la transparence est loin d'être une préoccupation réservée aux démarches identifiées comme régulatrices. Pour autant, il s'agit d'une préoccupation particulièrement visible et manifeste dans les méthodes d'action des autorités de régulation, pour trois raisons convergentes, dont l'une tient à une perspective temporelle.

La première raison réside dans les textes européens qui encadrent souvent les dispositifs de régulation (indépendante ou classique) et, s'agissant d'entraves aux libertés économiques, exigent le caractère transparent, non discriminatoire et proportionné de chacune de leur action.

La deuxième raison réside dans une préoccupation de légitimation d'autant plus prégnante lorsque les autorités de régulation sont indépendantes du politique et ne peuvent donc se réclamer, même indirectement, de la légitimité électorale : elles n'ont alors que la

⁴² J.-B. Auby, « Régulations et droit administratif », art. préc. ; T. Perroud et J.-B. Auby, *Régulatory Impact Assessment*, Global Law Press, 2013.

démonstration transparente de leur compétence et de leur impartialité pour justifier leur action et les contraintes qu'elles imposent aux entités régulées.

La troisième raison est directement liée à la thématique de la prévisibilité que nous sommes en train d'envisager : il s'agit, sous réserve du respect du secret des affaires, de faire œuvre de pédagogie afin de familiariser le milieu régulé avec les bonnes pratiques et de prévenir les comportements potentiellement attentatoires aux objectifs de la régulation. À cet égard, l'on peut souligner que l'analyse de la motivation des actes des autorités de régulation indépendante⁴³ met particulièrement en évidence le lien entre transparence, pédagogie et prévisibilité.

– *Le dialogue préalable*

Il n'y a pas de régulation sans dialogue constant entre le régulateur et les entités régulées et même, au-delà, avec l'ensemble des parties prenantes et/ou intéressées. Ici encore, les instruments de dialogue utilisés ne sont ni spécifiques, ni inédits en droit administratif, où la culture du dialogue avec les intéressés se diffuse de plus en plus, notamment lorsque l'environnement est en jeu. Il existe pourtant un lien particulièrement intime entre la méthode régulatrice et le dialogue, sous toutes ses formes, de la plus informelle (consultation publique, concertation) à la plus formalisée (en particulier, la procédure contradictoire). Les manifestations de ce lien intime entre régulation et dialogue préalable sont nombreuses et peuvent être classées en trois groupes.

La première manifestation réside dans la pratique des ARI, avec la mise en œuvre souvent spontanée de procédures dialogiques en marge des obligations imposées en droit positif. La deuxième manifestation réside dans la communication institutionnelle des autorités de régulation, qui revendique cette orientation marquée vers le dialogue. La troisième manifestation réside dans le droit applicable aux ARI : à cet égard aussi, les autorités de régulation indépendantes ont été à l'avant-garde d'évolutions plus larges du droit administratif français, avec en particulier deux phénomènes très remarquables : d'abord, la mise en place de véritables procédures contradictoires en amont de décisions individuelles autres que les seules sanctions ou mesures défavorables, terrain d'élection des traditionnels droits de la défense en droit administratif français ; ensuite, l'apparition d'une procédure contradictoire en amont de certains textes de portée générale, qu'il s'agisse de

⁴³ P. Idoux, « La motivation des sanctions par les autorités administratives indépendantes », in C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. II. La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », 2013, p. 187s.

droit souple (consultations publiques améliorées lors de la préparation de lignes directrices ou d'avis) ou même d'authentiques actes réglementaires⁴⁴.

Les raisons d'être de ce lien intime entre régulation et dialogue ont déjà été largement explorées⁴⁵ : il s'agit d'une stratégie combinée de légitimité et d'efficacité, le dialogue permettant d'ajuster l'action, de proposer des solutions « sur mesure » qui seront d'autant mieux appliquées qu'elles auront été comprises et même progressivement intériorisées par les entités concernées. Ici encore, l'anticipation (y compris celle d'un possible rejet d'une mesure mal acceptée) est au cœur de la démarche dialogique et souligne l'importance de la dimension temporelle dans la stratégie de régulation.

