



HAL
open science

La régulation, ersatz de police administrative spéciale

Nicolas Ochoa

► **To cite this version:**

| Nicolas Ochoa. La régulation, ersatz de police administrative spéciale. 2017. <halshs-01534838>

HAL Id: halshs-01534838

<https://shs.hal.science/halshs-01534838v1>

Preprint submitted on 13 Jun 2017

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.



HAL Authorization

La régulation, ersatz de police administrative spéciale

Par Nicolas Ochoa, Docteur en droit de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Résumé :

La notion de police administrative spéciale tend aujourd'hui à être progressivement remplacée, au moins dans le discours de la doctrine, par l'emploi du terme de régulation. Une démarche généalogique de retour à la signification profonde de cette notion révèle à quel point la distinction aujourd'hui entretenue entre police administrative spéciale et régulation est sans objet, la seconde ne constituant qu'un substitut bien imprécis par rapport à la première.

Table des matières

I/ La police administrative spéciale, procédé de concrétisation des libertés.....	7
A/ L'objet de la police : la réalisation concrète de la liberté.....	7
1) Sous l'angle de la science-politique : la police comme discipline du libéralisme.....	7
2) Sous l'angle du droit public : la police comme institution primaire de l'ordre libéral.....	10
B/ L'objet des polices administratives spéciales : la consécration et l'aménagement de libertés spécifiques.....	12
1) La police administrative spéciale, élément daté de la notion de police administrative	13
2) Les polices administratives spéciales, procédés disciplinaires des libertés publiques.....	16
II/ La régulation, ersatz de police administrative spéciale	22
A/ La régulation, terme prospérant sur la méconnaissance de la police administrative spéciale. .	22
1) L'oubli de la plasticité du fondement des polices administratives spéciales.....	23
a) L'ordre public spécial, notion plastique.....	23
b) L'ordre public économique, variante non novatrice de l'ordre public spécial.....	25
2) L'oubli de la plasticité des procédés des polices administratives spéciales.....	29
B/ La régulation, symptôme de l'oubli de l'État.....	32
1) Les caractéristiques essentielles de la notion régulation.....	33
a) La régulation, concept visant la réalisation d'un équilibre.....	33
b) La régulation, concept fédérateur.....	34
2) La régulation, symptôme de l'oubli de l'Etat.....	36
a) La régulation, concept entérinant la rupture du lien entre action publique et État.....	36
b) Un concept entérinant la rupture du lien entre l'action publique et la notion de liberté. .	39

La notion de police administrative spéciale fait partie de ces notions familières à tout administrativiste. Dans les manuels et précis universitaires, elle se laisse entrapercevoir dans les chapitres relatifs aux finalités de l'action de l'État ou aux missions de l'Administration. Le seul problème est que cette familiarité n'est qu'apparente. En effet, il existe un décalage considérable entre l'attention portée à cette notion en doctrine et le caractère proprement ubiquitaire de ses applications pratiques¹. Que l'on en juge : là où il y a réglementation d'une activité, il y a police administrative spéciale. Le champ de cette notion s'étend donc potentiellement à tout le droit matériel existant, que l'on soit en droit public (droit des étrangers, de l'environnement, de la concurrence, de l'urbanisme...) ou en droit privé (droit boursier, droit de la consommation, droit de la propriété intellectuelle...). Dans chacun des domaines énumérés existe un équilibre non naturel entre intérêts divergents, équilibre que la puissance publique fait tenir par des procédés réglementaires contraignants. Chacun de ces domaines que l'on peut intuitivement saisir comme régi par un procédé de « régulation » fait l'objet d'une police administrative spéciale.

Cause ou conséquence de cette désaffection, le déclin de la police administrative spéciale profite au terme de régulation. Similaire à ces espèces animales invasives, ce terme poursuit depuis une trentaine d'années sa colonisation du droit français, concurrençant et menaçant de disparition cette espèce autochtone qu'est la police administrative spéciale. Le problème ne vient pas en soi de l'existence même ce processus de « darwinisme juridique », seulement de sa pertinence. La régulation se caractérise par un flou conceptuel indépassable. Par exemple, lorsque l'on se hasarde à dire que le droit interne ou européen « régule » tel ou tel secteur, on ne désigne aucun contenu précis, si ce n'est la vague idée d'équilibre entre intérêts divergents. Cela est utile car cela permet une appréhension plus intuitive par le droit de la réalité à laquelle il a vocation à s'appliquer. En cela, il n'est pas soutenu ici que la notion de régulation n'existe pas ou qu'elle n'est pas utile : il est juste constaté qu'elle n'a pas de régime. Son utilisation ne peut, en l'état actuel du droit, être que descriptive et non prescriptive. Mais cela fonctionne tout de même car si le terme de régulation est dans la lumière des considérations doctrinales, c'est la notion de police administrative spéciale qui, dans l'ombre du droit positif tel qu'il est pratiqué, s'applique au quotidien et prête à la régulation son régime et ses novations².

Il existe un contexte général au sein du droit public qui explique la vivacité de l'emploi de la notion de régulation en lieu et place de celle de police administrative spéciale. Cela tient à deux raisons, d'inégale valeur, respectivement structurelle et conjoncturelle.

La première de ces raisons, structurelle, tient à l'existence d'une isolation et d'un étiolement progressif de l'étude de la police administrative du reste du droit administratif et, plus généralement, du droit dans son ensemble. Cet isolement s'est construit progressivement, du fait de la conjonction de trois évolutions au moins partiellement distinctes.

En premier lieu, la plus fondamentale de ces causes réside dans ce que le professeur Olivier Beaud décrit comme « « l'oubli de l'État » dans la doctrine administrativiste contemporaine »³. Il

1 E. Picard, « Rapport de synthèse », in C. Vautrot-Schwarz(dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 245 : « curieusement, une première question est restée une fois de plus éludée : pourquoi la police est-elle si mal aimée des sujets de droits en général, mais aussi des juristes, des administrativistes en tout cas (...) ? ».

2 Pour une étude particulièrement critique des rapports entre régulation et police et une conclusion similaire, voir C. Vautrot-Schwarz, « Police et régulation », in C. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, pp. 55-84.

3 O. Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, Dalloz, 2011, p. 210 et ss.

évoque notamment à ce titre un « phénomène de déréalisation du droit administratif »⁴, dont l'enseignement lui semble de plus en plus réduit à l'étude des actes administratifs plutôt qu'à l'activité juridique de l'administration. Il y aurait ainsi une tendance lourde à ce que l'enseignement du droit administratif et sa présentation dans les manuels tende à ignorer de plus en plus aussi bien la notion d'État que ses implications concrètes, aboutissant de manière générale à ce que soit délaissé l'étude de cet État administratif qui interagit de manière quotidienne avec les citoyens. Dans ces conditions, tous les éléments du droit administratif qui expliquent certaines motivations et influences non strictement juridiques d'autres disciplines sur l'État comme la science administrative, ainsi que tous les éléments qui tendent à étudier les manifestations concrètes de son action comme la police et le service public, se trouvent relégués au profit de l'étude de la hiérarchie des normes et des actes administratifs⁵. Le professeur Olivier Beaud date le début de cette disparition de la deuxième édition des *Principes généraux du droit administratif* de Gaston Jèze, en 1914. Cet auteur serait selon lui le premier à avoir éludé l'État dans le cadre d'un ouvrage d'enseignement du droit administratif⁶, suivi par Marcel Waline et George Vedel, pour le premier à partir de 1936⁷.

La seconde de ces causes, redoublant la première, tient à ce que non seulement on observe une tendance, dans l'enseignement du droit administratif à la mise à l'écart des fonctions concrètes de l'État, mais encore que cette mise à l'écart se double d'une survalorisation de l'une d'entre elles. Ainsi, il existe une tendance marquée des auteurs publicistes à délaisser, de manière globale, le champ d'étude de la police administrative au profit de la notion de service public, ne serait-ce que du fait du succès des thèses de Léon Duguit⁸, aboutissant à ce que le droit administratif puisse être résumé par la seule notion de service public⁹. A cet égard, la consultation d'ouvrages généraux

4 O. Beaud, *op. cit.*, p. 212.

5 O. Beaud, *op. cit.*, p. 213 : « Résumons : le triomphe du positivisme le plus rigoureux, combiné avec une sorte d'idolâtrie de la hiérarchie des normes cultivée à l'excès en raison de la priorité accordée au principe de légalité et de la découverte, plus récente, des principes de constitutionnalité et de conventionnalité, a conduit beaucoup de juristes à communier dans la foi selon laquelle la science du droit administratif ne serait qu'une pure et simple technologie des normes – certes une technologie hautement sophistiquée qu fait les délices des commentateurs de ce droit désormais aussi « européenisé » ».

6 O. Beaud, *op. cit.*, p. 222 et ss.

7 O. Beaud, *op. cit.*, pp. 224-228.

8 Et dont on trouve une formule particulièrement percutante dans L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. XIX : « L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande : il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne »

9 F.-P. Benoit, *Le Droit administratif français*, Dalloz, 1968, pp. 752-753 : « comment s'explique cet usage qui consiste à désigner tous les corps administratifs, c'est à dire toute l'Administration, par le vocable de services publics, alors que, en son sens le plus spécifique, ce terme ne désigne que l'un des procédés d'action de l'Administration, auprès duquel le procédé de la police ne le cède en rien en importance ? Il y a là un singulier amoindrissement du mot police si l'on songe que sous la Monarchie, jusqu'au XVIII^{ème} siècle, c'est au contraire ce terme qui englobait toute l'Administration.

Les raisons de ce renversement semblent être de deux ordres. Quantitatives tout d'abord : les corps administratifs mettant en œuvre le procédé du service public sont plus nombreux que les corps mettant en œuvre le procédé de la police ; le cas le plus fréquent l'a emporté sur le plan de la terminologie. Qualitatives d'autre part : sous l'influence de Duguit et de l'École du service public, on a prétendu expliquer tout le droit administratif par l'idée de service public. La tendance a dès lors été de négliger le procédé de la police, de limiter la notion d'activité administrative à celle du procédé du service public, et par suite d'identifier l'Administration, au sens organique, à ce type d'activité qu'est ce dernier procédé, d'où l'emploi d'un même terme pour désigner le corps administratif et son activité jugée essentielle.

