

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE DROIT « SOUPLE », LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET LE  
JUGE ADMINISTRATIF. DE LA DOCTRINE AU PRÉTOIRE*

JULIA SCHMITZ

Référence de publication : Schmitz, Julia (2017) [Le droit souples, les autorités administratives indépendantes et le juge administratif. De la doctrine au prétoire.](#) Revue française de droit administratif (RFDA) (n°6).

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# **LE DROIT « SOUPLE », LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET LE JUGE ADMINISTRATIF. DE LA DOCTRINE AU PRÉTOIRE**

**Après une étude annuelle consacrée en 2013 au droit souple, le Conseil d'État met en oeuvre une nouvelle jurisprudence depuis deux arrêts d'assemblée du 21 mars 2016, dans lesquels il ouvre le recours pour excès de pouvoir aux « avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation (...) lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Cette prise en compte des effets des actes de droit souple lui permet d'exercer un contrôle de légalité sur l'action des autorités administratives indépendantes.**

Partant du constat réalisé par le doyen Carbonnier selon lequel « le droit est plus grand que la règle de droit » (1), le juge administratif a lui aussi étendu la conception du champ normatif et, par la même occasion, celle de son office.

Dans son étude annuelle de 2013 consacrée au « droit souple », l'assemblée générale du Conseil d'État fait l'éloge de cette réalité normative désormais omniprésente sous forme de recommandations, normes techniques, référentiels de bonnes pratiques, contrats-types, chartes, codes de bonne conduite ou encore lignes directrices, qui ont en commun de ne pas obliger leurs destinataires tout en contribuant « à orienter les comportements » et de pouvoir être produits aussi bien par les pouvoirs publics que par les personnes privées (2).

En 2016, dans plusieurs décisions successives rendues par l'assemblée du contentieux, la section du contentieux et des chambres réunies, le juge administratif identifie certains de ces instruments de droit souple émis par des autorités administratives indépendantes (AAI) (3) et accepte d'en contrôler la légalité, réalisant ainsi une avancée jurisprudentielle « spectaculaire » (4). Sont plus précisément concernés un communiqué de presse de l'Autorité des marchés financiers (AMF) (5), une prise de position de l'Autorité de la concurrence (6), une communication de la Commission de régulation de l'énergie (7), une délibération et un

communiqué de presse du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) (8) et une recommandation de bonnes pratiques professionnelles de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (9).

Cette reconnaissance doctrinale et jurisprudentielle peut surprendre, tant il y a quelques années encore, le Conseil d'État dénonçait le « droit mou », le « droit flou », ou encore le « droit à l'état gazeux » (10). Ce qui était qualifié de dégradation de la qualité du droit est encore dénoncé dans son dernier rapport annuel (11), s'inscrivant dans la même perspective que le juge constitutionnel, lequel a entrepris de sanctionner les dispositions législatives dépourvues de normativité, la loi ayant « pour vocation d'énoncer des règles et [devant] par suite être revêtue d'une portée normative » (12). En 2013, il n'est plus question de droit « mou » mais de droit « souple ». Ce changement terminologique traduit une véritable transformation des cadres traditionnels de la normativité et de leur appréhension par le juge (13). Si le droit mou semble dépourvu de normativité et échappe au contrôle du juge, le droit souple est désormais doté quant à lui d'une normativité nouvelle et parallèle qui nécessite une appréciation juridictionnelle pour être identifiée et contrôlée.

Cette évolution permet de saisir toute la difficulté de déterminer la justiciabilité d'un acte faisant grief, basé en principe sur son caractère décisoire modifiant l'ordonnancement juridique. En effet, « la rigueur des principes et pratiques traditionnels concernant le point de savoir si une décision fait grief, et si donc elle est attaquant au contentieux, heurte de plus en plus souvent la réalité de l'exercice du pouvoir administratif aujourd'hui, moins visible, moins direct, mais non moins réel » (14). Le Conseil d'État semble ainsi se détacher progressivement de l'exigence du caractère décisoire formaliste pour se concentrer de manière pragmatique sur les effets réels des actes (15).

Aussi, si l'on pouvait considérer que l'impossibilité de demander l'annulation d'un acte ne comportant aucun commandement relevait des « principes les mieux assis du contentieux administratif » (16), c'était sans compter sur la capacité d'adaptation du juge administratif. En effet, alors que l'on a souvent relevé « l'incapacité du juge à se saisir de la *soft law* » et par là un « certain épuisement du contentieux de la légalité » (17), le juge a finalement adapté son office à de nouveaux instruments juridiques qui échappaient jusque-là à son contrôle. Plus qu'une adaptation aux évolutions normatives, l'on assiste ici au déploiement d'une stratégie d'imputation normative, transformant les cadres normatifs par un mécanisme «

d'impérialisation » de la règle (18), par lequel le juge s'assure une plus large maîtrise de l'ordre juridique. Le Conseil d'État cherche en effet à placer sous son contrôle un ensemble d'instruments déjà mis en oeuvre par les pouvoirs publics ou les décideurs privés, et en particulier par les autorités de régulation. Les décisions rendues en 2016 sont à ce titre significatives.

Par cette consécration doctrinale et jurisprudentielle du droit souple, le Conseil d'État réalise « une forme de réhabilitation d'une notion juridique encore mal définie » (19), mettant en oeuvre une véritable stratégie normative, révélée notamment par l'application juridictionnelle de la nouvelle doctrine du droit souple aux actes des AAI.

### ***Un recours inattendu à la doctrine du droit souple : la redéfinition du champ normatif par le juge administratif***

Les exigences traditionnelles relatives à la normativité du droit semblent avoir été écartées par le Conseil d'État dans son étude de 2013 consacrée au droit souple, dont il fait l'éloge. Il formule ainsi les critères d'identification du droit souple en l'intégrant dans une nouvelle « échelle de normativité » ainsi que dans le champ de son contrôle de légalité.

#### ***L'éloge doctrinal du droit souple***

À l'instar des études doctrinales consacrées au droit souple, le Conseil d'État en fait un « vrai droit » et un « bon droit » (20), tout en énonçant sa propre conception de la légitimité fonctionnelle de cette nouvelle normativité.

#### ***L'adhésion du Conseil d'État aux thèses doctrinales***

Le constat de l'existence et de l'importance du droit souple a en effet largement été réalisé par la doctrine (21), en particulier dans le champ du droit privé (22). Ces analyses portant pour la plupart sur les normes produites par les acteurs privés (23), le Conseil d'État se devait

d'y apporter sa propre contribution concernant les nouveaux instruments normatifs produits par les autorités publiques. Caractérisés en principe par l'unilatéralité et l'impérativité, ceux-ci privilégient désormais la « norme volontaire » sur la « norme obligatoire » dans une « démarche de rupture avec la tradition d'un droit public unilatéralement impératif » (24).

Selon cette perspective, la technique normative passe désormais beaucoup plus par la recommandation - en associant les acteurs - que par le commandement unilatéral, la contrainte et la sanction, permettant une « direction juridique non autoritaire des conduites » (25). Cette évolution témoigne de la transformation de l'action étatique et de sa nouvelle mission de « négociation, de conciliation, de compromis » (26), qui repose sur un « dialogisme juridique » selon lequel « l'instance de réception de la norme - le lecteur de la norme - contribue donc tout autant que l'instance d'émission à faire la norme » (27). Si la fonction normative se transforme et s'élargit, passant de l'obligatoire à l'incitatif, elle reste une fonction normative, c'est-à-dire une action sur les comportements individuels et collectifs, visant « à encadrer la pratique des acteurs sociaux, à orienter leur comportement, à favoriser leur auto-discipline, avant d'en arriver à l'énoncé de normes contraignantes » (28).

Dans son étude de 2013, le Conseil d'État s'inscrit pleinement dans cette analyse doctrinale pour adopter une nouvelle conception de la normativité, non plus descendante mais ascendante, propositionnelle et consensuelle, non plus pérenne mais « fluente », en adaptation permanente et favorisant la marge de manoeuvre des acteurs privés et locaux. Les exemples choisis par le Conseil d'État pour illustrer son étude et justifier le recours au droit souple sont ainsi caractéristiques de la doctrine de la *soft law* : les relations internationales (résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies [ONU], mécanismes de contrôle non juridictionnels), la gouvernance de l'Union européenne (« compromis de *Ionnina* » relatif aux règles de vote au sein du Conseil, système des « accords précoces » entre le Parlement et le Conseil, directives « nouvelle approche », mécanismes de corégulation et d'autorégulation), la vie de l'entreprise privée (normalisation technique et comptable, codes de bonne conduite) et la mutation de l'action de l'État (planification, démarches de programmation et d'orientation, régulation économique, négociation collective dans la fonction publique, contractualisation entre services de l'État, chartes de déontologie) (29).