La prévisibilité est ainsi au cœur des méthodes de régulation. Il en va de même de la progressivité, qui recoupe d'ailleurs parfois la prévisibilité.

b. Les instruments de progressivité

Prendre le temps afin de mieux parvenir à ses fins implique souvent la progressivité : il s'agit d'amortir le choc créé par le changement et de lisser les effets potentiellement perturbateurs ou désorganisateur de l'action publique. Ici encore, la distinction entre les outils du droit administratif général et ceux de la régulation ne doit pas être surestimée. En outre, la progressivité est parfois assurée par les instruments de prévisibilité mentionnés plus haut. Je voudrais ici particulièrement mettre en évidence deux instruments de progressivité particulièrement liés aux dispositifs de régulation :

– Premier instrument de progressivité : la mise en demeure préalable

Certains dispositifs de régulation (pas tous, j'y reviendrai) sont assujettis à une obligation de mise en demeure préalable avant sanction. Dans certains cas, cette mise en demeure constitue un véritable outil de progressivité, en permettant à l'entité concernée de mieux comprendre le cadre juridique qui s'impose à son activité, afin d'ajuster son comportement et, dans la meilleure des hypothèses, d'éviter une sanction : plus que prévisible, l'action est ici progressive. En particulier, devant le CSA (désormais ARCOM), la mise en demeure ne constitue pas un acte de poursuite mais s'analyse davantage en une mesure d'information, qui précise à son destinataire les contours de ses obligations et – ce qui est fondamental pour le respect du principe de la légalité des « délits » ou, ici, des « manquements » – formalise la définition des comportements répréhensibles. Pour comprendre l'intérêt d'une telle mise

⁴⁴ CPCE, art. L. 32-1-V.

⁴⁵ Par ex. D. Custos, V° « Procédure administrative non contentieuse des autorités de régulation », in *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2016, p. 489 ; P. Idoux, « Débat contradictoire et régulation économique », *RJEP* 2013, n° 713. Étude 1, p. 3.

en demeure, il faut se souvenir que, contrairement au droit pénal, le droit de la répression administrative, bien qu'assujéti au respect du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines, s'accommode de l'absence de définition légale des comportements susceptibles de faire l'objet d'une punition, le simple renvoi à la méconnaissance d'obligations précisées par les textes en tenant lieu (aménagement valable pour la déontologie des fonctionnaires comme pour la répression exercée par les autorités indépendantes). Ainsi la mise en demeure est elle, en pareille hypothèse, mise au service d'une démarche de formalisation progressive des obligations et des contraintes, dans un système où les règles constituent souvent des standards qui peuvent être difficiles à interpréter et/ou à contextualiser. La mise en demeure peut donc être un instrument de progressivité de réaction de l'autorité de régulation face à un manquement : la sanction est alors loin d'être automatique et soudaine.

- *Deuxième exemple d'instrument de progressivité : le droit souple (pour mémoire)*

L'on retrouve la même idée de progressivité dans l'utilisation massive du droit souple par les autorités de régulation indépendantes. Le sujet est trop connu pour qu'il soit utile de s'y attarder⁴⁶. Il s'agit simplement de souligner ici combien, parmi tous les atouts du droit souple, se distingue celui de la progressivité entre préconisation et contrainte, avant d'en venir à un autre groupe d'instruments juridiques, dédiés au contraire à l'accélération de l'action des régulateurs.

2. Les instruments juridiques d'accélération

L'idée générale est bien connue, selon laquelle le rythme de la régulation est mieux adapté au rythme des entités régulées et de l'économie en particulier, que le rythme classique de l'administration ou du juge, supposé plus lent. Cette accélération se vérifie au moins à deux égards : d'abord, dans le cadre des procédures contentieuses, qui sont accélérées en matière de régulation ; ensuite et plus généralement, en raison de la multiplication des instruments de réactivité mis au service des autorités de régulation.

⁴⁶ V., outre la thèse précitée de J. Mouchette, Conseil d'État, *Le droit souple*, Etude annuelle, La documentation française, 2013.

a. L'accélération des procédures contentieuses en matière de régulation

Les procédures contentieuses sont accélérées par le recours à des délais de traitement raccourcis par comparaison avec le droit commun des procédures contentieuses ainsi que par la possibilité d'utiliser des alternatives à la sanction.

– Le raccourcissement des délais

D'une façon générale, la capacité des autorités de régulation indépendantes à traiter rapidement les contentieux relevant de leurs compétences fait, avec leur capacité d'expertise, partie des raisons qui ont conduit à les doter de pouvoirs de sanction et de règlement des litiges à la place des juridictions, supposées plus lentes.