Tout ceci est éminemment regrettable. Le procédé de la police est aussi important que celui du service public. L'influence de Duguit a conduit à négliger les études sur la police, ce qui doit d'autant plus être déploré que le recours à ce procédé se développe depuis le début de ce siècle dans des proportions considérables ». Pour un

relatifs à l'histoire du droit administratif s'avère édifiante, qui soit limitent leur présentation de la notion de police à des considérations rapides sur sa seule signification sous l'Ancien régime¹⁰, soit consacrent des développements à la notion de police administrative particulièrement succincts¹¹, soit ignorent purement et simplement la question¹². Dans les trois exemples cités, l'approche historique du droit administratif ne consacre en tant que telle aucune subdivision d'ampleur même moyenne à la notion de police administrative, voire aucune entrée en tant que telle dans la table des matières. En comparaison, la notion de service public occupe de larges pans des ouvrages précités. La police administrative apparaît donc à notre sens comme un angle mort, dans l'enseignement et la recherche en droit administratif.

La dernière de ces causes réside dans les techniques de compensation de cette carence de la doctrine publiciste mises en œuvre par certains auteurs du droit privé pour décrire la réalité de l'encadrement par l'État des activités des particuliers. Pour ainsi dire, cette cause s'analyse comme un report, tout à fait compréhensible, de l'« oubli » de la police administrative et de l'État par les publicistes, dans les travaux des auteurs privatistes. Un tel report semble avoir été entériné à l'issue des débats opposant, au sortir de la seconde guerre mondiale, publicistes et privatistes pour la définition de leurs domaines respectifs. En effet, les applications pratiques de la notion de police en droit public sont littéralement innombrables dans la mesure où elle a pour objet la réglementation de l'activité libre des personnes privées et des personnes publiques agissant comme telles. Une telle ubiquité a pu justifier la tendance à dénier toute appartenance au droit public à l'activité pour l'État consistant à encadrer les activités privées. Une telle position se fonde sur une définition tronquée du domaine du droit public par rapport à celui du droit privé. Cet appauvrissement découle de plusieurs causes. La première provient de ce que, fort logiquement, la tendance à la réduction du droit administratif au seul droit du service public, si elle a entraîné une éclipse relative de l'étude de la notion de police en droit public, reporte une telle carence sur les auteurs de droit privé dans leur considération d'ensemble du droit administratif¹³. La seconde raison de cet appauvrissement provient des difficultés à délimiter une frontière réellement stable entre les domaines du droit public et du droit privé. Dans le cadre de cette opération délicate et controversée, que la délimitation retenue soit large ou restrictive, le domaine de la police se voit relégué par défaut au droit privé. Une telle relégation se déduit assez naturellement d'une conception très limitée de la séparation entre droit public et droit privé. Ainsi, sous couvert d'une « défense du droit privé », le professeur Henri Mazeaud posait comme hypothèse de départ la délimitation suivante entre les domaines respectifs du droit privé et du droit public : « le droit privé règle les rapports des individus entre eux ; le droit public, ceux des individus avec l'État »¹⁴. De cette définition, cet auteur en déduit qu'une réglementation impérative de l'activité des particuliers ne peut que relever du droit privé¹⁵. Or, une telle définition n'est pas rare. De manière

constat similaire, voir également E. Picard, *La notion de police administrative*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXLVI, 1984, pp. 424-425.

10 G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 18 et ss.

11 F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 211-213.

12 K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif*, Economica, 2010.

13 Pour une illustration flagrante, auprès d'un auteur classique en droit privé, voir P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, rééd. Dalloz, 2005, p. 293 : « On étudie sous le nom de droit constitutionnel les règles concernant l'organisation de la puissance publique dans ses éléments les plus élevés (...) ; et sous le nom de droit administratif, les règles relatives aux différents services publics, c'est à dire les rapports qui s'établissent entre les organes moins élevés de la puissance publique, et l'ensemble des sujets ou administrés ».

14 H. Mazeaud, « Défense du droit privé », *Rec. Dalloz*, 1946, Chronique, V, p. 17. Pour une conception comparable en droit public, voir H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, thèse, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 96, 2000, p. 5.

15 H. Mazeaud, *op. cit.*, pp. 17-18 : « En quoi, édicter dans une matière une réglementation impérative, est-ce faire de

plus surprenante, une telle relégation a pu également être effectuée par l'interprétation d'une définition plus compréhensive de la séparation entre droit public et droit privé. Ainsi, la définition proposée par le professeur Jean-Michel Olivier, dans sa thèse consacrée aux sources administratives du droit privé, apparaît-elle *a priori* comme classique¹⁶ et large : « ramenée à ses grandes lignes, la distinction du droit public et du droit privé est, on le sait, traditionnellement formulée comme suit : le droit public régit l'organisation de l'État et des collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les particuliers ; le droit privé régit les rapports des particuliers entre eux »¹⁷. Mais après une critique de cette définition classique, il en propose une interprétation corrective, en proposant d'établir le point de départ entre les deux catégories du droit « par le sujet de droit ou, plus précisément, par la qualité dans laquelle il agit »¹⁸. Il en déduit alors qu'« est ainsi, selon nous, règle de droit privé toute norme qui saisit un individu dans sa vie privée, son activité privée ou dans les relations qu'il entretient avec un autre particulier ; toute norme qui régit ce qu'on peut appeler les droits privés des particuliers. Relèvent au contraire du droit public toutes les normes qui décrivent les structures et règlent les compétences des personnes publiques administratives, collectivités ou établissements publics, qui organisent leurs services et régissent leurs relations avec leurs agents. Relèvent encore certainement du droit public les règles définissant les pouvoirs et les prérogatives dont disposent l'État et les autres personnes publiques à l'encontre des particuliers »¹⁹. Cet auteur privatiste peut alors en déduire qu'une police administrative spéciale aussi anciennement établie en tant que telle que ne l'est le droit de l'urbanisme constitue des « règles de droit privé »²⁰.

Cette première cause, résidant dans un oubli sélectif des fonctions concrètes de l'État, ne fait pour autant pas disparaître la nécessité d'analyser et de décrire les phénomènes d'encadrement par l'État des activités des particuliers. D'où une tendance des auteurs à tenter de compenser ce qu'ils estiment être un vide en mettant en avant de « nouvelles » notions, comme celle de « contrôle »²¹, d'« ordre public économique »²² ou, plus proche de nous, de « régulation ».

Incidentement, cette surdétermination du droit administratif par la notion de service public a eu pour conséquence de faire voir un vide, à combler avec une notion nouvelle comme la régulation, lorsqu'a commencé le processus, improprement nommé, de privatisation ou de déréglementation à la fin des années 1970. En effet, la fin de l'intervention privilégiée de l'État par le mode de la prestation, organisée en monopole, aurait pu conduire à redécouvrir cette modalité classique

cette matière une matière de droit public ? Il s'agissait de relations entre particuliers, relations que les intéressés pouvaient régler à leur guise. Aujourd'hui, ces relations sont définies selon des règles qui sont imposées aux parties. Mais les parties n'ont pas disparu pour autant. (...). Où est le droit public dans tout cela ? Même si le législateur impose à un particulier de passer un contrat avec une autre personne, il ne fait que rendre obligatoires des rapports entre particuliers, édicter des obligations légales, faussement alors qualifiées contractuelles, mais la question reste de droit privé ».

16 A peu de choses près, elle reprend en effet celle établie par Charles Eisenmann dans son article « Droit public et droit privé », *RDJ*, 1952, p. 964.

17 J.-M. Olivier, *Les sources administratives du droit privé*, tome I, thèse, Paris II, 1981, p. 72.

18 J.-M. Olivier, *op. cit.*, p. 85.

19 J.-M. Olivier, *op. cit.*, pp. 85-86.

20 J.-M. Olivier, *op. cit.*, p. 87 : « dans la mesure, en effet, où ces diverses législations viennent régir l'activité privée, limiter ou supprimer certains droits « privés » des particuliers, soit en mettant en échec le droit de ne pas aliéner ou celui d'aliéner un bien à qui l'on veut, soit en soumettant à autorisation le droit de construire, elles sont règles de droit privé ».

21 A. Demichel, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome XXIX, 1960.

22 G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome XXXIV, 1963.

d'intervention, policière, qui est l'encadrement et non la substitution de la liberté²³. Le professeur Jacques Chevallier décrit ainsi le passage, à partir de la fin des années 1970, « de l'État opérateur à l'État régulateur »²⁴. Or, ce phénomène de déréglementation ou de privatisation est bien mal nommé car il ne conduit pas à un désinvestissement de l'État dans l'encadrement des activités des particuliers, seulement à une diminution apparente de son rôle. Après l'âge d'or du service public, ce processus aurait du être caractérisé comme un nouvel âge d'or de la police administrative ou plutôt des polices administratives spéciales car il s'analyse en un déclin de la fonction de prestation de l'État, reportée sur un encadrement de l'activité des particuliers. Il y a alors passage d'une liberté confisquée par l'État pour la réalisation de certaines activités autrefois considérées comme devant être organisées en service public et/ou en monopole, à une liberté encadrée par l'État, dans le cadre de la police²⁵.

La seconde raison, plus conjoncturelle, à cette concurrence de la notion de police en droit public par celle de régulation est que l'incommunicabilité relative de cette première notion s'est heurtée à la demande de clarification conceptuelle en la matière lorsqu'il a été question en France, autour des années 1980, d'appliquer une politique de déréglementation. Un tel processus d'explication et d'explicitation des enjeux et des fonctions de la notion de police administrative a été effectué trop tardivement par rapport au phénomène même de déréglementation, traduisant lui même une internationalisation et une complexification du droit. A notre sens, il semble alors s'être produit une fracture entre d'une part les analyses particulièrement complètes et précises des professeurs Picard²⁶ et Maillard Desgrées du Lou²⁷ des applications de la notion de police en droit public et, d'autre part, les analyses de la doctrine de l'époque relatives aux évolutions du droit positif. En effet, une diffusion plus large des analyses des deux auteurs susvisés aurait très vraisemblablement permis d'intégrer les nouveautés plus apparentes que réelles du concept de police administrative dans le giron de leurs théories générales. Au lieu de cela, ces nouveautés ont été regroupées sous le concept de régulation et, en pratique, disjointes de la notion de police administrative. Ces novations attribuées attribuées à tort à la régulation ne sont en fait que les formes modernisées de la police et « la régulation n'en est qu'une forme renouvelée, une déclinaison »²⁸.

La présente étude vise donc à revenir aux sources de la notion de police administrative spéciale afin d'en éclairer la fonction réelle, à savoir une fonction disciplinaire des libertés (I). L'utilité d'une telle démarche tient dans la réhabilitation d'une notion au potentiel explicatif sous-exploité, en lieu et place du terme, moins précis, de régulation (II).