Mais si le Conseil d'État semble adhérer à cette doctrine, il s'en démarque par ailleurs pour élaborer sa propre conception du droit souple. Tout en soulignant les risques de ce droit « fluent

», il le pare de plusieurs vertus, en en faisant toutefois un instrument au service du droit dur, comme l'indique le terme « d'instruments » employé pour désigner les normes de droit souple.

### *La doctrine fonctionnaliste du Conseil d'État*

L'étude de 2013 souligne les défauts du droit souple tenant au manque de légitimité et au risque d'atteinte à la sécurité juridique. Ce nouveau droit peut en effet contribuer à la dégradation de la norme et apparaître antidémocratique, comme un moyen pour les acteurs publics de « s'affranchir des règles de compétence ou de contourner la délibération parlementaire » (30). De plus, « reposant sur l'adhésion volontaire de ses destinataires », la légitimité du droit souple doit se réaliser dans un processus d'élaboration de concertation transparent (31). Et le recours à l'expertise par des procédures collectives et contradictoires garantit une meilleure légitimité au droit souple intervenant dans des domaines techniques ou scientifiques, à condition toutefois de lutter contre les risques de conflits d'intérêts. Enfin, le rapport souligne le risque d'atteinte à la sécurité juridique en raison de l'incertitude sur la portée réelle de la norme de droit souple, de sa contradiction avec d'autres instruments et de l'insuffisance de sa publicité.

Mais le Conseil d'État ne s'arrête pas à ce constat négatif et recherche la légitimité du droit souple, non plus en amont, dans sa source représentative, mais en aval, dans sa mise en oeuvre pratique et son efficacité. Si le droit souple a souvent été caractérisé par trois dimensions négatives - « droit flou (sans précision), droit doux (sans obligation) et droit mou (sans sanction) » (32)-, le Conseil d'État insiste au contraire sur sa dimension positive : il rappelle qu'il s'agit d'un droit effectif, lequel, par ses mérites, peut compléter le droit dur, voire parfois s'y substituer. Les deux vertus principales du droit souple sont ainsi la capacité d'adaptation et la recherche de conciliation. Sa souplesse et sa flexibilité permettent, d'une part, de garantir l'intelligibilité et l'effectivité du droit dur en renforçant le rôle prescripteur de ce dernier. Le droit souple est également un droit de transition, en constante adaptation, qui déleste le droit dur en reportant sa complexité ailleurs et en luttant contre l'inflation normative. C'est ce que confirment les rédacteurs de l'étude eux-mêmes : « notre travail sur le droit souple se place résolument au service de la qualité du droit. Il renvoie aux questions du mieux légiférer, de simplification d'écriture du droit » (33). D'autre part, issu d'un processus de concertation, il permet de garantir sa réception et son acceptation par les destinataires, et, par la conciliation

des intérêts qu'il présuppose, de juridiciser des rapports institutionnels complexes (il en est ainsi des rapports entre l'État et les collectivités territoriales).

Le droit souple apparaît donc comme un droit instrumental au service du droit dur. Le vice-président Jean-Marc Sauvé, dans son avant-propos de l'étude de 2013, le présente ainsi comme une « oxygénation du droit » permettant de « favoriser sa respiration dans les interstices du corset parfois un peu trop serré des sources traditionnelles de la règle » (34). Le Conseil d'État revient d'ailleurs sur cette conception dans son étude annuelle de 2016 : pour limiter l'inflation normative, il convient de « laisser plus de place au droit souple et à l'interprétation jurisprudentielle » (35). Comme l'ont bien perçu certains commentateurs, « la position du Conseil d'État trahit, sciemment ou à son corps défendant, une double tentation du droit dur. D'une part, parce que le droit souple est pensé par référence au droit dur, d'autre part, parce qu'il est sommé d'être au service et sous contrôle de ce dernier » (36). Le point de référence de la normativité reste donc, pour le Conseil d'État, le droit dur.

Le droit souple est en effet un droit de substitution au droit dur lorsque le recours à ce dernier est difficile (engagement entre deux services d'une même personne morale, accords d'entreprise transnationaux). Il est aussi un droit de préparation du droit dur, plus évolutif, propice à l'expérimentation et à la prospection, afin d'appréhender des évolutions technologiques (gouvernance d'internet) ou sociétales (prévention des conflits d'intérêts). Il se présente également comme un accompagnement du droit dur, lorsqu'il agit par délégation ou lorsqu'il permet de rendre celui-ci plus accessible en assurant son explication (circulaires, chartes de service public), sa prévisibilité (directives) ou sa mise en oeuvre (démarches de conformité au sein des entreprises). Enfin, le droit souple peut se présenter comme une « alternative pérenne » au droit dur pour réguler de manière incitative un domaine d'activité où existent des intérêts contradictoires. Il en est ainsi en matière de santé (recommandations de bonnes pratiques médicales) ou en matière économique (régulation par la responsabilisation des acteurs).

Le droit souple est surtout loué en ce qu'il « élargit la palette des moyens d'action des pouvoirs publics » et « donne corps à la notion de régulation ». Le Conseil d'État évoque à ce titre le « rôle pionnier » des AAI (37). Ainsi, les instructions et recommandations adoptées par l'Autorité des marchés financiers sont des « instruments d'accompagnement » des pouvoirs réglementaires dont elle dispose, afin de les interpréter, de les préciser, de les mettre en oeuvre ou « d'impliquer les représentants des acteurs concernés dans une corégulation ». De même, les

recommandations, avis et lignes directrices adoptés par l'Autorité de la concurrence ou la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) permettent d'explicitier le cadre légal souvent flou qu'elles sont chargées d'appliquer (38). C'est donc tout naturellement que les premiers arrêts du Conseil d'État relatifs au droit souple concernent des actes émis par ces entités.

### *Les critères d'identification du droit souple : de l'identification doctrinale à l'identification jurisprudentielle*

Le droit souple est souvent critiqué pour sa porosité et la difficulté de l'identifier : présent dans tous les domaines, issu de multiples sources (publiques ou privées), exprimé par de multiples instruments (déclarations, préambules, recommandations, directives, communications, communiqués, circulaires, avis, chartes, codes de conduite, engagements d'honneur, lettres d'intention...), issu de diverses procédures (imposé, négocié, spontané). Pour éloigner le spectre d'un droit souple « flou » ou à « l'état gazeux », le rapport annuel du Conseil d'État de 2013 procède à une première définition théorique avant d'en livrer une application jurisprudentielle.

#### *L'identification doctrinale*

Prenant acte de « l'omniprésence du droit souple », l'étude du Conseil d'État cherche cependant à le circonscrire au sein du champ normatif. Deux critères permettent tout d'abord de le distinguer du non-droit. L'objet du droit, en premier lieu, permet de reconnaître le droit souple en ce qu'il vise à « modifier ou orienter les comportements, en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion » (39). Il dispose donc, tout comme le droit dur, d'une fonction normatrice. Les avis ou les actes préparatoires, tels que les livres blancs ou les livres verts dont l'objet est de préparer la norme finale sont donc à reléguer dans le non droit, le droit souple ayant « pour objet d'influencer par lui-même, sans attendre l'édiction d'une norme ultérieure, les comportements de ses destinataires » (40). Un critère formaliste, ensuite, permet de mieux distinguer le droit souple du non-droit. Le Conseil d'État s'attache ainsi à l'analyse de son contenu et de son mode d'élaboration qui présente un « degré de formalisation et de structuration » similaire au droit dur(41) par l'utilisation d'un langage juridique et un processus d'élaboration

structuré. Ce critère permet de maîtriser cette nouvelle sphère de normativité, en évitant d'y faire entrer trop de choses hétérogènes à contenu moral ou politique. Un troisième critère vise à distinguer le droit souple du droit dur : le droit souple n'a pas la capacité de créer des droits et des obligations à l'endroit de ses destinataires ni de modifier l'ordre juridique.

Le Conseil d'État entretient cependant une certaine ambiguïté dans sa définition du droit souple en précisant que « l'absence d'obligation n'implique pas l'absence de tout effet de droit » ni « l'existence d'une pression sociale, morale ou politique pour se conformer à l'instrument de droit souple »(42). Aussi, l'idée de contrainte ou de sanction, même indirecte, n'est pas complètement absente de sa définition. L'étude de 2013 précise que, pour être véritablement effectif, le droit souple doit acquérir « une valeur de standard ou de référence »(43). Il en est ainsi des cahiers des clauses administratives générales en matière de commande publique ou de la normalisation technique des entreprises en matière industrielle, qui permettent de standardiser les pratiques en obligeant les acteurs concernés à se conformer à un standard prédominant. C'est également « l'ombre portée de la sanction », qu'elle se traduise par une sanction indirecte ou des conséquences défavorables telles que « la réprobation des pairs, la désaffection des consommateurs ou la fuite des investisseurs », qui renforce l'effectivité du droit souple(44). Le Conseil d'État souligne ici le rôle de régulateur des AAI qui agissent par voie de sanctions juridiques mais également par l'adoption de décisions défavorables aux personnes concernées (lignes directrices de l'Autorité de la concurrence sur l'appréciation des abus de position dominante ; recommandations de l'Autorité des marchés financiers qui peuvent être « ressenties » comme étant obligatoires(45) ; recommandations de la CNIL dont la portée a été renforcée par l'attribution de pouvoirs de sanction par la loi du 6 août 2004).