Le contrôle juridictionnel s'est lui-même adapté à la nécessité de ne pas compromettre l'efficacité de la régulation, en déployant des singularités⁴⁷ à l'avant-garde des évolutions plus générales du contentieux pour, finalement, se faire lui-même régulateur, dans la continuité du processus de régulation (l'on pense notamment à l'approche dynamique de la légalité qui se diffuse aujourd'hui). L'affaire Canal Plus/Vivendi de 2012, dont il a déjà été question plus haut, a particulièrement symbolisé en particulier la mobilisation du juge pour honorer le défi de l'accélération : en dépit de l'ampleur inédite de la motivation des deux arrêts rendus⁴⁸, le contentieux a été bouclé dans son intégralité en moins de 16 mois pour la sanction, QPC comprise – et avec utilisation d'une réunion d'instruction préalable – et en moins de 6 mois pour la nouvelle autorisation conditionnée.

– Les alternatives à la sanction

Certains instruments ont fait leur apparition en droit français dans le cadre de dispositifs de régulation, pour permettre l'accélération du traitement des contentieux en optimisant les moyens investis par le régulateur et les parties, à commencer par le temps : s'il est impossible de les développer ici, l'on peut au moins les mentionner.

La coopération (C. com., art. L. 464-2 IV) permet d'inciter les protagonistes d'une entente à en faciliter la preuve, en échange d'une diminution de la sanction encourue.

La composition administrative (devant l'Autorité des marchés financiers – AMF : C. mon. fin., art. L. 621-14-1) et la transaction (devant l'Autorité de la concurrence

⁴⁷ M. Crespy-De Coninck, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 164, 2017.

⁴⁸ CE, ass., 21 déc. 2012, n° 35856 et n°s 362347, 363542 et 363703. V. notamment le communiqué de presse rendu public par le Conseil d'État sur ces deux arrêts, soulignant que « sur la procédure, on peut noter que ces affaires ont particulièrement mobilisé le Conseil d'État : audience de plus de 5 heures en référé, audience d'instruction de plusieurs heures ensuite, séance publique de plus de 4 heures, décisions dont les minutes ont respectivement plus de 60 et 90 pages ».

– ADLC : C. com., art. L. 464-2-III) sont également des moyens de remédier rapidement et efficacement à un manquement. Devant l’Autorité de la concurrence, la transaction succède à l’ancienne procédure de non-contestation des griefs⁴⁹. La vocation de la transaction est essentiellement correctrice : il s’agit d’obtenir le résultat recherché (mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles) dans des délais optimisés et de façon peu coûteuse. Une transaction concernant Google⁵⁰ a récemment mis en évidence de façon éclatante les atouts de cet instrument, qui permet de faire évoluer les pratiques de l’opérateur pour l’avenir.

Dans une certaine mesure, les engagements font également partie des instruments juridiques d’accélération, notamment lorsqu’il s’agit de corriger une situation et/ou des comportements anticoncurrentiels⁵¹.

b. La multiplication des instruments de réactivité

Les instruments de réactivité, permettent au régulateur de faire face rapidement à une situation problématique ou à un risque. Parmi de nombreuses illustrations, figurent notamment les mesures conservatoires⁵² ou encore le pouvoir d’injonction⁵³.

L’injonction est toujours, en soi, et surtout si elle est assortie d’une astreinte, le moyen de chercher à obtenir rapidement un résultat donné. Elle devient, en outre, un véritable instrument de réactivité lorsque la loi autorise une autorité à enjoindre à une entreprise non seulement de se conformer à ses obligations telles que précédemment formulées mais, plus encore, et c’est cela qui est récent et remarquable, lorsque, à l’image de la loi Macron concernant l’ADLC⁵⁴, l’autorité est en mesure d’enjoindre à l’entreprise de respecter des obligations nouvelles, formulées pour adapter immédiatement au mieux le comportement de l’entreprise : la vocation immédiatement correctrice de l’injonction se trouve ici optimisée par la possibilité d’en adapter le contenu – à l’image, d’ailleurs, de l’injonction pratiquée par le juge.

Un autre instrument de réactivité réside dans les procédures de réexamen anticipé de décisions passées. Comme signalé plus haut, les autorités de régulation demeurant saisies

⁴⁹ C. com., art. L. 464-2, III. Proche de l’ancien procédé, la procédure de transaction consiste à proposer à l’entreprise une fourchette précise de sanction encourue à condition qu’elle reconnaisse l’ensemble des manquements reprochés. Le quantum de la sanction proposée par le rapporteur général peut tenir compte également d’engagements comportementaux de l’entreprise (mettre fin à diverses pratiques, modifier un contrat...).