23 Nous employons le terme de substitution pour décrire les relations entre service public et liberté seulement pour faire ressortir la différence entre cette notion et la police administrative. Les relations entre service public et liberté sont bien plus complexes et riches que cela, comme l'illustre l'ouvrage suivant : C. Boyer-Cappelle, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Limoges, 2009.

24 J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2008, p. 59.

25 J. Chevallier, *op. cit.*, p. 62 : « La régulation se distingue des modes classique d'intervention de l'État dans l'économie : elle consiste à superviser le jeu économique, en établissant certaines règles et en intervenant de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble ; par la régulation, l'État ne se pose donc plus en acteur mais en arbitre du jeu économique, en se bornant à encadrer le jeu des opérateurs et en s'efforçant d'harmoniser leurs actions ».

26 E. Picard, *La notion de police administrative*, 2 volumes, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXLVI, 1984.

27 D. Maillard Desgrées du Lou, *Police générale, polices spéciales (Recherche sur la spécificité des polices générale et spéciale)*, 2 volumes, thèse, Rennes, 1988.

28 C. Isidoro, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 242, 2006, p. 421.

I/ La police administrative spéciale, procédé de concrétisation des libertés

La police administrative spéciale ne constitue qu'une variante de la notion, très riche, de police. Cette dernière ne se réduit pas à ses formes les plus connues en droit public mais présente une fonction plus large, qui doit être éclaircie par le prisme de la science politique : discipliner la liberté pour la rendre vivable dans une société donnée (A). La notion de police administrative spéciale en sort alors toute revivifiée, pouvant dans ce cadre être considéré comme l'envers des libertés publiques (B).

A/ L'objet de la police : la réalisation concrète de la liberté

Cette fonction de concrétisation de l'idée de liberté se déduit de la convergence observable entre certaines approches politistes et publicistes de la notion de police²⁹. Dans une première acception, le recours à la science politique met en évidence la fonction disciplinaire de la notion de police dans le cadre d'une politique libérale : la liberté est une idée trop fragile pour pouvoir se réaliser par sa seule énonciation, dans une norme statutaire ; son énoncé doit être en permanence adapté et ajusté à la réalité par ce procédé disciplinaire qu'est la police (1). Dans une deuxième acception, le recours à une analyse de la notion de police effectuée sous l'angle du droit public contemporain confirme et inscrit dans le discours juridique contemporain cette fonction (2).

1) Sous l'angle de la science-politique : la police comme discipline du libéralisme

Le terme de police vient du grec *Politeia* et servait, à l'origine, pour désigner l'intégralité du gouvernement de la Cité. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il est initialement perçu et c'est la signification qu'il a lorsqu'il est utilisé par les contemporains de Nicolas Delamare au XVIII^{ème} siècle et avant³⁰. Selon cette « acception traditionnelle », la Police constitue une « première appellation du Droit administratif »³¹. Mais le terme de police a vu l'objet de sa désignation se restreindre progressivement, pour finir par désigner quelque chose de différent. Déterminer la raison de cette restriction est l'un des objets des auteurs s'attachant à l'étude de la généalogie de la police en France, des sciences camérales en Allemagne³².

Dans le cadre d'une société libérale, la notion unitaire de police déduite par ces auteurs forme

29 Opérer une distinction entre approches politistes et publicistes de la notion de police comporte une part importante d'artifice, surtout pour la première, dans laquelle le va et vient entre les concepts et idées politiques et leurs manifestations pratiques, en droit privé, de l'UE ou du commerce international, est incessant. Il n'est utilisé que pour la clarté de l'exposé.

30 P. Napoli, *Naissance de la police moderne*, La Découverte, 2003, p. 8 : « Delamare, auteur du monumental *Traité de la police*, avait repéré trois significations du mot « police » : gouvernement général des États (monarchie, aristocratie, démocratie) ; gouvernement de chaque État en particulier (police civile, militaire, ecclésiastique) ; et enfin, dans l'acception la plus restreinte et courante, l'ordre public de chaque ville ». Pour d'autres variantes proposées par d'autres auteurs, voir dans ce même ouvrage p. 20 et ss.

31 P. Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, p. 249.

32 Sur ces deux questions, voir de manière générale l'ouvrage précité de Paolo Napoli.

un couple irréductible avec l'idée de liberté. Elle constitue alors, dans une approche davantage politique et historique que juridique, l'indispensable procédé disciplinaire de toute entreprise de libéralisation. Sous cet éclairage particulier, cette fonction est décrite comme trouvant son origine à la charnière entre le Bas-Moyen-âge et la Renaissance. La police apparaît alors comme le procédé étatique d'accompagnement non pas de la liberté mais du libéralisme. En effet, « la liberté dans le régime du libéralisme n'est pas une donnée (...). La liberté, c'est quelque chose qui se fabrique à chaque instant. Le libéralisme, ce n'est pas ce qui accepte la liberté. Le libéralisme, c'est ce qui se propose de la fabriquer à chaque instant, de la susciter et de la produire avec bien entendu tout l'ensemble de contraintes, de problèmes de coût que pose cette fabrication »³³. Dans cette optique, un processus de libéralisation doit être compris comme un processus qui « implique en son cœur un rapport de production destruction avec la liberté. Il faut d'une main produire la liberté, mais ce geste même implique que, de l'autre, on établisse des limitations, des contrôles, des coercitions, des obligations appuyées sur des menaces etc »³⁴. Cette problématique est ainsi mise en évidence par Michel Foucault, lorsqu'il évoque notamment l'évolution de l'aménagement des villes françaises au XVIII^{ème} siècle. L'objectif était alors de modifier l'aménagement de villes sortant du Moyen-âge. Cette période d'insécurité sur ce qui allait devenir des territoires nationaux pacifiés imposait une protection des villes à l'égard de l'extérieur. Cette protection se trouvait matérialisée par des remparts. Par ailleurs, de manière générale, ces villes étaient traversées de voies tortueuses peu propices à une circulation fluide des échanges. A partir du XVIII^{ème} siècle, l'optique de stimulation du commerce intérieur imposait de rationaliser les voies de circulation internes à ces villes et de supprimer les remparts afin de favoriser les échanges des échanges fluides avec le reste du Royaume³⁵.

Mais il ne suffisait pas d'abattre ces remparts et d'aménager des voies de circulation urbaine spacieuses pour stimuler le commerce. Il fallait également produire d'une autre façon les conditions de la confiance, nécessaire à l'échange marchand. En effet, l'abolition des frontières intérieures aboutissait à la destruction des procédures locales de création de la confiance nécessaire aux relations de commerce : dans une ville ceinte de murs, une certaine connaissance minimale de l'identité des personnes était assurée par la proximité et la faible circulation avec l'extérieur. Les procédés de police créent de nouvelles procédures et institutions permettant de créer une telle confiance sur une plus large échelle territoriale. La question est alors celle du passage d'un commerce essentiellement tourné vers une communauté à son ouverture au monde extérieur, c'est à dire à la constitution pérenne d'un commerce qui deviendra international. Cette vision est encore d'actualité, pour certains auteurs contemporains pour qui, « schématiquement, les besoins du commerce international s'expriment en terme de liberté et de sécurité »³⁶. Ces préoccupations, prégnantes dans l'ordre international, ne diffèrent en rien à ce degré de généralité de celles à l'œuvre dans l'ordre interne. La liberté nécessaire au commerce ne saurait être effective sans la sécurité matérielle, juridique et des échanges assurée par l'État.

33 M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil, 2004, p. 66.

34 M. Foucault, *op. cit.*, p. 65.

35 M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Gallimard-Seuil, 2004, p. 19: Prenant comme exemple les projets relatifs à la ville de Nantes, il met en exergue le projet emblématique et « bien charmant » d'un architecte « du nom de Rousseau et qui avait l'idée de reconstruire Nantes autour d'une sorte de boulevard promenade qui aurait la forme d'un cœur. Oui, il rêve, mais ça a tout de même une importance. On voit bien que le problème c'était la circulation, c'est à dire que, pour que la ville soit un agent parfait de circulation, il fallait que ça ait la forme d'un cœur qui assure la circulation du sang ».

36 J.-B. Racine et F. Siirainen, *Droit du commerce international*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2011, p. 6.

Cette entreprise de production de la liberté par des procédés de police n'est pas spécifique à la libéralisation des échanges dans le cadre du territoire français au XVIII^{ème} siècle. Elle apparaît comme une relation nécessaire à tout procédé de libéralisation et, à cet égard, sans que nous en ayons forcément conscience, la police est d'abord « une invention française et un produit d'exportation »³⁷. Ce lien spécifique et indissoluble entre libéralisme et police se retrouve donc fort logiquement dans le cadre de l'accompagnement juridique de ce que nous appelons la mondialisation. Un exemple peut en être donné dans le cadre de la construction européenne. Sous l'angle du droit de l'UE, une telle fonction est nettement perceptible, sans toutefois être dénommée comme telle. Ainsi, la création d'un marché intérieur dépourvu de frontières régionales internes entraîne alors la nécessité de ce que le vocabulaire du droit communautaire appellera trois siècles plus tard des « mesures de compensation »³⁸, qui ne visent concrètement qu'à « permettre la surveillance, dès lors que la suppression des murailles rendue nécessaire par le développement économique faisait qu'on ne pouvait plus fermer les villes le soir ou surveiller exactement les allées et venues pendant la journée, et par conséquent l'insécurité des villes était accrue (...). Autrement dit, il s'agissait d'organiser la circulation, d'éliminer ce qui était dangereux, de faire le partage entre la bonne et la mauvaise circulation »³⁹. La disparition physique des garanties constituées dans l'espace communautaire par les contrôles aux frontières intérieures a entraîné la nécessité pour l'UE de prévoir des « mesures compensatoires qui tiennent en un développement poussé de la coopération judiciaire, douanière et policière »⁴⁰. Au titre de ces mesures compensatoires se trouve notamment la généralisation des procédés biométriques pour les contrôles d'identité. Il ne s'agit alors que d'une actualisation du but recherché par les auteurs du décret du décret du 6 fructidor an II, en renforçant à des fins de police le principe de l'immutabilité patronymique en en inscrivant le principe jusque dans le corps même de l'individu. Alors qu'auparavant il pouvait être encore concevable de changer d'identité par la grâce de faux papiers, l'établissement d'une correspondance entre le patronyme et les caractéristiques biologiques de la personne apporte une sécurité *a priori* absolue à un procédé de libéralisation européen particulièrement abouti.

Ainsi, quelle qu'en soit l'époque et l'échelle territoriale, la production de liberté qui caractérise le libéralisme implique son accompagnement par des procédés policiers aptes à la produire de manière concrète. Parti de la science-politique, un tel constat a pu trouver en droit public un soutien et un prolongement doctrinal.