Cette présentation générique du droit souple conserve une forte part d'incertitude. Cette impression est renforcée par la présentation choisie : présentation graduée puisant dans une conception continue de la normativité. Le Conseil d'État souligne en effet « une absence de frontière étanche entre droit souple et droit dur » (46). À l'instar de la doctrine évoquant une « échelle de densité normative, comprenant diverses textures juridiques possibles, d'un droit très dur à un droit très souple » (47), il met fin à la frontière entre droit dur et non-droit, en mettant en avant une « échelle de normativité graduée ». Il retient ainsi trois degrés d'intensité du caractère obligatoire de la norme (48). Le premier degré est constitué du droit souple qui ne crée pas directement d'obligations, qui n'est pas reconnu par le droit dur (contrats de performance conclus entre services de l'État, chartes de déontologie, codes de bonne conduite

des entreprises, circulaires non impératives...) ou qui peut bénéficier d'une telle reconnaissance lorsqu'il est prévu par un texte, lorsqu'il doit être homologué par une autorité publique, ou lorsqu'il est susceptible de recours devant le juge ou pris en compte par le juge (contrats de plan État-région, lois de programmation, recommandations des AAI, accords en matière de fonction publique). Le deuxième degré est un niveau intermédiaire entre droit souple et droit dur, comprenant des instruments qui obligent le destinataire à se justifier lorsqu'il s'en écarte (directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* (49)), qui doivent être « pris en compte » (schémas directeurs d'aménagement, instructions générales d'action publique du garde des Sceaux), qui posent une présomption de conformité au droit dur (directives « nouvelle approche » de l'Union européenne) ou qui entraînent une obligation de compatibilité (schémas d'urbanisme). Le troisième degré est constitué d'un droit créant des obligations de conformité, composé soit d'instruments de droit souple auxquels le droit dur confère une portée obligatoire, soit de droit dur traditionnel (50).

La difficulté à poser une définition doctrinale précise du droit souple renvoie inévitablement à une approche plus casuistique, laquelle relève dès lors du travail juridictionnel. En effet, le rapport souligne que le droit souple est largement imbriqué au droit dur, selon « de multiples configurations » : il peut « se transformer en droit dur, il peut agir par délégation de ce dernier, il peut être pris en compte par le juge » (51). Ainsi, le droit souple est un droit dur en puissance, que le juge peut utiliser comme un moyen d'interprétation de la règle de droit ou le soumettre à son contrôle. Il en est ainsi tout particulièrement des recommandations émises par les AAI.

### ***L'identification jurisprudentielle***

Un temps réservé dans la mise en oeuvre de ses pouvoirs pour les actes adoptés par les AAI (52), le juge administratif a depuis quelque temps tendance à intensifier son contrôle dans une logique d'extension du recours pour excès de pouvoir à l'égard d'actes non formellement décisifs (53). Le juge est ainsi passé du critère de la décision (modification de l'ordre juridique) à celui, plus large, de l'impérativité. Il applique ainsi sa jurisprudence *Duvignères* (54) aux recommandations de la Haute autorité de santé en matière médicale ou de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ainsi qu'aux délibérations de la Commission de régulation de l'énergie, lorsqu'elles sont rédigées de manière impérative (55). Par la suite, le juge a progressivement infléchi sa jurisprudence pour étendre toujours plus son

contrôle et adapter celui-ci aux pouvoirs régulateurs de certains organismes. Il a ainsi jugé recevables des recours contre un rapport du Conseil national de l'ordre des médecins « eu égard à sa formulation impérative et au rôle confié au Conseil national de l'ordre des médecins pour l'application des principes de déontologie médicale » (56), ou contre les recommandations de la Haute autorité de santé en matière médicale lorsqu'en tant que source « des données acquises de la science », elles s'imposent aux médecins (57). Il prend progressivement en compte les effets indirects de ces actes en considérant que les prises de position et recommandations de l'Autorité de la concurrence peuvent constituer des décisions faisant grief si elles revêtent « le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance » (58).

Reste que ce contentieux a longtemps semblé prisonnier du critère de l'impérativité comme de celui de la sanction directe ou indirecte. Aussi, en dehors de ces hypothèses, les autres actes émis par les AAI étaient considérés comme insusceptibles de recours car dépourvus d'effets juridiques (59). C'est fort de la doctrine du droit souple élaborée en 2013 que le Conseil d'État a franchi un nouveau pas pour faire entrer ces actes non décisifs et non impératifs dans le champ de son contrôle, ouvrant « une page nouvelle du contentieux administratif » (60). Ainsi que le souligne B. Seiller, le juge s'attache « à n'employer à l'égard de ces pratiques du droit souple que le terme "acte" (et non celui de "décision") » (61). Sans étendre la jurisprudence *Duvignères* à cette nouvelle catégorie d'actes, simplement indicatifs ou informatifs et qui ne modifient pas l'ordre juridique, le juge leur reconnaît une certaine efficacité juridique et leur attribue le caractère d'actes faisant grief.

Les deux affaires soumises à l'assemblée du contentieux en 2016 concernent ainsi des communiqués de mise en garde adoptés par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne et d'information des investisseurs, visant à alerter le public sur les activités commerciales d'une société proposant des produits de placements immobiliers (*Fairvesta*), et une prise de position de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de son activité de contrôle des concentrations, relative à l'incidence d'une fusion de Numéricable et SFR sur l'exécution d'une décision de concentration (*Numéricable*). Dans ces deux arrêts, le juge a précisé les conditions dans lesquelles les instruments de droit souple peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le considérant de principe commun (pt 4 de la décision *Fairvesta*, pt 5 de la décision *Numericable*) énumère ainsi les « avis, recommandations, mises en garde et prises de position » adoptés par les autorités de régulation, qui peuvent être déférés

au juge de l'excès de pouvoir « lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance », reprenant ainsi le principe de la jurisprudence antérieure, et « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Comme a pu le relever la doctrine, le juge ne reprend pas le critère de la formalisation - si ce n'est peut-être en tenant compte de la modalité de publication et de diffusion de l'acte comme nous le verrons - ni la référence à l'adhésion des destinataires, qui avaient pourtant été formulés dans l'étude de 2013 (62). Le juge se concentre sur les effets de l'acte.

Cette dernière condition se trouvait remplie dans les deux espèces. La mise en garde de l'Autorité des marchés financiers avait pour objet de recommander aux investisseurs des règles de vigilance pour les produits de placement offerts par la société Fairvesta et donc d'influer sur leurs comportements. Ces communiqués ont ainsi eu des effets économiques notables pour la société en cause, en lui faisant perdre la confiance d'investisseurs. La prise de position de l'Autorité de la concurrence avait quant à elle pour effet de permettre la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive de chaînes de télévision sur la plateforme de diffusion d'une autre société et donc de modifier le comportement des opérateurs sur le marché. En permettant à un opérateur de concurrencer la société Numericable, elle emportait des effets économiques notables.

Les effets ainsi retenus pour l'appréciation de la recevabilité de ces actes ne sont donc pas proprement juridiques mais de nature économique, voire psychologique, rejoignant ainsi l'extension doctrinale du champ normatif et de son effectivité. Le juge administratif se fait ici « plus réaliste et, de façon intéressante, presque conséquentialiste » (63) en prenant en considération ce que le rapport de 2013 nommait les « conséquences défavorables sur un plan extra-juridique : dégradation de l'image, désaffectation des investisseurs, réprobation des pairs » (64). On retrouve ici l'idée d'une normativité incitative qui s'exerce non pas par la contrainte juridique mais par l'intériorisation de la règle par les acteurs concernés. Comme le précise le rapporteur public de l'affaire *Fairvesta*, il s'agit d'une forme de régulation « par la réputation ou la transparence, que les anglo-saxons qualifient de *sunshine regulation*. Le seul fait de mettre en lumière les pratiques et d'éventuelles carences conduit les acteurs à rectifier leurs comportements » (65).