⁵⁰ ADC, décision n° 21-D-11 du 7 juin 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet.

⁵¹ F. Blanc, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, préc.

⁵² V. par ex. pour l’ADLC : C. com., art. L. 464-1.

⁵³ J. de Saint Sernin, « Le pouvoir d’injonction des autorités indépendantes », *RFDA* 2020. 861.

⁵⁴ C. com., L. 464-2-I.

perpétuellement, elles peuvent et doivent modifier leurs décisions passées prolongeant leurs effets dans le temps, lorsqu'un élément nouveau le justifie. Cela vaut pour les sanctions, qui peuvent comme on l'a vu faire l'objet d'une demande de relèvement, mais aussi pour d'autres mesures. Ainsi, l'ADLC peut, même d'office, décider de réexaminer des engagements⁵⁵ en fonction de l'évolution du contexte. Plus encore, le réexamen s'impose parfois à l'Autorité de régulation : ainsi, en 2015, le Conseil d'État a jugé que l'ARCEP avait méconnu l'étendue de sa compétence en refusant par principe de réexaminer les conditions d'accès à l'itinérance d'un opérateur de téléphonie mobile au regard de l'évolution de la concurrence entre les opérateurs⁵⁶. De même, en 2017, le Conseil d'État a jugé que les parties ont la possibilité de demander à l'ADLC la levée de tout ou partie des prescriptions accompagnant une autorisation de concentration, lorsque des circonstances de droit ou de fait nouvelles le justifient⁵⁷.

Au fil des exemples qui précèdent, l'on mesure combien l'existence d'instruments de ralentissement et d'accélération facilite l'intervention du régulateur en temps utile. L'élasticité du temps de la régulation serait toutefois imparfaite si l'utilisation de ces instruments était enfermée dans un cadre rigide imposé aux régulateurs. Il est indispensable qu'au-delà des instruments juridiques de ralentissement et d'accélération, existent des instruments de modulation du rythme d'intervention des régulateurs.

B. Les instruments juridiques de modulation du rythme d'intervention des régulateurs

La flexibilité, l'adaptation constante et la modularité sont au cœur des véritables stratégies de régulation. Elles se traduisent notamment par l'existence, au profit des autorités de régulation, de marges de manœuvre méthodologiques leur permettant de doser le tempo de leur action, selon ce qui leur paraît tendre à un équilibre optimal. Ces instruments de modulation peuvent être prévus par les textes ou naître de la pratique.

⁵⁵ ADLC, communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, § 46 : « il appartient à l'autorité d'apprécier la nécessité de révision des engagements et d'une saisine d'office, au regard des changements intervenus sur le marché en cause [...] ».

Pour un exemple de réexamen à la demande de l'entreprise : ADLC, communiqué de presse du 17 déc. 2020, « La SNCF demande la révision d'engagements pris en 2014 concernant la vente de billets de train ».

Sur la constitutionnalité de ce pouvoir de réexamen confié au président de l'ADLC : Cons. const. 20 avr. 2018, n° 2018-702 QPC.

⁵⁶ CE 9 oct. 2015, *Société Bouygues Télécom*, n° 379579.

⁵⁷ CE 28 sept. 2017, *Société Altice Luxembourg et Société SFR Group*, n° 409770.

1. Les instruments de modulation prévus par les textes

Deux exemples d'instruments de modulation méritent particulièrement d'être soulignés, procédant de l'utilisation de la mise en demeure et du « bac à sable réglementaire ».

a. La mise en demeure

L'on a vu que, devant l'ex CSA (désormais ARCOM), l'obligation (quasi généralisée) de mise en demeure préalable sert la prévisibilité et la progressivité. L'on sait par ailleurs que l'analyse juridique de la mise en demeure est particulièrement subtile⁵⁸, celle-ci s'analysant tantôt comme un acte de poursuite (devant l'ARCEP), tantôt comme une mesure d'information antérieure à l'éventuelle ouverture de poursuites (devant l'ex CSA⁵⁹). Il s'agit ainsi d'un instrument particulièrement riche et malléable. En témoigne notamment, le fait que l'autorité de régulation indépendante a parfois le choix de rendre publique ou non la mise en demeure. Il en va notamment ainsi de l'ARCEP (CPCE, art. L. 36-11).