37 H. L'Heuillet, « La généalogie de la police », *Cultures & Conflits*, n°48, hiver 2002, p. 111.

38 Une telle corrélation a été mise en évidence en ce qui concerne tant la réalisation du Marché intérieur que celle des accords de Schengen et ses emblématiques mesures de compensation. Voir notamment, d'une part, J. Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *RDP*, 1987, p. 285 : « la déréglementation est souvent assortie d'un mouvement compensatoire de re-réglementation, qui réduit d'autant son impact concret : le retour aux disciplines du marché est ainsi généralement accompagné d'une réglementation plus stricte de la concurrence, destinée à éviter les possibles dérapages ou distorsions » ; d'autre part, C. Guerrier, « Les cartes d'identité et la biométrie: l'enjeu sécuritaire », *CCE*, mai 2004, p. 20: « Pour pallier les inconvénients du libéralisme des accords de Schengen et la non-justification de la nationalité des personnes physiques, se mettent en place une coopération intereuropéenne et le système d'information de Schengen » et « ainsi, Schengen, basé sur le principe de libre circulation, et sur la suppression du justificatif de nationalité aboutit, à travers le SIS, à un système centralisé qui peut poser problème en terme de respect de la vie privée ».

39 M. Foucault, *op. cit.*, p. 20.

40 F. Stirling-Belin, « Traçabilité, liberté de circulation et Union européenne », *RRJ*, 2005-1, p. 415.

2) Sous l'angle du droit public : la police comme institution primaire de l'ordre libéral

Une notion unitaire de la police ne saurait se concevoir à partir des définitions employées en droit administratif, qui n'en constituent que des déclinaisons particulières. Comme l'observe le professeur Étienne Picard, « la police n'apparaît plus comme une notion propre à la « fonction administrative » qu'il faudrait situer à l'intérieur de cette seule fonction et identifier au moyen des seules catégories que celle-ci véhicule: la police n'est nullement une forme de la fonction administrative: c'est en partie le contraire. Il apparaît donc que l'erreur méthodologique la plus radicale – bien que la plus communément répandue – consiste, à propos de la police, à vouloir saisir cette notion en la confondant avec sa forme administrative (ou pire, municipale) et en cherchant plus ou moins implicitement à extrapoler, de cette dernière, ses autres formes, législative et judiciaire »⁴¹.

Il en résulte que la fonction de police, tout en conservant son essence, ne passe pas nécessairement par les formes auxquelles se trouvent accoutumés les auteurs et praticiens du droit administratif interne. Elle se caractérise par une unité transcendant les diverses frontières disciplinaires, ce qui est logique dans la mesure où l'activité libre qu'elle régit, bien que tout aussi segmentée par les mêmes disciplines, forme elle-même à la base, pour tout non juriste ainsi que pour le législateur confronté à la question de sa réglementation, un ensemble cohérent et unitaire. Ainsi, l'activité de libre concurrence n'est pas réductible aux procédés spécifiques déployés dans chaque discipline pour la réglementer. Le législateur, lorsqu'il institue une police spéciale, ne distingue pas dans le texte de loi les dispositions relevant du droit administratif, du droit international public, privé... Lorsque les auteurs et praticiens de ces différentes disciplines constatent, pour une même activité, l'existence de procédés limitant l'exercice d'une liberté en vue de pérenniser son exercice, ils ne font qu'observer les différents aspects d'une même fonction de police.

La fonction de la police se trouve dépeinte, en des termes qui peuvent varier, dans les écrits s'inspirant de la théorie institutionnaliste de Maurice Hauriou⁴² ainsi que, certes de manière plus réduite, dans ceux de Léon Duguit.

Dans le cadre de cette première approche, « l'unité conceptuelle de toutes les formes et de tous les procédés de la police réside dans leur appartenance commune à la notion de fonction de protection de l'institution primaire libérale »⁴³. Ce procédé vise à préserver le droit tel qu'il est énoncé de ses propres imperfections et de ses éventuelles implications néfastes pour le principe même qui est posé. Ainsi, elle peut s'analyser comme « le « substitut fonctionnel » d'un système statique, d'une organisation instituée pour être une structure stable mais portant néanmoins en elle ce moyen de faire face à ses imperfections, à ses dérèglements et à ses crises. La police consiste donc à entreprendre tout ce qui, dans la conscience collective ou pour les organes chargés de l'interpréter, se révèle indispensable à la protection de l'ordre institutionnel ; elle est la part

41 E. Picard, *op. cit.*, p. 528. Pour une formulation différente et plus récente, voir, du même auteur, « Rapport de synthèse », in C. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 251 : « il ne faut pas commencer par considérer la seule police administrative, pour elle-même ou en elle-même : il importe d'abord de bien voir qu'elle n'est qu'une forme particulière d'une fonction plus générale de la puissance publique : il faut donc la saisir en tant qu'elle est une « police », et prendre conscience que ce qu'il y a de plus déterminant en elle, dans un premier temps, n'est pas son épithète, mais son substantif : que l'important n'est pas qu'elle soit « administrative », mais bien qu'elle soit une « police » ».

42 M. Hauriou, « L'Institution et le droit statutaire », in Recueil de Législation de Toulouse, 2^{ème} série, T. 11, 1906, pp. 134-182.

43 E. Picard, *op. cit.*, p. 529.

conçue au nécessaire, mais elle se limite à cela ». Le professeur Étienne Picard en déduit alors que « la police tire tous ses caractères de son fondement, et [que] celui-ci réside dans l'incapacité de l'ordre statutaire à se protéger lui-même parfaitement »⁴⁴.

Le résultat de l'analyse institutionnaliste se retrouve au fond, quoiqu'exprimé en des termes différents, dans l'œuvre de Léon Duguit. En effet, ce dernier isole deux composantes caractéristiques de la loi, la composante normative qui énonce la règle et la composante constructive qui tend à rendre cette règle effective⁴⁵. Une loi n'énonçant qu'un principe apparaît alors comme une variété de ce « que les interprètes du droit romain qualifient de *leges imperfectae* »⁴⁶, soit une loi imparfaite. Léon Duguit définit plus particulièrement cette partie constructive des lois comme « des dispositions artificielles en ce sens qu'elles sont une création du législateur »⁴⁷. Il limite leur domaine d'intervention à trois grands domaines : « 1° Les règles d'après lesquelles les titulaires d'un pouvoir objectif peuvent intervenir pour exercer ce pouvoir et créer dans les limites de ce pouvoir une situation juridique subjective, que les titulaires de ce pouvoir objectif soient de simples particuliers, qu'ils soient les gouvernants ou leurs agents ; 2° les règles suivant lesquelles particulièrement les agents de l'État, et notamment les agents de juridiction, doivent statuer sur les espèces qui leur sont soumises ; 3° les règles suivant lesquelles la force publique devra intervenir pour assurer la réalisation, par la contrainte, de l'effet voulu et reconnu légitimement voulu »⁴⁸. Ainsi, il esquisse, quoique de manière plus large que Maurice Hauriou, la fonction disciplinaire des procédés de police, dont la fonction ne peut être décrite que comme constructive et non impérative, pour employer ses termes.

Mais en dépit de la diversité de ces formulations, la fonction du procédé de police reste la même, en constituant historiquement l'institution disciplinaire de tous les aspects⁴⁹ et développements⁵⁰ du libéralisme. Pour autant, c'est essentiellement le libéralisme économique qui a suscité un tel développement et de la production de liberté, et de diversification et de multiplication des procédés policiers⁵¹. Cela explique la proximité sémantique des termes utilisés

44 E. Picard, *op. cit.*, p. 506.

45 L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003, pp. 542-543 : « nous rappelons que la loi n'est pas seulement une opération intellectuelle de la part du gouvernant, qu'elle est aussi un acte de volonté : le gouvernant non seulement constate le droit objectif, mais il veut qu'il soit appliqué. Ce n'est pas cet acte de volonté qui le rend obligatoire ; mais l'acte de volonté n'en existe pas moins. La loi n'est pas seulement une manifestation volontaire des gouvernants. D'autre part, il arrive souvent, le plus souvent même, que dans la loi positive le gouvernant ne se borne pas à constater une règle de droit et à en vouloir l'application, il prend en outre des mesures, il construit un système pour assurer dans la mesure du possible l'obéissance à la loi, en organisant des moyens destinés à en prévenir et à en réprimer la violation. Il y a ainsi, dans la plupart des lois positives, une série de dispositions, qui ne sont plus la constatation d'une règle de droit, mais qui ont pour but d'organiser les mesures propres à assurer l'application de la loi. Nous appellerons cette partie de la loi, à défaut d'autre nom, la partie constructive de la loi, par opposition à la partie de la loi, qui se borne à constater implicitement ou expressément la règle de droit impérative, que nous appellerons la partie normative de la loi ou simplement la norme ».

46 L. Duguit, *op. cit.*, p. 544.

47 L. Duguit, *op. cit.*, p. 560.

48 L. Duguit, *op. cit.*, p. 560.

49 Nous envisageons sous ce terme le libéralisme politique et économique.

50 Nous envisageons sous ce terme le libéralisme classique et le néo-libéralisme.

51 Si le libéralisme économique semble être le premier moteur du développement de la police, le libéralisme politique, via la subjectivisation du droit opérée par le renouveau des droits et libertés fondamentales depuis l'après guerre, semble prendre le relais. Cette fonction de concrétisation des droits et libertés fondamentales par la police administrative n'a pas échappé à la doctrine. Voir ainsi X. Dupré de Boulois, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 183. Voir également E. Picard, « Rapport de synthèse », in C. Vautrot-Schwarz (dir.), *La police administrative*, PUF, 2014, p. 292.

respectivement par Étienne Picard et Michel Foucault pour décrire, dans deux disciplines différentes, cet objet similaire qu'est la police en terme de discipline.