Cette solution invite cependant à s'interroger sur les effets des actes de droit souple pris en compte par le juge. L'idée de sanction ne semble finalement pas absente, comme le laissait déjà sous-entendre l'étude du Conseil d'État. En effet, ces actes peuvent donner lieu à des sanctions juridiques ultérieures par une autorité de régulation. On peut donc se demander si c'est la menace de la sanction juridique qui rend ces actes de droit souple susceptibles de recours pour excès de pouvoir, en particulier lorsque les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de sanction. C'est d'ailleurs ce que constate le rapporteur public dans l'affaire *Fairvesta* : « une autorité de régulation qui dispose d'un pouvoir de décision ou même de sanction pourra juger préférable de recourir, pour mener à bien sa mission, à des instruments non contraignants, par exemple des mises en garde à destination du public ou des recommandations aux professionnels, parce que cela peut s'avérer plus acceptable et tout aussi efficace en termes d'effets » (66). Ce constat doit cependant être relativisé par la solution retenue dans l'arrêt *CSA* dans lequel le communiqué de presse adopté par l'autorité de régulation, relatif à la diffusion de messages en faveur de la non-discrimination des personnes atteintes de trisomie 21 par les services de télévision, précisait bien le caractère purement indicatif de l'appréciation adoptée par l'AAI, mais que le juge administratif a jugée comme étant susceptible de faire grief en ce qu'elle influe de manière significative sur le comportement des destinataires. Le juge souligne d'ailleurs que la lettre adressée aux responsables des services de télévision ne constitue pas une mise en demeure mais bien une simple invitation. La nuance entre obligation et invitation se fait encore plus subtile dans l'arrêt *FFSA*, dans lequel le juge considère que les recommandations ne méconnaissent pas le principe de la liberté contractuelle « dès lors que ces dispositions, qui sont dépourvues de caractère impératif, ne contraignent pas les entreprises concernées à conclure de telles conventions mais se bornent à les y inviter, en leur laissant la faculté d'adopter d'autres pratiques qui préserveraient de façon équivalente les intérêts de leurs clients », tout en considérant que ces recommandations « ont pour objet d'inciter les entreprises d'assurance et les intermédiaires, qui en sont les destinataires, à modifier sensiblement leurs relations réciproques ».

Si aucun critère lié à l'idée de sanction, même indirecte, n'est clairement établi, c'est donc finalement le juge administratif qui, de manière casuistique, va apprécier les effets d'un acte de droit souple pour l'insérer dans une gamme de normativité et une « nouvelle gamme de recevabilité » (67) dont il est, comme nous allons le voir, le chef d'orchestre.

## ***Une mise en oeuvre stratégique de la doctrine du droit souple : la maîtrise de son office par le juge pour le contrôle des actes des autorités administratives indépendantes***

En définissant une « doctrine de recours et d'emploi au droit souple » et en la mettant en oeuvre à travers un nouveau contrôle juridictionnel, le Conseil d'État cherche à placer sous son contrôle des domaines qui lui échappaient jusqu'alors. Tel est notamment le cas du contentieux des actes de droit souple émis par les AAI.

### ***La canalisation par le juge du nouveau champ normatif du droit souple***

En tant que conseiller, le Conseil d'État entend maîtriser cette production normative par l'élaboration d'une « doctrine de recours au droit souple » à destination des acteurs auxquels il livre un mode d'emploi, tout comme, en tant que juge, il entend en contrôler la légalité.

### ***La canalisation doctrinale du recours au droit souple***

Après l'avoir circonscrit et défini, le Conseil d'État propose un guide de bonnes pratiques et d'« emploi raisonné » du droit souple qui manifeste la volonté d'en circonscrire l'utilisation (68). Il formule ainsi vingt-cinq propositions relatives à son élaboration et sa mise en oeuvre à destination des décideurs publics et privés, par une sorte de « légistique ». Ainsi « même quand il se pare des habits de scientifique du droit, le Conseil d'État agit en jurislature, avec l'ambition de canaliser le réseau des sources de droit souple » (69).

Le Conseil d'État fixe tout d'abord des critères de recours au droit souple en fonction de son utilité, de son effectivité, en ce qu'il peut susciter l'adhésion de ses destinataires, et de sa légitimité, en ce qu'il respecte les principes de compétence et de garantie des libertés fondamentales (70). L'étude de 2013 vise ensuite à définir une certaine maîtrise des pouvoirs publics sur la production du droit souple par les acteurs privés, par un « rôle de veille et d'influence », afin de s'assurer que la régulation privée soit transparente et conforme à l'intérêt public (71). Le rapport préconise en ce sens l'élaboration d'une Charte de l'autorégulation et de la corégulation, fixant les exigences d'implication des parties prenantes et de transparence.

L'étude propose surtout de nouveaux usages du droit souple par les pouvoirs publics tout en précisant les modalités d'utilisation par la formulation de « lignes de conduite ». Afin d'offrir « des alternatives à la réglementation » (72), l'étude de 2013 encourage le recours aux lignes directrices (73) pour définir les critères de l'attribution des aides économiques ou sociales, pour orienter le pouvoir d'appréciation des échelons déconcentrés et pour définir les orientations en matière de gestion des agents publics (74). Afin également de recentrer les textes législatifs et réglementaires sur les exigences essentielles, l'étude recommande d'encadrer l'exercice des compétences décentralisées par le biais de recommandations de bonnes pratiques pour harmoniser les pratiques locales tout en préservant l'implication des collectivités territoriales.

En ce qui concerne l'élaboration de ces nouveaux instruments, le Conseil d'État formule des règles de procédure, de compétence et de rédaction. Sont ainsi rendues nécessaires la transparence du processus d'élaboration du droit souple, ainsi que l'implication des parties par le recours aux consultations publiques. Les règles de compétence doivent également être clairement énoncées et appliquées. De même, des règles de rédaction doivent être respectées afin d'assurer la sécurité juridique. Une nouvelle nomenclature distinguant les instruments contraignants (règles de bonnes pratiques, codes de déontologie, décisions) et non contraignants (recommandations, chartes) est ainsi proposée. Enfin, la publication des instruments de droit souple doit être assurée à l'instar des instructions et circulaires depuis le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008. Le Conseil d'État encourage ainsi la publication des recommandations adoptées par les AAI sur leur site internet. C'est ce qu'a fait par exemple l'AMF qui a créé sur son site une rubrique spécifique intitulée « Mise en garde », sous l'onglet « Epargne info service ». Le rapport souligne que l'accessibilité du droit souple est parfois difficilement garantie, comme en témoigne l'exemple des normes techniques homologuées (75).

La doctrine de recours et d'emploi du droit souple par les pouvoirs publics permet *in fine* au Conseil d'État d'étendre son contrôle aux choix de l'instrument de droit souple et d'en faciliter le contrôle de légalité. En effet, en envisageant « la construction d'une jurisprudence adaptée au contrôle du droit souple », l'étude de 2013 entend faire du juge administratif un véritable « censeur » et « garant » contre les risques du droit souple (76), afin d'en fixer « la place et les limites » (77).

## *La canalisation jurisprudentielle du contrôle du droit souple*

Comme nous l'avons déjà souligné, les critères retenus dans les arrêts de 2016 pour identifier un acte de droit souple susceptible de faire grief constituent un faisceau d'indices et relèvent d'une interprétation casuistique du juge. Celui-ci doit apprécier le caractère « notable » de leurs effets et le caractère « significatif » de leur influence sur les comportements, se laissant toute latitude pour opérer un tri entre ces instruments. De même, par l'utilisation de l'adverbe « notamment », le juge se réserve une marge d'appréciation non négligeable pour retenir des effets autres que de nature économique, ainsi que des effets très indirects sur le comportement des destinataires. Comme il est souligné dans l'arrêt *CSA*, la décision prise par l'autorité de régulation d'envoyer aux responsables des services de télévision un courrier attirant l'attention des responsables des services de télévision sur le caractère inapproprié de la diffusion de « messages susceptibles de porter à controverse » n'a produit « aucun effet de droit », ni d'ailleurs un quelconque effet de nature économique. Pour retenir la recevabilité du recours, le juge tient compte d'un effet simplement potentiel et futur qui est d'inviter les destinataires « à éviter de procéder à l'avenir à de nouvelles diffusions du message litigieux ou à la diffusion de messages analogues dans le cadre de séquences publicitaires ». Le juge met ainsi en oeuvre le second critère alternatif relatif à l'influence de l'acte sur les comportements de ses destinataires, qui fait appel à une appréciation plus subjective que le premier. Comme il est souligné dans les conclusions, cet élargissement témoigne de la volonté de ne pas restreindre le contrôle juridictionnel des actes de droit souple « au seul droit de la régulation économique », pour tenir compte, en l'espèce, de l'« écho médiatique singulier » qui confère au communiqué du CSA « une portée particulière » (78). Comme la doctrine a pu le relever, « c'est ici la magistrature d'influence d'une autorité publique indépendante qui est atraite dans le giron du juge » (79).