Pour ce qui concerne sa place parmi les instruments de modulation du rythme d'intervention du régulateur, il s'agit de souligner la richesse des potentialités de la mise en demeure, à travers les développements législatifs et jurisprudentiels récents, qui mettent particulièrement en évidence la possibilité, dans le cadre de certains dispositifs de régulation, de choisir de l'utiliser soit comme un outil correctif privilégiant l'obtention de résultats rapides, soit comme un outil de répression ou de dissuasion.

À cet égard, une première information a été acquise il y a 9 ans⁶⁰ à l'occasion de la contestation d'un refus par l'ARCEP de sanctionner une entreprise pour des manquements passés, corrigés après une mise en demeure : en cas de succès, une mise en demeure n'a pas à être suivie d'une procédure de sanction pour les manquements passés, l'objectif principal de la régulation étant plus correctif que coercitif.

⁵⁸ V. M. Lanna, « Les mises en demeure des autorités publiques et administratives indépendantes », *JCP A* 12 avr. 2021, n° 15, n° 2122 ; H. Pauliat, « Quel statut constitutionnel pour les mises en demeure prononcées par des autorités administratives indépendantes ? », *RJEP* 2014, comm. 23 ; F. Brunet, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013. 114 s. Auparavant, J. Capiou, « La mise en demeure en droit administratif », in G. Dupuis (coord.), *La forme et la procédure de l'acte administratif*, Paris, Economica, 1979.

⁵⁹ Comp. Cons. const. 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC, *Société Numéricable et a.*, *RFDA* 2013. 1262, note A. Roblot-Troizier et Cons. const. 13 déc. 2013, n° 2013-359 QPC, *S^{té} Sud Radio services et a.* ; rappr. CE 15 janv. 1997, *S^{té} SERC Fun Radio*, n° 155049.

⁶⁰ CE 4 juill. 2012, *AFORST*, n° 334062.

Selon une deuxième information, relativement récente⁶¹, la mise en demeure n'est pas requise systématiquement avant le prononcé d'une sanction administrative, si bien que le prononcé peut en être accéléré lorsque la finalité coercitive et dissuasive prime sur la finalité correctrice. Tel est le cas, dans le cadre du RGPD, des nouveaux pouvoirs de sanction de la CNIL⁶², comme l'a jugé récemment le Conseil d'État⁶³. Ainsi, de façon remarquable, lorsque le manquement est régularisable, la CNIL a désormais le choix entre les démarches principalement coercitive ou correctrice (évidemment, lorsque le manquement n'est pas régularisable, la question ne se pose pas). L'on mesure ainsi combien la mise en demeure peut constituer un instrument d'ajustement stratégique⁶⁴.

b. Les « bacs à sable réglementaires »

Le deuxième exemple d'instrument de modulation prévu par les textes réside dans les « bacs à sable réglementaires ».

Le bac à sable réglementaire est une forme d'expérimentation sur mesure qui procède de la nécessité d'accompagner sans délai les innovations dites « disruptives⁶⁵ », c'est-à-dire évoluant dans un écosystème inédit et mal balisé. Il s'agit de ne pas les retarder ou les entraver inutilement (elles ne pourraient pas être développées à droit constant), sans

⁶¹ La mise en demeure préalable au prononcé d'une sanction n'était pas imposée systématiquement (v. implicitement CE 27 nov. 1996, *Époux W.*, n° 170209, puis CE 27 juill. 2012, *SAS France Quick*, n° 325371). Cependant, en retenant la mise en demeure parmi les arguments de constitutionnalité de certains dispositifs de sanction, la jurisprudence constitutionnelle (Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC ; Cons. const. 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC) conduisait à émettre des doutes sur la constitutionnalité de cette approche. Cependant, il ne s'est jamais agi d'une exigence constitutionnelle générale, pas plus que d'une obligation inhérente au droit européen.

⁶² CE 4 nov. 2020, *S^{té} Sergic*, n° 433311, *Lebon T.*, *JCP E* 18 janv. 2021, n° 13, 56, obs. J. Sirinelli. Les modifications récentes de la loi du 6 janv. 1978 expliquent l'évolution jurisprudentielle en la matière : auparavant, le CE exigeait la mise en demeure préalable au prononcé d'une sanction par la CNIL (CE 19 juin 2017, *S^{té} Optical Center*, n° 396050). La règle a été assouplie concernant la répression de manquements qui ne sont pas susceptibles de régularisation, sur le fondement de la loi pour une République numérique (L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016 : CE 17 avr. 2019, *S^{té} Optical Center*, n° 422575, *JCP* 2019, n° 464). La loi n° 2018-493 assouplit encore les conditions d'exercice du pouvoir de sanction de la CNIL, en prévoyant explicitement le caractère facultatif de la mise en demeure préalable aux sanctions. Dès lors, le Conseil d'État peut juger en 2020 que « le prononcé d'une sanction par la formation restreinte de la CNIL n'est pas subordonné à l'intervention préalable d'une mise en demeure du responsable du traitement ou de son sous-traitant par le président de la CNIL », indépendamment du caractère régularisable ou non du manquement reproché.