Si pour le premier il ne s'agit que d'utiliser la terminologie simple et claire élaborée par Maurice Hauriou dans le cadre de sa théorie de l'institution, le second donne de la notion de discipline une définition qui n'est pas sans évoquer, de façon troublante, les buts et les procédés de la police administrative. En effet, Michel Foucault définit la discipline comme « le procédé technique unitaire par lequel la force du corps est aux moindres frais réduite comme « force politique », et maximalisée comme force utile »⁵². Il explicite cette notion comme suit : « D'une façon globale, on peut dire que les disciplines sont des techniques pour assurer l'ordonnance des multiplicités humaines. Il est vrai qu'il n'y a là rien d'exceptionnel, ni même de caractéristique: à tout système de pouvoir se pose le même problème. Mais le propre des disciplines, c'est qu'elles tentent de définir à l'égard des multiplicités une tactique du pouvoir qui réponde à trois critères: rendre l'exercice du pouvoir le moins coûteux possible (économiquement, par la faible dépense qu'il entraîne; politiquement, par sa discrétion, sa faible extériorisation, sa relative invisibilité, le peu de résistance qu'il suscite); faire que les effets de ce pouvoir social soient portés à leur maximum d'intensité et étendus aussi loin que possible, sans échec, ni lacune; lier enfin cette croissance « économique » du pouvoir et le rendement des appareils à l'intérieur desquels il s'exerce (que ce soient les appareils pédagogiques, militaires, industriels, médicaux), bref faire croître à la fois la docilité et l'utilité de tous les éléments du système »⁵³. Dans les mots de Michel Foucault, la police apparaît alors comme un procédé d'exécution de choix politiques régissant des sociétés humaines dans une optique d'efficacité de l'action publique. De tels objectifs ne sont alors pas sans évoquer des contraintes et des valeurs pesant, en droit public, de manière apparemment intemporelle, sur l'action des personnes publiques.

Ces deux façons de conceptualiser la notion de police visent donc toutes à protéger un équilibre, un ordre. Celui-ci n'est donc pas forcément libéral et dépend intimement de la doctrine dominante en matière politique et économique. L'existence d'un contexte historique favorable au libéralisme en France avant le XIX^{ème} siècle permet ainsi d'affirmer que la police constitue, dans ce cas précis, l'institution disciplinaire d'un ordre considéré dans l'ensemble comme libéral. Le renforcement et l'accélération - pas toujours linéaire, loin s'en faut - de cette tendance au XIX^{ème} explique le caractère très daté de ce raffinement de la notion de police que sont les polices administratives spéciales.

B/ L'objet des polices administratives spéciales : la consécration et l'aménagement de libertés spécifiques

Le caractère daté de la notion de police administrative spéciale est lié à son contexte d'élaboration doctrinale : à la fin du XIX^{ème} siècle, les évolutions du droit rendaient nécessaire l'élaboration de ce concept pour rendre compte des inflexions de la notion de police administrative générale (1). Ce caractère situé dans un certain contexte explique la spécificité, souvent mal perçue, de la notion de police administrative spéciale : elle constitue l'envers de la notion de liberté publique (2).

52 M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2007, p. 258.

53 M. Foucault, *op. cit.*, p. 254.

1) La police administrative spéciale, élément daté de la notion de police administrative

La police administrative générale a pour but « la conservation de l'ordre public général, à l'occasion des activités humaines »⁵⁴. Une police administrative spéciale vise à protéger un ordre public spécial, autrement dit à « établir *a priori* des règles d'action ou de comportement qui ne respectent pas forcément ce que le libre jeu des activités enseignerait »⁵⁵. La différence essentielle entre ces deux notions tient à leur efficacité prévisible. Le législateur ne définit un ordre public spécial et ne lui adjoint une police administrative spéciale que lorsqu'il pressent avant l'expérience que l'équilibre qu'il définit ne saurait être effectivement atteint si sa réalisation dépendait du libre jeu de l'autonomie de la volonté⁵⁶.

Cette carence du binôme ordre public général/police administrative générale à protéger efficacement cet intérêt se justifie tout d'abord par la limitation des pouvoirs de police générale résultant d'une définition restrictive de l'ordre public ; toutes les questions en la matière ne pouvant être rattachées à la sécurité, à la salubrité, au bon ordre, au respect de la moralité publique et de la dignité de la personne humaine.

Une protection effective des intérêts les plus divers que recouvre l'intérêt général peut nécessiter des mesures plus sévères que celles qui pourraient être prescrites par les autorités de police générale au titre du maintien de l'ordre public⁵⁷. De manière générale, le recours à un ordre public spécial constitue une aggravation des prescriptions éventuelles de l'ordre public général, aggravation justifiée par la nécessité de protéger l'institution primaire libérale sur des thématiques précises et/ou techniques. Cette aggravation se traduit globalement par des restrictions accrues à la liberté de la personne faisant l'objet d'un contrôle de police administrative. Afin de limiter ces atteintes à la liberté et de restreindre autant que possible la part d'arbitraire de l'autorité de police spéciale, favorisé par la jouissance de pouvoirs de contrainte inhabituellement sévères, les textes instaurant des polices administratives spéciales sont particulièrement détaillés. Cette précision textuelle et technique trouve donc sa justification dans la volonté de prévenir tout risque d'arbitraire de la part de l'autorité de police spéciale dans les restrictions dont elle peut assortir la liberté⁵⁸.

54 D. Maillard Desgrées du Lou, *Police générale, polices spéciales (Recherche sur la spécificité des polices générale et spéciale)*, thèse, Rennes, 1988, p. 125.

55 D. Maillard Desgrées du Lou, *op. cit.*, p. 126.

56 E. Picard, *op. cit.*, p. 570: « Il y a donc lieu – éventuellement – à la création d'un ordre public spécial ou à habilitation expresse, lorsque celle produite par l'ordre public général est jugée, par les autorités compétentes pour en décider, ne pas convenir aux nécessités de la protection de l'ordre institutionnel ».

57 E. Picard, *op. cit.*, p. 572: « L'habilitation expresse est donc susceptible d'aggraver l'objet de la mesure: là où l'autorité de police générale ne pourrait que réglementer, soumettre telle activité à une simple déclaration préalable ou ne l'interdire que très partiellement, l'ordre public spécial permettra à l'autorité compétente de délivrer une autorisation préalable, d'interdire totalement ou d'enjoindre une obligation positive dont le seul ordre public général ne saurait, compte tenu des circonstances, constituer le fondement ». Voir l'exemple cité p. 573, note n° 32: « Le maire peut, sur la base de ses pouvoirs propres, réglementer certaines activités dangereuses pour la salubrité; mais l'ordre public général communal ne lui confère pas assez de pouvoir pour réglementer les établissements industriels ou commerciaux comme l'a fait la loi du 19 décembre 1917 sur les établissements classés, puis la loi du 19 juillet 1976 sur les installations classées ».

58 E. Picard, *op. cit.*, p. 573: « Dans la mesure où les termes de l'équilibre ou de l'adéquation sont déplacés au profit de l'ordre institutionnel et au détriment de la liberté du destinataire, il y a toutes les raisons pour que le texte spécial prenne certaines précautions destinées à parer aux risques d'arbitraire: le texte est donc en général détaillé.

La différence entre les deux formes de la police administrative peut également être perçue par l'opposition entre le caractère normal de l'existence de la police administrative générale⁵⁹, et le caractère *a priori* plus exceptionnel des polices administratives spéciales⁶⁰, qui s'explique par l'atteinte plus importante portée aux libertés. Cette différence est également mise en exergue à travers les qualificatifs impressionniste/méthodique. La police administrative générale apparaît ainsi dans la thèse du professeur François Jongen comme une œuvre de correction par des mesures de réglementation du principe de liberté petites et localisées : « la police administrative recouvre l'ensemble des interventions ponctuelles mues par ou à l'initiative de l'autorité administrative compétente aux fins de garantir le fonctionnement harmonieux et conforme à l'intérêt général d'une activité sociale »⁶¹. Dans cette définition, l'auteur belge attache une grande importance au terme « ponctuelles », dont il estime qu'il a deux implications précises sur la notion de police : « D'abord, les interventions de police restent l'exception dans un régime juridique où la liberté de l'activité sociale considérée est la règle : ce n'est que là où le risque existe de voir la liberté des uns nuire à celle des autres que l'autorité de police interviendra. Ensuite, les interventions de police se caractérisent par leur caractère appliqué : alors que le législateur prend des normes qui s'appliquent en principe de façon générale à un nombre indéterminé de destinataires, les interventions de police, même quand elles prennent la forme d'une mesure apparemment générale (règlement plutôt que décision individuelle), visent avant tout à rencontrer un problème précis et, éventuellement, à en éviter le renouvellement »⁶².

La considération conjointe de ces deux modes de distinction des formes de la police administrative permet de retenir pour les distinguer le terme de « police d'improvisation » pour désigner la police administrative générale et celle de « police d'organisation » pour qualifier les polices administratives spéciales⁶³.

S'il est établi que les polices administratives spéciales préexistaient au XIX^{ème} siècle⁶⁴, force est toutefois de constater une augmentation sensible de leur nombre à partir de la deuxième moitié de ce siècle⁶⁵. La raison en est à titre essentiel l'évolution dans la conception de leur objet même :

Mais si la nature des motifs de fait à prendre en considération est telle qu'ils ne se laissent pas facilement enfermer dans des catégories *a priori* et abstraites des motifs de droit, le texte ne sera pas très précis ».

59 D. Maillard Desgrées du Lou, *op. cit.*, p. 5 : « La police générale est cette police qui ressortit naturellement à la compétence des autorités exécutives, car il n'est pas de vie sociale harmonieuse possible ni d'usage paisible de la liberté sans ordre public ».

60 D. Maillard Desgrées du Lou, *op. cit.*, p. 9 : « Les polices spéciales, quant à elles, vont apparaître approximativement d'abord comme un moyen de suppléer les insuffisances de la police générale. (...) Là où une nécessité d'évidence imposait l'institution d'une police générale, la support de la loi est apparu nécessaire pour instituer des compétences d'ordre public d'un autre type ».

61 F. Jongen, *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, thèse, Bruylant, 1994, p. 50.

62 F. Jongen, *op. cit.*, p. 50.

63 G. Gaillard, *Les polices spéciales en droit administratif*, thèse, Grenoble, 1977, p. 107 : « Il résulte de tout ce qui précède, que loin d'être, à l'instar des polices générales, de simples polices d'improvisation, les polices spéciales sont de véritables polices d'organisation. Elles dégagent les règles d'une harmonie future beaucoup plus qu'elles ne remédient à une harmonie rompue ».

64 P. Livet, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974, p. 50 : « La poursuite de l'intérêt général s'exerce en de multiples domaines, qui concernent l'ensemble des libertés : de tout temps ont existé de nombreuses polices spéciales dont le but n'était pas précisément la protection de l'ordre public traditionnel ; c'est le cas de la police des cours d'eau, ou encore de la police de la construction ».

65 Pour en avoir une idée, voir le recensement effectué à la fin de la thèse suivante : M.-F. Delhoste, *Les polices administratives spéciales et le principe d'indépendance des législations*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 214, 2001.

la conception de la liberté. Comme le remarque Gilbert Gaillard dans sa thèse, « contrairement aux polices générales, les polices spéciales ne se contentent plus du caractère négatif et traditionnel d'absence de désordre (...) ; elles répondent à une obligation positive : l'organisation fonctionnelle des libertés (...) face aux exigences accrues d'un ordre public étendu »⁶⁶.