L'ambiguïté de l'appréciation des effets des actes de droit souple se manifeste particulièrement dans l'arrêt *FFSA*. En effet, alors que le juge retient d'un côté l'impact des recommandations émises par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution sur la modification des comportements des organismes d'assurance par l'adoption de règles de bonne pratique professionnelle en matière de distribution des contrats d'assurance vie, il considère d'un autre côté qu'elles constituent de simples « énonciations, qui se bornent à préconiser des modalités pratiques de mise en oeuvre » des dispositions réglementaires et qui « laissent aux parties à la convention le soin de fixer la durée du délai dans lequel l'organisme d'assurance doit vérifier la conformité des communications à caractère publicitaire qui lui sont transmises ». Ainsi, alors

que l'acte en cause peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir en ce qu'il fait grief, car susceptible d'emporter des effets, le juge semble conclure à sa légalité en raison de son absence d'effets. Par ailleurs, la recherche de l'effectivité des effets des actes de droit souple relève d'une analyse plus ou moins fouillée. Dans l'affaire *Fairvesta*, le juge retient les « éléments sérieux » mis en avant par la société requérante démontrant la « diminution brutale des souscriptions des produits de placement qu'elle commercialisait en France » pour conclure à la réalité des effets des communiqués produits par l'AMF qui désignaient expressément les produits litigieux. Mais, dans les autres espèces, le juge ne se livre pas à une analyse aussi minutieuse pour démontrer la réalité des effets induits par les actes de droit souple.

De plus, le juge se réserve la possibilité d'intégrer dans ce nouveau contrôle de légalité un nombre indéterminé d'instruments, autres que les avis, recommandations et mises en garde, ainsi que des actes de droit souple émis par d'autres organismes que les AAI. En effet, si le Conseil d'État semble retenir un critère organique, en ne visant dans son considérant de principe que les actes de droit souple « adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies », il convient de souligner l'imprécision de cette terminologie. Rien ne l'empêche d'étendre cette solution à d'autres organes indépendants (80), voire à des autorités administratives soumises au pouvoir hiérarchique. C'est d'ailleurs à une telle extension qu'il semble procéder dans un arrêt du 16 décembre 2016, *Groupement d'employeurs Plusagri* (81) relatif au contrôle de légalité d'une sanction administrative. Pour apprécier sa prévisibilité, il tient compte de la doctrine administrative émanant de « positions prises par les services déconcentrés du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle en réponse aux interrogations de groupements d'employeurs [...] et de plusieurs informations données par l'association chargée de la gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés ». En retenant des actes de droit souple émis par des services déconcentrés de l'administration émettant leur propre doctrine, il enrichit ainsi « la norme, non seulement de sa propre jurisprudence, mais encore de la pratique décisionnelle administrative » (82).

Enfin, le Conseil d'État se réserve également une maîtrise de l'appréciation de la recevabilité du recours contre un acte de droit souple par l'exigence de l'« intérêt direct et certain » du requérant à son annulation. Si cette formulation semble indiquer une condition restrictive, le juge s'étend plus ou moins longuement sur l'analyse de cette exigence en retenant le plus souvent un intérêt suffisant, lequel ne vise d'ailleurs pas toujours les destinataires de l'acte soumis au contrôle, mais également les tiers. Ainsi, dans l'arrêt *CSA*, alors que les communiqués de presse litigieux

s'adressaient aux responsables des services de télévision, la requête introduite par des associations et des personnes atteintes de trisomie 21 est jugée recevable.

Ce maniement des critères jurisprudentiels conduit à se poser une question : s'agit-il de prendre en compte la spécificité des AAI en adaptant le contrôle juridictionnel ou bien s'agit-il de les mettre au pas en les soumettant au contrôle classique de légalité ?

### *Prise en compte de leur spécificité ou « mise au pas » des autorités administratives indépendantes ?*

En visant particulièrement les actes émis par les autorités de régulation dans son considérant de principe, le juge administratif développe une stratégie contentieuse à l'égard du pouvoir de ces entités. Il entend ainsi résorber « l'angle mort » en matière de contentieux de la régulation (83), que ce soit pour tenir compte de sa spécificité ou pour mieux le canaliser.

### *La prise en compte de la spécificité du pouvoir des autorités administratives indépendantes par une adaptation du contrôle de légalité*

Jusqu'aux décisions rendues en 2016, il semble que les méthodes retenues pour déterminer le caractère décisoire des actes des AAI étaient les mêmes que celles employées pour l'administration en général, « dans l'indifférence à l'égard des éventuelles spécificités matérielles affichées par ces actes, dans l'ignorance de la prétendue singularité des activités auxquelles ils se rapportent, et en l'absence de toute référence au statut d'indépendance de leur auteur » (84). Depuis 2016 « c'est bien en tenant compte de leur spécificité que ces actes non décisaires sont désormais soumis au juge de l'excès de pouvoir » (85).

Pour tenir compte de cette spécificité, le juge administratif va entreprendre une modulation de son office en matière de contentieux de la légalité, en raison du fait que « le droit souple appelle un contrôle juridictionnel souple » (86). Le juge adapte ainsi son contrôle aux exigences de souplesse des activités de régulation des AAI, en optant pour un contrôle plus distant. Ainsi, le rapporteur public de l'affaire *Numericable* explique le choix de l'excès de pouvoir qui « permet d'afficher une distance entre l'acte de juger et celui de réguler, en évitant de donner prise à l'idée

que le juge puisse se substituer à l'autorité de régulation » (87). Le rapporteur public de l'affaire *Fairvesta* desserre encore l'étau du contrôle de légalité en considérant que « le juge du droit souple n'est sans doute pas tenu de rester enserré dans les catégories qui caractérisent traditionnellement son office : en l'absence de décision, on pourrait par exemple se demander s'il faut continuer à raisonner en termes de légalité externe ou interne » (88). Et comme le précise le juge lui-même, les règles de la légalité seront adaptées aux actes de droit souple « en tenant compte de leur nature et de leur caractéristique, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ». Il se réserve ainsi la possibilité de faire évoluer l'intensité de son contrôle. Ainsi, dans l'affaire *Fairvesta*, il limite celui-ci à l'erreur manifeste d'appréciation, tandis que dans les affaires *Numericable* et *CSA*, il effectue un contrôle entier sur l'appréciation portée sur les faits par les autorités de régulation. Dans l'arrêt *CSA*, le juge doit même se livrer à une analyse délicate sur l'appréciation faite par l'AAI pour déterminer à quelles conditions un message qui ne présente pas un caractère d'annonce commerciale ou d'intérêt général peut faire l'objet d'une séquence publicitaire sur les chaînes de télévision (89).

Les exigences relatives à la légalité externe de ces actes sont également examinées de manière assouplie. Ainsi, dans l'arrêt *Fairvesta*, le contrôle du respect des droits de la défense et du principe de la motivation des actes semblent vite évacués. Dans l'affaire *Numericable*, si la délibération collégiale de l'autorité de la concurrence semblait insuffisamment motivée, cette carence a pu être compensée par la lettre de son président qui en précisait les motifs. À l'inverse, dans l'affaire *CSA*, le juge examine avec soin les exigences de motivation. C'est en particulier sur le contrôle de la compétence de l'autorité de régulation que le juge s'aménage une large marge d'appréciation. Comme le précise l'étude de 2013, « l'enjeu du contrôle de la compétence n'est sans doute pas en effet de définir des limites aussi strictes que pour le droit dur mais d'éviter qu'une autorité publique ne sorte manifestement de son rôle en utilisant le droit souple », tout en ajoutant que la compétence des AAI « peut souvent être présumée en raison de la mission générale confiée » en admettant que « ces règles larges de compétence permettent le plus souvent aux autorités publiques d'adopter des recommandations de droit souple sans qu'un texte particulier ne le prévoit » (90). Le juge met donc en oeuvre une appréciation très souple des missions des AAI, « faisant ainsi application de la théorie des "compétences implicites" » (91). Dans l'affaire *Fairvesta*, le juge retient la compétence de l'AMF pour émettre des mises en garde contre certaines sociétés d'investissements, alors même que la loi ne prévoit pas une telle possibilité, laquelle est cependant devenue un nouveau mode d'action de l'AAI. Dans l'affaire *Numericable*, le juge se livre également à une interprétation assez large de la compétence de

l'Autorité de la concurrence, qui peut, selon l'article L. 430-7 du code de commerce, autoriser une opération de concentration sous réserves d'injonctions et de prescriptions, en considérant « qu'elle tire de ces dispositions la faculté de les modifier pour en réduire ou même en supprimer la portée en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents ». De même, dans l'affaire *GDF Suez*, le juge reste évasif sur la compétence de la Commission de régulation de l'énergie, pour considérer simplement que la communication relative à certains contrats conclus entre Electricité Réseau distribution France (ERDF) et les fournisseurs d'électricité a été émise « dans le cadre de sa mission, prévue à l'article L. 131-1 du code de l'énergie, tenant à veiller à ce que les conditions d'accès aux réseaux n'entravent pas le développement de la concurrence ». Dans l'affaire *FFSA*, c'est en considérant que les recommandations émises par l'ACPR « n'édictaient pas de nouvelles règles relevant du domaine de la loi ou du règlement » que le juge retient la compétence de l'Autorité. Et dans l'arrêt *CSA*, le juge va même jusqu'à ne pas se prononcer sur la compétence de l'autorité, laissant ainsi le champ libre à l'activité de régulation en matière audiovisuelle.