⁶³ CE 4 nov. 2020, *S^{té} Sergic*, n° 433311, préc.

⁶⁴ Pour une présentation détaillée de ce manquement stratégique, mais antérieure à l'évolution des textes encadrant le pouvoir de sanction de la CNIL, v. T. Dautieu, « Le pouvoir de mise en demeure des autorités administratives indépendantes : analyse comparée des pratiques du CSA et de la CNIL », *CCE* 2015. Étude 1.

⁶⁵ N. Devillier, « Jouer dans le “bac à sable” réglementaire pour réguler l'innovation disruptive : le cas de la technologie de la chaîne de blocs », *RTD com.* 2017. 1037.

renoncer pour autant à les réguler (il faut donc inventer pour elles rapidement un encadrement provisoire et sur mesure). Comme l'a très justement souligné une étude anglo-saxonne⁶⁶, « un bon point de départ pour appréhender ce qu'est un bac à sable peut prendre appui sur son nom : un terrain de jeu sûr où expérimenter, collecter des expériences et jouer sans avoir à affronter les règles strictes du “monde réel [...]” ».

En droit, il s'agit d'un dispositif permettant à une autorité de régulation de « se mettre en mode start up⁶⁷ », en lui permettant de nouer un dialogue étroit avec une entreprise innovante pour l'autoriser, pendant une période déterminée, à tester ses produits et/ou services, en bénéficiant d'un encadrement juridique dérogatoire (allégé et/ou adapté).

C'est le développement de ce que l'on appelle la « fintech » qui a déclenché le recours à cette forme d'accompagnement sur mesure, en particulier au Royaume-Uni et en Suisse. Les autorités européennes préconisent aujourd'hui l'utilisation de bacs à sable réglementaires pour accompagner le développement de l'intelligence artificielle et notamment l'utilisation de la blockchain⁶⁸.

En droit français, l'instrument du bac à sable réglementaire a d'abord été mis à la disposition de l'ARCEP par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique⁶⁹. Le dispositif s'adresse aux entreprises innovantes qui souhaitent bénéficier d'un accès rapide, simple, temporaire et assoupli aux numéros et fréquences. À leur demande, l'ARCEP peut les dispenser du respect de certaines obligations en principe liées à l'utilisation de fréquences, de numéros ou encore au statut d'opérateur de réseau, pour une durée maximale de 2 ans. Il s'agit de décisions au cas par cas, qui ne peuvent compromettre les objectifs essentiels de la régulation, comme la protection du secret des correspondances, de la santé, de l'environnement ou encore les obligations de service public.

D'autres textes ont suivi, en particulier la loi du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, qui permet à la Commission de régulation de l'énergie (CRE) de l'utiliser pour la

⁶⁶ W-G. Ringe et C. Ruof, « Regulating fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox » [www.cambridge.org/core/european-journal-of-riskregulation].

⁶⁷ Selon l'expression de Nathalie Devillier : « Loi Pacte : la France à l'avant-garde de l'expérimentation “par le bac à sable” » [www.latribune.fr].

⁶⁸ Commission européenne, communication du 19 févr. 2020, « Intelligence artificielle. Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance », COM(2020)65 ; Parlement européen, résolution du 20 oct. 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014[INL]). V. également les préconisations du rapport C. Villani, « Donner du sens à l'intelligence artificielle », rapport au Premier ministre, p. 26 et B. Bertrand, « L'émergence d'une politique européenne du numérique. Chronique de droit européen du numérique », *RTD eur.* 2021. 129.

⁶⁹ CPCE, art. L. 42-1 IV et L. 44 IV issus de la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique.

régulation du secteur de l'énergie⁷⁰. Il s'agit de faciliter la transition énergétique par l'expérimentation de nouvelles technologies ou services concernant le gaz ou l'électricité, qu'il s'agisse de transport ou de distribution, lorsque ces innovations ne sont pas envisageables selon le cadre juridique actuel.