Ce constat implique de dépasser le seul cadre du droit administratif pour expliquer cette évolution de la notion de police administrative spéciale. En effet, le motif de cette évolution est politique et non juridique, et tient à « l'invention du social »⁶⁷ au XIX^{ème} siècle. Le solidarisme qui, en France, en est issu, s'efforce de rechercher la synthèse entre un régime démocratique et un régime libéral⁶⁸. C'est cet effort de synthèse qui, depuis le milieu du XIX^{ème} siècle, est à l'origine de la multiplication des polices administratives spéciales dans notre ordre juridique. Elles constituent pour ainsi dire la manifestation proprement juridique d'un « solidarisme législatif ».

Le législateur cherchait alors à corriger et compléter les clauses du contrat social. Ce dernier ne pouvait se limiter au seul ordre public classique car il était insuffisant à prévenir utilement les abus de liberté. De tels abus étaient d'autant plus ressentis comme tels que le progrès technologique et économique permettait une concentration de moyens apte à fausser en fait et non en droit le jeu de l'autonomie de la volonté. Le professeur George Burdeau a ainsi résumé cette inflexion du libéralisme : « Faisant davantage confiance à l'individu qu'à l'aménagement volontaire des mécanismes sociaux, l'optimisme libéral se fondait sur la conviction que la société ne pouvait mieux remplir ses fins qu'en assurant la plus large autonomie aux activités industrielles. Une représentation étriquée du but social procédait de cette croyance, et une réglementation limitée devait, pensait-on, suffire à atteindre ce but. Or, les faits ont apporté un démenti à cette confiance... D'où la croyance nouvelle qui s'est progressivement imposée à partir du dernier tiers du XIX^{ème} siècle, et selon laquelle l'accomplissement du but social postulait l'intervention du pouvoir par l'entremise de la multiplication des règlement de droits. La société allait être désormais prise en charge par la politique dont les vues quant à la finalité sociale s'exprimeraient par une réglementation toujours plus développée »⁶⁹. La police administrative spéciale constitue donc un instrument daté en ce que son développement est concomitant de l'apparition, grâce au progrès technologique, de nouvelles libertés dont un exercice non encadré pourrait prévisiblement s'avérer néfaste pour la société⁷⁰.

Cette préférence donnée à la police administrative spéciale est ainsi directement liée à l'évolution non seulement de la société par le progrès social et technologique⁷¹, mais également à celle du rôle de l'État à partir du milieu du XIX^{ème} siècle. A cet égard, Pierre Livet considère qu'à l'État gendarme correspond une défense de l'ordre public général par la police administrative générale, tandis que le développement de l'État Providence caractériserait l'essor des polices spéciales⁷². Cette analyse rencontre certes des limites⁷³, ne serait-ce que parce qu'il existe des polices administratives spéciales antérieures à la construction de l'État Providence et ne serait-ce que parce que cette forme de gouvernement qu'est l'État providence n'est pas apparu d'un coup

66 G. Gaillard, *op. cit.*, p. 101.

67 J. Donzelot, *L'invention du social*, Seuil, 1994.

68 J. Donzelot, *op. cit.*, p. 73 et ss.

69 G. Burdeau, *Traité de science politique*, Tome I, 3^{ème} édition, LGDJ, 1980, p. 277.

70 M.-F. Delhoste, *op. cit.*, p. 11 : « La spécificité d'une police administrative répond à la spécificité d'un domaine de la vie sociale et satisfait à l'exigence d'adaptabilité de l'activité normative au mouvement de transformation des sociétés humaines ».

71 M.-F. Delhoste, *op. cit.*, p. 16 : « L'histoire des polices administratives spéciales est ainsi le fruit et le reflet de l'histoire d'une société ».

72 P. Livet, *op. cit.*, pp. 35-54.

73 D. Maillard Desgrées du Lou, *op. cit.*, p. 207.

sous la III^{ème} République mais se trouvait en germe avant. Mais elle a le mérite de tracer une ligne d'évolution générale propre au droit administratif d'une part, au droit privé et, plus spécialement, au droit civil et au droit international privé d'autre part. Le professeur Maillard critique ainsi la thèse du professeur Picard, qui considère que les deux formes de polices dérivent d'une même idée d'œuvre libérale : « Or, l'idée d'œuvre que les institutions libérales actuelles -et même passées- cherchent à réaliser, se présente sous des aspects suffisamment contrastés pour qu'il soit impossible de l'assimiler à l'idée d'œuvre de l'institution primaire libérale décrite par M. Picard, qui ne correspond plus qu'à un moment historique de l'évolution politique de la société française. S'il faut parler de la police comme de la fonction disciplinaire de l'État libéral, c'est à la condition de n'entendre cette expression que comme un synonyme de celle de démocratie libérale, ce qui est évidemment un sens très différent de celui que lui donne M. Picard. A ce titre, il est vrai que la police – spécialement la police spéciale - reste une fonction disciplinaire de l'institution primaire, mais elle n'intervient pas forcément dans l'intérêt de l'idée d'œuvre libérale, un moment à la base des institutions françaises. Toutes les analyses – et les observations les plus immédiates – font ressortir la transformation des fonctions de l'État depuis le XIX^{ème} siècle et la transformation corrélative de l'idée d'œuvre à réaliser »⁷⁴.

Il résulte de ce qui précède les distinctions suivantes entre police administrative générale et spéciale et entre ordre public général et spécial, qui seront utilisées dans le cadre de cette thèse.

La police administrative générale a pour but de préserver l'ordre public général. Ce dernier peut se définir par son contenu et ses effets. Il se définit comme un état de paix et d'harmonie sociale. Il constitue une norme habilitant implicitement l'autorité de police à restreindre les libertés en vue de sa protection. Ce faisant, la police administrative a pour objet la réglementation de la liberté au sens large, qui consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, une liberté générale. La largeur de cet objectif et l'indétermination des atteintes pouvant alors être portées à l'ordre public général justifie l'attribution du pouvoir de police à un certain nombre de titulaires.

La police administrative spéciale a pour but de préserver un ordre public spécial. Ce dernier présente un contenu et des effets plus précis. Il se définit comme un équilibre énoncé par le législateur entre les bienfaits apportés par l'exercice le plus large possible d'une ou plusieurs libertés spécifiques, et la protection de valeurs ou d'intérêts pouvant heurter cette ou ces libertés ; soit qu'on y voit un frein, soit que l'on considère qu'ils sont menacés par cette ou ces libertés. Cet ordre public spécial, institué par la loi, joue le rôle d'une norme écrite habilitant l'autorité de police administrative spéciale à restreindre l'exercice de la liberté spéciale considérée. Cette dernière ne constitue qu'un démembrement du principe général de liberté. Son isolation se justifie à raison de l'intérêt de son exercice pour la vie en société et par la conscience que son effectivité ne peut être laissée au libre jeu de l'autonomie de la volonté. La fonction d'une police spéciale consiste alors en la protection préventive d'un équilibre entre les bienfaits attendus d'une liberté spécifique et le désamorçage des conflits prévisibles avec d'autres intérêts ou valeurs préexistants.

2) Les polices administratives spéciales, procédés disciplinaires des libertés publiques

Dans un contexte démocratique et libéral, la police a pour objet même la réglementation de la Liberté ou d'une liberté spécifique. En effet, elle restreint une activité humaine, déterminée à l'avance ou non. Or, dans le contexte défini par l'article 4 de la DDHC, toute activité ne nuisant à

74 D. Maillard Desgrées du Lou, *op. cit.*, pp. 211-212.

priori pas à autrui est présumée libre par principe. Le professeur Philippe Braud identifie d'ailleurs les libertés publiques par l'objet de l'obligation qu'elles impliquent, c'est à dire du « respect d'une libre conduite des particuliers »⁷⁵. L'encadrement de cette liberté au sens large est l'objet de la police générale. Cette dernière a pour but de concilier l'exercice de ce principe général de liberté, dans ses formes les moins spécifiques et les plus imprévisibles, avec les conditions de base de vie en société.

Mais, dans un tel contexte général de liberté, pourquoi isoler certaines activités libres pour leur donner en droit une dénomination déterminée ? Pour le dire autrement, quelle est l'utilité pour le législateur d'énoncer des libertés publiques spécifiques, dans la mesure où *a priori*, elles ne constituent que des conséquences naturelles du principe général de liberté ? La raison à cela est double.

D'abord parce que de telles activités peuvent être considérées comme porteuses d'un intérêt général identifié pour la vie en collectivité. Ainsi, la liberté d'entreprendre est porteuse d'un tel intérêt dans la mesure où elle est présumée être créatrice de richesses et de progrès technologiques. Mais son exercice peut également entraîner ce que les économistes appellent des « externalités négatives », c'est à dire des conséquences non désirées de l'activité portant atteintes à la vie en collectivité, telle que la pollution de l'environnement.

Ensuite parce que de la même façon que la contribution à l'intérêt général de cette activité se trouve *a priori* identifiée, l'est également la prévisible inaptitude de cette activité à perdurer dans un climat de liberté, sous la seule protection de l'ordre public général, en raison de son exercice nuisible envers autrui.

Cette raison est à la base de la « théorie des droits définis », que le professeur Georges Burdeau énonce ainsi : « Les visages de la liberté sont innombrables et le législateur n'a pu fixer les traits de chacun d'entre eux. Il a établi seulement le régime des libertés essentielles, soit parce qu'elles étaient particulièrement menacées, soit à raison de l'importance qu'elles présentent au point de vue politique, pour déterminer le climat philosophique et social du régime. Cette intervention du législateur n'a pas seulement pour effet de préciser la consistance des droits dont il s'agit ; elle les consolide et les assure à l'encontre des entreprises éventuelles de l'administration. En effet, d'après une jurisprudence bien établie, le fait que la loi a réglementé elle-même l'exercice d'une liberté est considéré comme une circonstance aggravante, de nature à rendre plus facile, le cas échéant, la preuve que l'administration a excédé ses pouvoirs en la restreignant, et plus large sa responsabilité »⁷⁶.