Enfin, la question de l'ouverture des délais de recours contre les actes de droit souple émis par les AAI appelle plus de souplesse en raison de leur mode spécifique de publicité, en particulier pour les publications en ligne, et en raison de l'appréciation des effets de ces actes. Dans l'affaire *GDF Suez*, la délibération de la Commission de régulation de l'énergie portant communication relative à la gestion de clients en contrat unique a été publiée « sur le site internet de cette autorité et y est depuis lors restée accessible ». Malgré la particularité de la publicité donnée à cette communication, dont les modalités ne sont pas fixées par les textes, le juge va la considérer suffisante à l'égard des professionnels du secteur et lui applique les dispositions classiques de l'article R. 421 du code de justice administrative (92). Il précise toutefois la possibilité, lorsque l'acte n'a pas été contesté dans le délai de deux mois, de demander son abrogation à l'autorité émettrice et de contester devant le juge le refus opposé à cette demande. Ce palliatif lui permet de statuer sur la légalité de la décision de refus d'abroger la communication litigieuse et de la considérer illégale, contraignant ainsi la Commission à modifier sa délibération. Les conclusions de l'arrêt *Fairvesta* proposaient cependant de maintenir ouvertes les possibilités de recours tant que les communiqués sont accessibles sur le site internet de l'Autorité des marchés financiers, en raison du fait que les effets de l'acte ne peuvent se mesurer qu'*a posteriori*. Ceci est la preuve qu'un nouveau contrôle de légalité, adapté à ces instruments, reste à inventer par le juge administratif.

Mais, si le Conseil d'État a « jeté les bases d'un contrôle juridictionnel original, adapté à la nature particulière des actes de droit souple » (93), il n'en reste pas moins que ces derniers peuvent désormais être contrôlés et soumis aux exigences traditionnelles du contrôle de légalité.

### ***La « mise au pas » du pouvoir des autorités administratives indépendantes par la soumission au contrôle de légalité***

Derrière l'apparente adaptation du contrôle de légalité aux missions spécifiques des AAI, se dessine la volonté du Conseil d'État de rapatrier certains actes de droit souple dans le contentieux classique du droit dur. Les actes des autorités de régulation sont ici particulièrement concernés. En effet, si le juge excluait les actes des AAI de son contrôle en les assimilant aux actes non décisifs de l'administration en général, c'était pour tenir compte de leurs spécificités, voulues par le législateur, qui leur a confié un pouvoir de régulation non soumis au contrôle de légalité (94). Mais, alors qu'avec l'apparition de la notion de régulation, « le désordre des mots et des formes s'ajoute à la dispersion des sources » (95), le juge administratif entend « discipliner » les actes de droit souple des autorités de régulation pour les ramener « à l'ordre du droit » (96).

En tenant compte de la réalité normative des actes de droit souple, le juge risque paradoxalement de conduire à gommer la spécificité de l'action des AAI. Il adopte une autre stratégie, non plus de dissimulation, par assimilation des actes de droit souple des AAI aux actes non décisifs de l'administration, mais d'officialisation, par la réintégration de ces actes dans le contentieux de la légalité. Cette nouvelle stratégie est l'expression d'une certaine méfiance du juge administratif envers l'action de régulation de ces organismes, dont « l'ambiguïté magique » était déjà dénoncée dans son rapport de 2001 (97). C'est ce que trahit l'étude de 2013 qui souligne que le juge « ne peut ignorer cette forme de régulation au motif qu'elle ne repose pas sur la création d'obligations ; il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir, dont on a vu l'effectivité tout au long de cette étude, à l'abri de tout contrôle juridictionnel » (98). À la différence des avis qui sont prévus par les textes et enserrés dans des règles procédurales, les recommandations et prises de position des AAI relèvent en effet d'un espace de liberté formelle et procédurale que le juge a voulu soumettre à son contrôle. Les conclusions de l'arrêt *Fairvesta* expriment clairement cette volonté : « il ne faudrait pas que la publication d'une mise en garde soit un moyen de contourner le formalisme procédural requis

pour l'édition d'une sanction ». Aussi, « il s'agit de ne pas laisser ces autorités user de leur pouvoir à l'abri de tout contrôle juridictionnel » (99). Finalement, l'échelle de normativité graduée, reposant sur l'idée de nuances, est remise en cause par le juge, qui entend canaliser cet entre-deux (100) en le réintégrant dans les canons du contentieux classique des actes décisifs. Le Conseil d'État semble adopter ici la même position que le Conseil constitutionnel, qui refuse de distinguer les AAI de l'administration classique, en confirmant le rattachement organique de leur pouvoir aux articles 20 et 21 de la Constitution par leur soumission au contrôle de légalité (101). Le contrôle des actes de droit souple émis par les AAI témoigne ainsi de la mise en oeuvre d'un rattachement à la fois organique et normatif à l'administration classique, selon une « loi d'extension » qui permet de « ramener l'inédit à ce qui est connu » (102).

Le juge administratif s'inscrit ainsi dans un mouvement général d'encadrement des pouvoirs des AAI porté par de nombreux rapports parlementaires (103) et par la récente réforme du statut de ces entités (104). Face à la constitution progressive de cette administration parallèle, on assiste à une volonté de rationalisation, de normalisation et d'uniformisation des AAI par le Parlement et par les juges. Cette volonté de soumission au contentieux classique est confirmée par le dossier thématique du Conseil d'État d'octobre 2016 qui fait le bilan du contrôle réalisé sur les actes des AAI chargées de missions de régulation économique (105). D'ailleurs, si le choix du recours pour excès de pouvoir peut laisser penser que le juge entend maintenir un contrôle distancié sur la mise en oeuvre du pouvoir de régulation des AAI, la précision, dans le considérant de principe des arrêts de 2016, de la possibilité d'exercer son pouvoir d'injonction semble au contraire remettre en cause l'indépendance de ces organismes en les obligeant à adopter un acte contraire, sorte de « « remise en état de droit souple » d'un genre nouveau (106).

Par la reconnaissance doctrinale et jurisprudentielle du droit souple, le Conseil d'État se place au centre de l'espace normatif, en tant que conseiller de l'administration et juge de son action. En relativisant la frontière longtemps dressée entre droit et non droit, désormais compliquée des nuances du droit souple, il agrandit le spectre juridique et s'assure une plus large maîtrise de l'action des AAI, qu'il peut dès lors soumettre à son contrôle. Plus qu'une reconnaissance du droit souple produit par ces autorités, c'est sa canalisation qui est visée, pour en faire une effectivité juridique à nouveau instituée, par « une justiciabilité rendant "dur" le droit souple » (107). Si l'on peut y voir une nouvelle expression de l'opposition entre le

gouvernement des juges et celui des experts, cette évolution témoigne également de « la volonté du juge de ne laisser en dehors du prétoire aucun acte qui serait susceptible d'affecter la situation juridique des intéressés » (108).