Si le temps manque ici pour développer davantage les premiers usages du bac à sable réglementaire par les autorités de régulation, l'on peut se contenter d'observer qu'il s'agit bien d'un instrument de flexibilité, permettant d'agir immédiatement sans attendre la maturation des usages et de leur encadrement juridique général, tout en ajustant en permanence la dérogation (d'ailleurs, devant la CRE, la question de l'adaptation constante du bac à sable s'est immédiatement posée).

Tous les instruments de flexibilité mentionnés jusqu'ici sont prévus par les textes.

D'autres ont simplement été imaginés par la pratique des autorités de régulation pour optimiser leur temps de réaction.

2. Les stratégies inventées par la pratique

Les autorités de régulation ne manquent pas d'imagination pour ajuster le « timing » de leur intervention de la façon qui leur paraît la plus efficace. Ces initiatives se concrétisent souvent par des actions informelles, en marge des textes. D'une façon générale, il faut souligner la tolérance du Conseil d'État envers ces initiatives innovantes, dès lors qu'elles ne privent les intéressés d'aucune garantie essentielle. Moins contraignantes que des mesures décisives, ces actions informelles du régulateur permettent souvent d'obtenir un résultat immédiat. Le propos qui suit, dépourvu d'ambition d'exhaustivité, en retient deux exemples : les avertissements informels et la régulation « en temps réel » par la donnée.

a. L'exemple des mises en garde et autres avertissements informels

Certaines autorités de régulation n'hésitent pas à recourir à une palette variée d'instruments de dialogue, qui vont de la simple information à la mise en demeure formalisée.

Il existe en particulier à cet égard une pratique presque codifiée de l'ARCOM (ex. CSA), avec, notamment, des « mises en garde ». Comme l'a observé un juriste de cette autorité⁷¹,

⁷⁰ L. n° 2019-1147 du 8 nov. 2019, relative à l'énergie et au climat, art. 61 ; CRE, délibération n° 2020-125 du 4 juin 2020 portant décision sur la mise en œuvre du dispositif d'expérimentation réglementaire prévu par la loi relative à l'énergie et au climat ; S. Andrien et J. Gourdou, « Le bac à sable réglementaire dans le secteur de l'énergie », *EEI* 2020. Étude 16.

⁷¹ T. Dautieu, « Le pouvoir de mise en demeure des autorités administratives indépendantes : analyse comparée des pratiques du CSA et de la CNIL », étude préc.

« le CSA a ainsi développé une graduation assez fine de ses interventions, qui peuvent s'échelonner de la lettre simple, la lettre ferme, la mise en garde à la mise en garde ferme, pour aboutir, pour les manquements les plus importants ou répétitifs, à la mise en demeure » dont l'on se souvient qu'elle ne constitue pas, devant cette autorité, un début de poursuites.

Ainsi, en avril 2019, le CSA a adopté une délibération destinée à mettre en garde la chaîne BFM TV contre l'illégalité de son projet de diffuser en direct un événement sportif. Contestée devant le Conseil d'État⁷², la mise en garde a été qualifiée de mesure distincte de la mise en demeure, dans la mesure où il ne s'agissait pas de réagir à un manquement avéré.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer la compétence de l'Autorité des marchés financiers (AMF) pour publier des communiqués de « mise en garde » alors même que les textes ne le prévoyaient pas expressément⁷³, dès lors que cette pratique correspond à l'exercice de la mission générale de protection de l'épargne et d'information des investisseurs de l'AMF.

L'on doit préciser que le statut contentieux de ces mises en garde a reçu des appréciations variées⁷⁴, y compris après l'intervention de la jurisprudence *Fairvesta/Numéricable* de 2016 ; si bien que la gravité des effets de ce type d'actes doit être appréciée au cas par cas.

Quoi qu'il en soit, le gain de temps est ici notable pour le régulateur : sans attendre la réalisation du risque pour mobiliser ses attributions officielles, l'autorité cherche à influencer le comportement des opérateurs pour un effet immédiat. Il faut ajouter qu'au-delà de l'exemple de ces mises en garde, le recours à la communication, à la persuasion et/ou à la négociation est fréquemment privilégié pour obtenir rapidement ce qu'une décision unilatérale pourrait imposer au prix d'efforts plus longs et d'une certaine transparence vis-à-vis de la concurrence que les opérateurs souhaitent parfois limiter : à cet égard, par exemple, une pratique de l'ARCEP en marge des textes a été tolérée par le Conseil d'État⁷⁵.