Cette faiblesse congénitale de la police administrative générale et de l'ordre public correspondant à réglementer une activité précise peut naître de deux facteurs. Soit cette activité apparaît comme particulièrement attentatoire à certains éléments de l'ordre public général ou à des intérêts considérés comme dignes de protection par le législateur. Dans ce cas, l'ordre public général paraît impuissant à en assurer un exercice optimal. En effet, il peut être prévisible que l'émiettement territorial des autorités protégeant cet ordre public pourra retentir sur l'unité du régime juridique de cette activité, morcelant territorialement ce régime en fonction de la sensibilité des autorités. Or, un tel morcellement est facteur d'insécurité juridique. Soit, et souvent les deux aspects sont liés, l'exercice libre de cette activité ne pourrait être assuré de manière optimale dans un régime de pure autonomie de la volonté, en suscitant de manière prévisible un grand nombre de collisions entre l'exercice de cette liberté et celui de droits ou de libertés par des

75 Ph. Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome LXXVI, 1968, p. 155.

76 G. Burdeau, *Les libertés publiques*, 4^{ème} édition, LGDJ, 1972, p. 35.

titulaires distincts. En effet, l'exercice en société des droits et des libertés par des titulaires tout aussi libres et égaux en droit implique nécessairement leur relativité : « il est faux de voir dans le droit individuel une prérogative qui ne serait limitée que par le phénomène, en quelque sorte mécanique, de la rencontre d'autres droits individuels. Ce n'est pas d'un frottement que procède la relativité des droits, c'est de leur nature et de leur fin. La liberté est ordonnée à l'ordre social, ce qui signifie qu'elle existe pour s'exercer dans un ensemble. Par elle, l'individu ne se retranche pas du groupe, il y vit, il participe à l'accomplissement des fins sociales »⁷⁷.

Cela explique la nécessité de l'existence d'ordres publics spéciaux dans le cadre d'une organisation sociale moins simple que ne l'était la France au début du XIX^{ème} siècle. En effet, comme le constate le professeur Georges Burdeau, « le régime répressif, seul conciliable avec la protection réelle des libertés, ne peut suffire dans une société complexe, à harmoniser la liberté des activités professionnelles avec les exigences de l'ordre social »⁷⁸. Cela explique la soumission de « certaines professions à une réglementation préalable (professions présentant des dangers pour la main-d'œuvre employée, établissement dangereux, insalubres ou incommodes, débits de boisson, professions exigeant des garanties professionnelles) »⁷⁹. Afin de maximiser l'effet utile de l'exercice libre d'une activité déterminée, le législateur l'a soustrait au libre jeu de l'autonomie de la volonté tempéré par la protection de l'ordre public général, pour en fixer le régime dans le cadre d'une police administrative spéciale. Dans ce cas, l'ordre public spécial est constitué de l'équilibre entre les bénéfices escomptés du plus large exercice de cette liberté avec des intérêts tiers fixés par le législateur. Une police administrative spéciale constitue donc le procédé disciplinaire de la norme statutaire énonçant une liberté publique.

C'est la raison pour laquelle, contrairement à une idée reçue assez fréquente qui implique une alternative entre les deux termes⁸⁰, « la liberté et la réglementation, loin de se dresser dans une opposition fatale, sont, par leur essence même, solidaires »⁸¹. Le lien particulier unissant la notion de police administrative spéciale aux libertés publiques réside dans la dévolution théorique d'abord, constitutionnelle ensuite, de l'essentiel de la matière des libertés au législateur dans l'ordre juridique français. Cette dévolution théorique réside dans la prise en considération de la loi et donc du législateur comme expression de la volonté générale. Seul organe compétent en la matière, le Parlement et non le pouvoir exécutif est alors autorisé à apporter des restrictions à ces libertés. Du reste, cette idée est exprimée aussi bien dans les articles 4 et 5 de la DDHC qui n'autorisent que la loi à apporter des restrictions aux libertés⁸². Cette dévolution traditionnelle a fait l'objet d'une constitutionnalisation par l'inscription au sein de l'article 34 de la Constitution de 1958 d'une réserve de compétence au profit du législateur pour les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Il résulte de ce partage théorique puis constitutionnel des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire en matière de libertés publiques que la définition des modalités d'exercice de ces dernières entre dans le cadre de cette compétence exclusive.

77 G. Burdeau, *op. cit.*, p. 30.

78 G. Burdeau, *op. cit.*, p. 425.

79 G. Burdeau, *op. cit.*, p. 425.

80 J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 8^{ème} édition, Montchrestien, 2008, p. 454 : « liberté ou réglementation ».

81 G. Burdeau, *op. cit.*, p. 31.

82 Voir à ce sujet R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, p. 508 : « Dans l'État légal, ce n'est pas à l'autorité administrative qu'il appartient de déterminer par voie de mesure de police l'étendue et les limites des libertés individuelles, mais tout au contraire le système de l'État légal signifie que cette étendue et ces limites ne peuvent être tracées que par une loi ».

Il s'ensuit que « les lois consacrant les libertés publiques sont en réalité policières dans la majeure partie de leurs dispositions ; elles le sont dans toutes celles qui imposent des obligations envers l'institution au lieu de se borner à décrire le contenu de la liberté »⁸³. Ainsi, liberté et police, loin d'être antinomiques, apparaissent dans le cadre d'un régime libéral comme deux aspects complémentaires et nécessaires d'une même réalité⁸⁴. Le professeur Marcel Waline exprime ce lien indissociable entre liberté et police administrative, en considérant que cette dernière se définit comme « la limitation, par une autorité publique et dans l'intérêt public, d'une activité des citoyens, cette activité n'en demeurant pas moins une activité privée; elle est seulement réglementée. Elle n'en demeure pas moins libre dans toute la mesure où elle n'est pas restreinte expressément par les prescriptions de police »⁸⁵.

En effet, le but de toute police administrative n'est pas la seule protection de l'ordre public, mais sa préservation dans le cadre d'une société libérale. Cela signifie que la dialectique entre l'ordre public et la liberté ne conduit pas à opposer ces deux termes mais à les articuler: la police administrative a généralement pour but la préservation de la liberté au sens large en encadrant en amont les atteintes à un ordre public défini et à la jouissance par autrui de ses droits. Il en résulte que le mécanisme même de la police administrative générale a pour but de rendre viable l'exercice de la liberté au sens large par tout un chacun, telle que cette liberté s'exprime de manière concomitante par une pluralité de titulaires égaux en droit. Pour le formuler autrement, l'idée d'œuvre à réaliser par l'institution primaire libérale consiste essentiellement à garantir l'exercice de la liberté, et ce en permettant que les libertés puissent être effectivement exercées en dépit des pouvoirs de fait et de l'exercice simultané de plusieurs libertés potentiellement antagonistes⁸⁶.

Il est donc cohérent que les lois consacrant des libertés nouvelles, ou *a minima* des libertés classiques qui s'exercent dans des formes nouvelles, instituent dans le même temps des régimes de police administrative spéciale permettant de concilier préventivement l'exercice de cette liberté nouvelle avec d'une part l'ordre public et, d'autre part, la jouissance par les autres titulaires de leurs autres droits et libertés fondamentaux ou de leurs droits similaires. Il résulte donc de ce qui précède qu'une loi aménageant l'exercice d'une liberté publique s'exerçant dans une forme spécifique peut alors être considérée comme une « loi de police »⁸⁷ et l'aménagement de la liberté qu'elle organise comme un « régime de police »⁸⁸. Ainsi, lorsqu'il y a police administrative spéciale, se trouve en creux une liberté spécifique: la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, comme

83 E. Picard, *op. cit.*, pp. 510-511.

84 L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, de Boccard, 1923, rééd., Panthéon-Assas, 2007, pp. 223-227.

85 M. Waline, *Droit administratif*, 9^{ème} édition, Sirey, 1963, p. 637.

86 E. Picard, *op. cit.*, p. 490 et s.

87 Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 18^{ème} édition, LGDJ, 2005, p. 305: « La police administrative est une forme d'intervention qu'exercent certaines autorités administratives et qui consiste à imposer, en vue d'assurer l'ordre public, des limitations aux libertés des individus. La limitation des libertés individuelles ne résulte d'ailleurs pas seulement de l'exercice de la police administrative générale. Il existe en effet, d'abord pour les diverses libertés des régimes généraux organisés par des lois: ainsi, il existe un régime législatif de la liberté individuelle, de la liberté du culte, de la presse, etc. Ces régimes généraux législatifs forment le statut des libertés publiques ; les lois qui les organisent se rattachent aussi à la notion de police ; ce sont des *lois de police* ».

88 Pour une utilisation de l'expression, quoique réduite à la seule procédure de l'autorisation alors qu'elle comprend également le procédé de la déclaration et celui de l'interdiction, voir D. Turpin, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Seuil, 2004, p. 13: « Le régime préventif, dit aussi parfois « régime de police », subordonne l'exercice de certaines libertés publiques à une autorisation préalable de l'administration ».

la loi du 1^{er} juillet 1901 sur la liberté d'association et la loi du 9 décembre 1905 sur la liberté de culte sont ainsi indissociables de leurs polices respectives⁸⁹. Le professeur Étienne Picard donne ainsi l'exemple de la loi du 29 juillet 1889 sur la liberté de la presse, qui « apparaît statutaire dans les dispositions qui décrivent le contenu de cette liberté : liberté de la publication, liberté de l'imprimerie, liberté de l'affichage, ... ; mais elle est disciplinaire dans celles qui édictent un certain nombre d'obligations : obligation de dépôt légal, obligation d'une déclaration sur papier timbré faite au Parquet du lieu de publication, indiquant le titre du journal, le nom et le domicile du directeur ; obligation d'imprimer le nom du directeur sur les exemplaires du journal ; interdiction des affiches tricolores »⁹⁰.

De la difficulté à retracer ce lien entre police administrative spéciale et liberté publique peut découler, au contentieux, certaines difficultés dans l'identification de l'objet appréhendé. Tel est le cas dans l'arrêt *CE, Ass., 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*⁹¹. Le régime de la police administrative spéciale du cinéma était alors lacunaire⁹². Devant le juge administratif devait-on alors déduire de ce vide juridique la possibilité pour le ministre compétent de refuser un visa pour n'importe quel motif ? Non pour le Conseil d'État, qui considère « qu'aux termes de l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique, « la représentation et l'exportation des films cinématographiques sont subordonnées à l'obtention de visas délivrés par le Ministre chargé de l'information » ; qu'à défaut de toute disposition législative définissant les conditions de fait auxquelles est soumise la légalité des décisions accordant ou refusant les visas d'exploitation et d'exportation, les seules restrictions apportées au pouvoir du Ministre sont celles qui résultent de la nécessité de concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques, et notamment à la liberté d'expression ». Ce faisant, la haute juridiction consacre, en usant du paravent de la liberté d'expression, la liberté de l'activité cinématographique, en la déduisant de l'existence d'un régime de police administrative spéciale.