---

- (1) J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1969, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 22.
- (2) J.-M. Sauvé, « Avant-propos », in *Conseil d'État, Le droit souple*, Étude annuelle 2013, *Les rapports du Conseil d'État*, n° 64, Paris, Doc. fr. 2013, p. 5 - désormais Rapport.
- (3) Nous employons ici par commodité le terme d'autorités administratives indépendantes, en précisant que sont également visées les autorités publiques indépendantes.
- (4) F. Melleray, « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », RFDA 2016. 679 s.
- (5) CE, 21 mars 2016, n° 368082, 368083, 368084, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, désormais *Fairvesta*, Lebon p. 76, concl. S. Von Coester ; AJDA 2016. 572 ; *ibid.* 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 715, obs. M.-C. de Montecler ; AJCA 2016. 302, obs. S. Pelé ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier ; RTD com. 2016. 298, obs. N. Rontchevsky ; *ibid.* 711, obs. F. Lombard.
- (6) CE, 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, désormais *Numericable*, Lebon p. 88, concl. V. Daumas ; AJDA 2016. 572 ; *ibid.* 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2017. 881, obs. D. Ferrier ; AJCA 2016. 302 ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt ; RFDA 2016. 506, concl. V. Daumas ; *ibid.* 497, concl. S. von Coester ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier ; RTD com. 2016. 711, obs. F. Lombard ; *ibid.* 298, obs. N. Rontchevsky ; Dr. adm. 2016. Comm. 20, note S. von Coester et V. Daumas ; JCP 2016. 623, note T. Perroud ; Dr. sociétés 2016. Comm. 108, note R. Vabres ; Gaz. Pal. 2016, n° 18, p. 20, note T. Achour et n° 22, p. 27, note B. Seiller.
- (7) CE, sect., 13 juill. 2016, n° 388150, *Société GDF Suez*, désormais *GDF Suez*, Lebon p. 234 ; AJDA 2016. 1481 ; *ibid.* 2119, note F. Melleray. V. P. Idoux, « Premiers effets concrets du nouveau recours en annulation des actes de droit souple », Dr. adm. n° 8-9, août 2016, Comm. 48 ; JCP Adm. 2016, p. 2252, note O. Le Bot.
- (8) CE, 10 nov. 2016, n° 384691, n° 384692, n° 394107, *M<sup>me</sup> Z et a.*, désormais *CSA*, Lebon p. 509 ; AJDA 2017. 121, concl. L. Marion ; *ibid.* 2016. 2192. V. AJDA 2016. 2192, obs. M. de Montecler ; R. Lanneau et A. Sée, « Souplesse du droit, souplesse du juge », Dr. adm. n° 2, févr. 2017, Comm. 9.
- (9) CE, 20 juin 2016, n° 384297, *Fédération française des sociétés d'assurances*, désormais *FFSA*, Lebon T. p. 638 et 862 ; D. 2016. 2305, obs. D. R. Martin et H. Synvet.
- (10) Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, Paris, Doc. fr., EDCE n° 43, 1991, p. 32.
- (11) Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, Paris, Doc. fr., EDCE n° 67, 2016.
- (12) Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-500 DC, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec. Cons. const. p. 116, D. 2005. 1132 ; *ibid.* 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RTD civ. 2005. 93, obs. P. Deumier ; Cons. const., 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. Cons. const. p. 72, D. 2006. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *ibid.* 2005. 1372, point de vue J.-C. Zarka ; RFDA 2005. 922, note G. Glénard ; *ibid.* 930, note W. Sabete ; RTD civ. 2005. 564, obs. P. Deumier ; Cons. const., 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, Rec. Cons. const. p. 139, AJDA 2012. 411 ; *ibid.* 1406, note A. Macaya et M. Verpeaux ; D. 2012. 987, note J. Roux ; *ibid.* 601, édito. F. Rome ; *ibid.* 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; RFDA 2012. 507, note W. Mastor et J.-G. Sorbara ; Constitutions 2012. 389, étude X. Philippe ; *ibid.* 393, obs. B. Mathieu, A.-M. Le Pourhiet, F. Mélin-Soucramanien, A. Levade, X. Philippe et D. Rousseau ; *ibid.* 2016. 59, chron. F. Hamon ; RSC 2012. 179, obs. J. Francillon ; *ibid.* 343, étude F. Brunet ; *ibid.* 2013. 436, obs. B. de Lamy ; RTD civ. 2012. 78, obs. P. Puig.
- (13) Rapport, Introduction, p. 21
- (14) X. Domino et A. Bretonneau, « Miscellanées contentieuses », AJDA 2012. 2373.
- (15) Il en est également ainsi de certains avis, qui en principe ne modifient pas l'ordonnement juridique, mais peuvent avoir des répercussions importantes sur le processus décisionnel : CE, 29 oct. 2013, n° 346569, *Vidon*, Lebon p. 259 ; AJDA 2013. 2183 ; CE, ass., 8 juin 2016, n° 382736, *M. P.*, Lebon p. 236, concl. S. von Coester ;

AJDA 2016. 1149 ; D. 2016. 1317, et les obs. ; AJFP 2016. 329, et les obs..

(16) M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003, p. 59.

(17) B. Delaunay, « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », RD publ. 2014. 276.

(18) G. Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », RFAP, n° 78, 1996, p. 375.

(19) J. Richard, C. Vigouroux, « Du droit "mou" au droit "souple" », AJDA 2013. 1825.

(20) M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association H. Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 5.

(21) B. Oppetit, « Le droit hors de la loi », *Droits*, 10, 1989, p. 47 ; G. Abi-Saab, « Éloge du « droit assourdi », in *Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993 ; N. Molfessis, « La distinction du normatif et du non-normatif », RTD civ. 1999. 729 ; N. Martial-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011 ; I. Hachez et alii (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthémis-PU Saint Louis, 2013 ; F. Brunet, *La normativité en droit*, Mare et Martin, 2012, préf. E. Picard, postface A. Supiot.

(22) C. Atias, « Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé », RRJ 1982. 219 ; F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD civ. 1995. 509 ; Association H. Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009 ; P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002.

(23) V. cependant, J. Chevallier, *L'État postmoderne*, LGDJ, 2003 ; S. Gerry-Vernières, *Les petites sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012 ; B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ-PUTIC, 2013 ; W. Zagorski, *Le contentieux des actes administratifs non décisifs. Contribution à une typologie du droit souple*, Mare & Martin, Coll. « Bibliothèque des thèses », 2016.

(24) A. Lambert, J.-Cl. Boulard, *Rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative*, 26 mars 2013, p. 78 et 86.

(25) P. Amssek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RD publ. 1982. 287.

(26) *Ibid.*, p. 291.

(27) G. Timsit, « Pour une nouvelle définition de la norme », D. 1988. 268.

(28) J.-L. Autin, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 55.

(29) Rapport p. 23-46.

(30) Rapport p. 117. L'étude rappelle que le Parlement européen a d'ailleurs dénoncé le recours à la méthode ouverte de coordination qui l'exclut du processus décisionnel, Résolution du 4 sept. 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants, n° 2007/2028(INI) et résolution du 1<sup>er</sup> déc. 2011 sur le semestre européen pour la coordination des politiques économiques, n° 2011/2071 (INI).

(31) Rapport p. 121

(32) C. Thibierge, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », RTD civ. 2003. 599.

(33) J. Richard et L. Cytermann, « Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ? », AJDA 2013. 1884.

(34) Rapport p. 5

(35) *Simplification et qualité du droit, op. cit.*, p. 101.

(36) E. Nicolas et M. Robineau, « Prendre le droit souple au sérieux ? - À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », JCP 2013, Doctr. 1116.

(37) Rapport, Introduction, p. 19 et 20.

(38) Rapport p. 36-37.

(39) Rapport p. 61.

(40) Rapport p. 60.

(41) Rapport p. 61.

(42) Rapport p. 62.

(43) Rapport p. 104.

(44) Rapport p. 106.

(45) V. sur ce point, A. Ballot-Léna, *Les actes non décisifs de l'AMF. Quand le droit mou s'endurcit*, Travaux du CEDCACE, 2004, disponible sur <http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf>.

(46) Rapport p. 56

(47) C. Thibierge, *op. cit.*, p. 613.

(48) Rapport p. 65

(49) CE, sect., 11 déc. 1970, n° 78880, *Crédit foncier de France c/ M<sup>lle</sup> Gaupillat et M<sup>me</sup> Ader*, Lebon p. 750.

(50) Rapport p. 69.

(51) Rapport p. 72.

(52) J.-L. Autin, « Le pouvoir répressif d'une autorité administrative indépendante devant le juge administratif », RFDA 1992. 1016.

(53) B. Apollis, « Vers une adaptation substantielle du contentieux des actes de régulation », in *Indépendance (s), Études offertes au professeur J.-L. Autin*, Université Montpellier I, 2013, p. 505.

(54) CE, 18 déc. 2002, n° 233618, *M<sup>me</sup> Duvignères*, Lebon p. 463, concl. Fournier ; AJDA 2003. 487, chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2003. 250 ; RFDA 2003. 280, concl. P. Fombeur ; *ibid.* 510, note J. Petit.

(55) CE, 26 sept. 2005, n° 270234, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Lebon p. 395 ; AJDA 2006. 308, note J.-P. Markus ; *ibid.* 2005. 1873 ; D. 2005. 2545, obs. F. Aubert ; RDSS 2006. 53, note D. Cristol ; CE, 13 juill. 2007, n° 294195, *Société « Editions Tissot »*, Lebon p. 335 ; AJDA 2007. 2145, concl. L. Derepas ; Just. & cass. 2008. 301, concl. L. Derepas ; CE, 3 mai 2011, n° 331858, *SA Voltalis*, Lebon p. 723.

(56) CE, 17 nov. 2010, n° 332771, *Syndicat français des ostéopathes*, Lebon p. 886 et 954 ; AJDA 2011. 295.

(57) CE, 27 avr. 2011, n° 334396, *Association pour une formation médicale indépendante (Formindep)*, Lebon p. 168 ; AJDA 2011. 877 ; *ibid.* 1326, concl. C. Landais ; D. 2011. 1287 ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude ; RDSS 2011. 483, note J. Peigné ; CE, 23 déc. 2014, n° 362053, *Association lacanienne internationale*.