⁷² CE 31 déc. 2019, n° 431164, *Lebon T.*, *JCP A* 2020, n° 2070. La prise de position du CSA sur l'illégalité du projet a néanmoins été jugée susceptible de recours, sur conclusions contraires du RP. En effet, l'intention du CSA étant manifestement d'influer sur le comportement de la chaîne de télévision, l'application de la jurisprudence *Fairvesta/Numéricable* devait conduire à admettre le contrôle juridictionnel.

⁷³ CE, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, préc., jugeant que cette compétence trouve un fondement implicite dans la loi, dans la mesure où elle correspond à l'exercice de la mission générale de protection de l'épargne et d'information des investisseurs de l'AMF.

⁷⁴ Pour un exemple de mise en garde dont les effets n'ont pas été jugés suffisamment importants pour justifier l'ouverture du recours pour excès de pouvoir : CE 14 févr. 2018, *Commune de Cassis*, n° 406425, *Lebon T.* 815 et 889.

⁷⁵ CE 13 déc. 2017, *Société Bouygues Télécom et autres*, n°s 401799, 401830 et 401912, *AJDA* 2018. 417, chron. L'ARCEP est parvenue à obtenir de façon informelle l'évolution de conventions d'itinérance, sans mettre en œuvre ses nouvelles prérogatives contraignantes, ni la procédure consultative prévue par la loi, illustrant une fois encore l'agilité des autorités de régulation pour privilégier une régulation presque « en temps

b. L'exemple de la régulation « en temps réel » par la donnée

Le recours à la communication, au « *name and shame* » et au communiqué de presse constituent des outils informels bien connus de la régulation. Récemment, l'ARCEP a innové en officialisant une nouvelle méthode de régulation en temps réel, sous le nom de « régulation par la donnée⁷⁶ ». Il s'agit de collecter et de diffuser des informations actualisées qui aiguillent les choix du consommateur et stimulent les opérateurs.

L'exemple le plus connu est celui de la carte interactive mise en ligne par l'ARCEP, qui a invité les utilisateurs à se prononcer « en temps réel » sur la qualité du réseau mobile des divers opérateurs à l'endroit où ils se trouvent. Chacun se souvient ici de la présentation qu'en a donnée Martine Lombard lors du colloque de l'AFDA de Bordeaux sur « Le droit administratif au défi du numérique », à laquelle je renvoie⁷⁷. Évidemment, cette « régulation en temps réel » ne va pas sans susciter de difficultés pratiques et juridiques, en particulier pour la sauvegarde des droits des opérateurs concernés (quid, en particulier, en cas d'utilisation de données insuffisamment fiables ?). À travers cette initiative, l'ARCEP a parfaitement illustré l'originalité du rapport de la régulation au temps. D'autres autorités se rallient à la régulation par la donnée, avec, par exemple, la mise en ligne récente par l'Autorité de la concurrence d'une « carte des sanctions » interactive.

Conclusion

Avant-gardiste, la méthode de régulation se caractérise ainsi tout autant par sa continuité que par l'élasticité de son rapport au temps et, par-dessus tout, le souci d'un ajustement constant de la temporalité de l'action publique aux circonstances.

Puisque la crise sanitaire a conduit à reporter d'un an la présentation de cette communication, il a été aisé d'observer, depuis son écriture, combien l'exemple de la gestion de la crise sanitaire témoigne du fait que le positionnement régulateur n'est pas l'apanage des seules autorités de régulation indépendantes. En effet, en dépit des apparences d'un tâtonnement désordonné, la gestion publique de la crise sanitaire a justement illustré cette recherche d'ajustement permanent, parfois quasi-quotidien, à l'évolution des circonstances et des données connues – l'évolutivité à haute fréquence des règles ne devant

réel », parfois en marge des procédures officielles. Comme en matière de droit souple, évidemment, la puissance du procédé informel doit beaucoup à la « menace » de l'utilisation, le cas échéant, d'une méthode contraignante.

⁷⁶ Pour un panorama complet : ARCEP, « Régulation par la data, régulation par la donnée. L'ARCEP revient sur cinq années de “régulation par la donnée” », communiqué de presse, 8 déc. 2020 [www.arcep.fr].

⁷⁷ M. Lombard, « La régulation par la donnée », in AFDA, *Le droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2019, p. 157.

pas, dès lors, être mal comprise et assimilée à une errance de l'action publique : il s'agit d'agir au mieux « en temps utile ».