(58) CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, Lebon p. 361 ; AJDA 2012. 1925 ; *ibid.* 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 732, obs. D. Ferrier ; RTD com. 2012. 747, obs. E. Claudel ; *ibid.* 2013. 237, obs. G. Orsoni et n° 346378 et 357193, *Société ITM Entreprises*, Lebon ; D. 2013. 732, obs. D.

Ferrier.

(59) Ainsi des avis de la CADA (CE, 17 avr. 1983, n° 46476, *Zanone* ; CE, 21 nov. 1986, n° 70670, *Dame Marabuto*), des recommandations de la CNIL (CE, 27 sept. 1989, n° 74548, *SA Chopin, SARL Editions de Mirandol et Société Presse Mailing Service c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés*, Lebon p. 432) ou encore des mises en garde du CSA (CE, 4 oct. 1996, n° 168131, *Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux*, Lebon p. 381 ; D. 1997. 195, obs. J.-F. Lachaume).

(60) L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « La légalité des délits, le droit vivant et le droit souple », *AJDA* 2017. 268.

(61) B. Seiller, « La recevabilité du recours contre les actes composant le droit souple », *Gaz. Pal.* 2016, n° 22, p. 31.

(62) P. Deumier, « Quand le droit souple rencontre le juge dur », *RTD civ.* 2016. 571.

(63) T. Perroud, « Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation », *JCP* n° 22, 30 mai 2016, p. 1074.

(64) Rapport p. 11.

(65) S. von Coester, « Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et autres* », *RFDA* 2016. 497.

(66) *Ibid.*

(67) F. Chaltiel, « La recevabilité des recours contre les actes de droit souple », *LPA* 2016, n° 185, p. 11.

(68) Rapport avant-propos, p. 6.

(69) E. Nicolas et M. Robineau, *zp. cit.*

(70) Rapport p. 136-139.

(71) Rapport, Synthèse, p. 12. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le rôle joué par l'AFNOR dans la normalisation technique, relevait, en dépit du caractère non contraignant de cette dernière, d'une mission de service public : CE, 17 févr. 1992, n° 73230, *Société Textron*, Lebon p. 66 ; *AJDA* 1992. 450, obs. C. Devès ; D. 1992. 519, note A. Penneau.

(72) Rapport p. 133.

(73) Issues de la jurisprudence *Crédit foncier de France*, les directives sont désormais rebaptisées « lignes directrices » : CE, sect., 4 févr. 2015, n° 383267 et 383268, *Ministre de l'intérieur c/ Cortes Ortiz*, Lebon p. 17, concl. B. Bourgeois-Machureau ; *AJDA* 2015. 191 ; *ibid.* 443, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ; D. 2016. 336, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *RFDA* 2015. 471, concl. B. Bourgeois-Machureau.

(74) Rapport p. 141.

(75) L'étude précise qu'il « convient de veiller à ce que l'AFNOR, dans le cadre de sa mission de service public, pratique des tarifs suffisamment modérés pour que les normes restent accessibles à l'ensemble des acteurs concernés » (Rapport p. 170). Cependant, dans un arrêt du 10 févr. 2016, le Conseil d'État soumet les normes techniques rendues obligatoires au décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 qui impose la gratuité de l'accès sans pour autant imposer le principe constitutionnel d'accessibilité de la règle de droit aux normes de droit souple. V. sur ce point, C. Groulier, « Commentaire de CE, 10 février 2016, *Fédération nationale des mines et de l'énergie - Confédération générale du travail (FNME-CGT)*, n° 383756 », *Journal du droit administratif (JDA)*, 2016 (Lebon ; *AJDA* 2016. 287 ; *ibid.* 857, concl. R. Decout-Paolini) ; art. 16 ; <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=587>.

(76) Rapport p. 174.

(77) Rapport, Conclusion, p. 190.

(78) L. Marion, « Quel recours contre les actes de droit souple du CSA ? », AJDA 2017. 121 s.

(79) H. Pauliat, « La contribution du droit souple au désordre normatif », RD publ. 2017, n° 1, p. 59.

(80) Il peut en être ainsi de certaines entités qui ont été supprimées de la liste des AAI établie par la loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, mais qui demeurent des organismes indépendants, telles que la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

(81) N° 390234, Lebon p. 553 ; AJDA 2017. 268, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *ibid.* 2016. 2467.

(82) L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « La légalité des délits, le droit vivant et le droit souple », AJDA 2017. 268.

(83) P. Idoux, « L'absence de justiciabilité des avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence », RJEP, n° 708, mai 2013.

(84) M. Collet, *op. cit.*, p. 103.

(85) V. Daumas, « Le Conseil d'État accepte de se saisir d'actes de « droit souple », Dr. adm. n° 4, avr. 2016, comm. 20.

(86) *Ibid.*

(87) *Ibid.*

(88) S. von Coester, *op. cit.*, p. 497.

(89) V. sur ce point les conclusions du rapporteur public, L. Marion, « Quel recours contre les actes de droit souple du CSA ? », AJDA 2017. 121.

(90) Rapport p. 161 et 162.

(91) D. Girard, « Le recours pour excès de pouvoir confronté au « droit souple » : il plie mais ne rompt pas !, Note sous CE, ass., 21 mars 2016, *Sociétés Numéricable et Fairvesta internationale et autres* (2 espèces), n° 368082 -84 et 390023 », Revue générale du droit on line, 2016, numéro 23904 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23904](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=23904)) (Lebon avec les conclusions ; AJDA 2016. 572 ; *ibid.* 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 715, obs. M.-C. de Montecler ; AJCA 2016. 302, obs. S. Pelé ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier ; RTD com. 2016. 298, obs. N. Rontchevsky ; *ibid.* 711, obs. F. Lombard). L'auteur poursuit : « En effet, la lettre des textes fait de ces autorités des organes d'exception, par voie de conséquence leur compétence devrait s'entendre strictement, mais leur esprit confère une approche globale et unitaire de leurs missions. Privilégier la lettre sur l'esprit aurait induit des partages de compétences complexes et byzantins qui auraient été de nature à faire perdre l'utilité à tout recours au "droit souple" s'il était porté à l'extrême ».

(92) Le juge s'aligne sur la solution retenue pour les actes décisifs émis par les autorités de régulation : CE, 25 nov. 2015, n° 383482, *Société Gibmédia*, Lebon p. 408 ; AJDA 2015. 2298, relatif à une décision de l'ARCEP.

(93) V. Daumas, *op. cit.*

(94) M. Collet, *op. cit.*, p. 230.

(95) « La dilution de la norme de régulation est ainsi d'abord irruption d'un vocabulaire nouveau, immaîtrisé, imprécis et trompeur, qui fait que la régulation échappe d'abord au droit ou n'y entre que comme masquée, alors que sa fonction contraignante y est parfois en fait plus forte, plus prégnante, plus insidieuse, sans doute aussi plus universelle que celle de la réglementation d'antan », Y. Gaudemet, « La régulation économique ou la dilution des normes », RD publ. 2017, n° 1, p. 23 s.

(96) *Ibid.*

(97) Conseil d'État, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, Études et documents n° 52, 2001, p. 380.

(98) Rapport, Synthèse, p. 15.

(99) S. von Coester, *op. cit.*, p. 497.

(100) J.-L. Autin, « Entre l'acte normatif et l'acte non normatif. L'exemple de l'action des autorités administratives indépendantes », in J.-M. Pontier (dir.), *Les États intermédiaires en droit administratif*, PUAM, 2008, p. 75.

(101) Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication* : « Dans l'exercice de sa compétence, la Commission nationale de la communication et des libertés sera à l'instar de toute autorité administrative soumise à un contrôle de légalité qui pourra être mis en oeuvre tant par le gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'État, que par toute autre personne qui y aurait intérêt » (consid. 23).

(102) D. Truchet, « À propos de l'évolution du droit administratif : loi d'extension et loi de divergence », *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 635.

(103) P. Gelard, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objectif juridique non identifié*, Doc. fr., 2006 ; R. Dosière et Ch. Vanneste, *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, Ass. nat., Rapport d'information n° 2925, 28 oct. 2010 ; M.-H. Desesgaulx et J. Mézard, *Un « État dans l'État »*. *Canaliser la prolifération des AAI pour mieux les contrôler*, Rapport de la commission d'enquête n° 126 du Sénat, 2015.

(104) Loi organique n° 2017-54 du 20 janv. 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes et loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

(105) *Le juge administratif et les autorités de régulation économique*, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, Mis en ligne le 13 oct. 2016, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/74254/688816/version/1/file/Le%20juge%20administratif%20et%20la%20r%C3%A9gulation%20%C3%A9conomique.pdf>.

(106) L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA* 2016. 717.

(107) H. Pauliat, *op. cit.*, p. 59.

(108) *Ibid.*