Une telle solution a pu être présentée en doctrine comme n'allant pas de soi. Tel est le cas du professeur Marcel Waline qui, s'interrogeant dans une note sous l'arrêt du CE *Société Les Films Marceau* du 14 octobre 1960, prend une position très ferme contre la solution que rendra quinze ans plus tard le Conseil d'État dans son arrêt *Société Rome-Paris Films*. Dans un développement qui

89 V. Tchen, *Police administrative - Théorie générale*, Jurisclasseur administratif, fascicule 200, 1.

90 E. Picard, *op. cit.*, p. 511, note 10.

91 A l'origine de cette décision se trouve une décision du ministre chargé de l'Information de refus de visa à l'égard de la société requérante. Une précision préalable à l'égard du régime de cette police administrative spéciale du cinéma est nécessaire. La loi de finances du 31 décembre 1921, dans son article 49, et un décret du 7 mai 1936 avaient institué un régime de police spéciale du cinéma en subordonnant sur l'ensemble du territoire de la République les représentations cinématographiques à l'obtention d'un visa ministériel. L'article 1^{er} d'une ordonnance du 3 juillet 1945 a supprimé toute indication relative aux motifs de refus de visa, alors que le texte de 1936 le fondait sur « l'ensemble des intérêts nationaux en jeu, et spécialement l'intérêt de la défense des bonnes mœurs et du respect des traditions nationale ». Cette disposition a fait l'objet, par un décret de codification du 27 janvier 1956, de l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique de l'époque, dorénavant, *C. cinéma*, art. L. 211-1.

92 J. Mourgeon, « Autour d'un récent arrêt du Conseil d'État : vers une liberté publique de l'expression cinématographique ? », *Gaz. Pal.*, 1975, doctrine, p. 350 : « En ne s'étant jamais sérieusement soucié d'abroger l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique (...), le législateur de la V^{ème} République a maintenu une situation juridique (...) certainement inconstitutionnelle : (...) certainement car l'art. 19 équivaut à une négation de la liberté d'expression dans sa forme cinématographique, alors que la Constitution proclame le principe de liberté d'expression ». Cette négation « tient à ce que le pouvoir ministériel d'autoriser ou d'interdire est *légalement* discrétionnaire. (...) (...) la loi ne précise aucun motif, même vague ou extensif, pouvant justifier l'interdiction. C'est dire que, somme toute, le bon plaisir du ministre tient lieu de règle » (*ibid.*).

mérite d'être cité *in extenso*, il s'interroge ainsi : « Mais y-a-t-il une liberté publique des spectacles en général, ou du cinéma en particulier ? Il n'y a de libertés publiques, en droit positif, que celles dont l'exercice est garanti et organisé par la Constitution, ou au moins par la loi (...). Où et quand la loi a-t-elle proclamé et organisé la liberté du cinéma ? Les spectacles cinématographiques ont été, dès l'origine, classés par une jurisprudence constante, rappelée ci-dessus, parmi les spectacles soumis à un régime d'autorisation de police. Que peut-on invoquer pour prétendre qu'ils sont aujourd'hui l'exercice d'une liberté publique ? Uniquement les textes qui disent « le visa ministériel vaut autorisation de représenter le film sur tout le territoire français ». Mais qui ne voit que, précisément, la nécessité d'obtenir ce visa ministériel préalablement à toute projection du film devant le public constitue très exactement le contraire d'un régime de liberté ? Dira-t-on que, moyennant ce visa, la projection du film devient l'exercice d'une liberté publique ? »⁹³. Dans la suite de son argumentation, l'auteur dénie la qualité de libertés publiques à celles faisant l'objet d'une procédure d'autorisation préalable. Il en conclut que « notre droit positif ne consacre nullement une liberté du cinéma »⁹⁴.

La solution apportée par le professeur Waline sur cette question a d'ailleurs fait l'objet d'une attention vigilante de la part du commissaire de gouvernement Rougevin-Baville qui, dans ses conclusions conformes, considérait à propos de sa position sous l'arrêt *Société Les Films Marceau* que « Nous ne sommes pas convaincus, pour notre part, de la justesse de cette affirmation, ni même de la valeur de l'opposition entre régime de police et régime de liberté. Pour nous, les pouvoirs de police ne se conçoivent que par référence à la notion de liberté, puisque la police administrative s'analyse comme la réglementation des activités individuelles ou spontanées ; il n'y a pas une cloison étanche entre un domaine de la police et un domaine des libertés, mais des libertés publiques plus ou moins limitées par un cadre législatif ou réglementaire »⁹⁵.

Il résulte donc de tout ce qui précède que l'objet de la police demeure, en droit, la liberté ; plus précisément, que l'objet de la notion de police administrative spéciale est l'aménagement des libertés publiques. Une fois cette fonction clairement établie, l'emploi du terme de régulation paraît, au regard de la notion de police administrative spéciale, singulièrement imprécis pour appréhender le même objet.

93 M. Waline, « Les pouvoirs des maires d'interdire la projection des films », note sous CE, 14 octobre 1960, *Société les Films Marceau* ; CE 23 décembre 1960 *Union générale cinématographique*, RDP, 1961, p. 147.

94 M. Waline, *op. cit.*, p. 148.

95 M. Rougevin-Baville, conclusions sous CE, Ass., 24 janvier 1975, *Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris Films*, RDP, 1975, p. 293.

II/ La régulation, ersatz de police administrative spéciale

La notion de régulation isole les novations des polices administratives spéciales, cantonnant cette notion dans une version datée et figée qui ne correspond plus exactement avec la réalité du droit. En vérité, sous le couvert de régulation, c'est de police administrative spéciale qu'il est question. Ce qui est désigné sous cette première appellation ne constitue en fait que des manifestations, plus ou moins innovantes, de polices administratives spéciales, intervenant de plus en plus hors du cadre du droit administratif interne pour comporter des éléments relevant du droit privé et/ou du droit international et pouvant s'exprimer par le biais de procédés non normatifs et/ou non impératifs.

Il existe alors un besoin objectif de nommer une évolution transcendant la séparation entre droit public et droit privé, et pour laquelle le concept de police administrative semble en apparence impuissant⁹⁶. Tant et si bien qu'aujourd'hui la notion de police administrative spéciale apparaît mutilée de son présent quand celle, hypothétique, de régulation, l'est de son passé. Or, la police ne constitue ni une notion figée, ni une notion réductible à ses occurrences en droit administratif. Mais ses nouveaux procédés n'appartenant pas formellement au droit administratif interne, l'emploi du concept de police administrative spéciale tend à être très sérieusement contesté par l'emploi du terme concurrent de régulation.

L'oubli de l'État ne permet pas de concevoir totalement le droit sans l'État. Le concept de régulation joue alors, au sens premier du terme, le rôle d'*ersatz*, c'est à dire de produit synthétique de substitution à l'original qu'est la police administrative spéciale (1). Or, cette dernière permet de remplir la même fonction explicative en la reliant à l'action de l'État sur le temps long, c'est à dire *in fine* à l'État administratif (2).

A/ La régulation, terme prospérant sur la méconnaissance de la police administrative spéciale

Le point commun de tous les auteurs qui proclament la spécificité de la notion de régulation par rapport à celle de police administrative est qu'ils ne confrontent leur « champion » qu'à la forme générale de la police administrative. Et dans cette confrontation, ils ne peuvent que voir leur position confortée, tant la police administrative générale paraît rigide par rapport à sa variante spéciale. Or, cela revient à oublier la plasticité de cette dernière, tant au niveau de son fondement qu'est l'ordre public spécial (1) qu'à celui de ses procédés (2).

96 A.-M. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 611, à propos du droit de la régulation : « La première raison de reconnaître l'existence de celui-ci, c'est qu'on ne peut plus laisser sans fin des questions élémentaires sans réponse, comme celle de l'appartenance de ces règles au droit public ou au droit privé, l'aporie de la réponse constituant l'indice le plus sûr selon lequel il faut non pas s'acharner sur la réponse mais changer de question. De la même façon, on ne peut continuer de s'indigner de solutions aujourd'hui systématiquement reprises, comme celle du cumul des pouvoirs de police, il faut rendre compte des solutions quand cela est possible et faire des efforts en ce sens, avant de se résigner à la critique. Ainsi, le droit de la régulation rend raison de ces nouveautés à première vue repoussante, en extrayant les règles qui le composent des distinctions usuelles du système juridique, notamment celles du droit public et du droit privé, de la même façon qu'il fournit des justifications aux solutions apparemment hérétiques, usuellement critiquées au regard des anciennes qualifications ».

1) L'oubli de la plasticité du fondement des polices administratives spéciales

Une première cause de distinction irréductible de la notion de régulation à celle de police administrative spéciale est censée résider dans leur différence de fondement. La régulation est alors censée reposer sur un fondement plastique, qu'il soit non nommé ou qu'on l'appelle ordre public économique, quand la police administrative spéciale devrait reposer sur un ordre public spécial conçu comme une déclinaison fidèle du concept d'ordre public général. Or, en réalité, la notion d'ordre public est éminemment plastique (a), mettant ainsi en lumière l'identité de fondement entre police administrative spéciale et régulation (b).

a) L'ordre public spécial, notion plastique

Tel est notamment le cas du professeur Calandri, qui justifie la spécificité de la notion de régulation par rapport à celle de police administrative en fonction du fondement respectif de ces deux procédés. Cet auteur considère en effet que la régulation poursuit un but d'intérêt général qui n'est pas l'ordre public, même s'il peut le recouper⁹⁷. L'auteur méconnaît juste l'existence d'ordres publics spéciaux, en se focalisant sur l'ordre public général. Il est donc logique que dans sa démonstration, l'auteur oublie ne serait-ce que d'évoquer la notion de police administrative spéciale, infiniment plus souple que la notion de police administrative générale dans la mesure où – à l'exception de la police municipale définie par la loi de 1884 - son objet n'est pas découvert par le juge ou la doctrine mais précisément énoncé par le législateur.

Un tel exemple de confusion est donné par l'auteur à la même page, qui considère que « les finalités de l'action du CSA sont définies par l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 modifiée ; elles intègrent, certes, la finalité d'ordre public, dans toutes ses composantes, mais elles la dépassent. Ainsi, le respect du pluralisme des courants d'expression socioculturels et politiques dans les médias, qui constitue également un « objectif de valeur constitutionnelle », est une finalité distincte de l'ordre public dans le droit légiféré et jurisprudentiel »⁹⁸. Le problème est que la définition des missions de cette AAI ne peut être conforme aux critères de définition de l'ordre public général en droit administratif, dans la mesure où elle est déterminée de manière précise par le législateur, sans qu'aucune part ne soit du coup laissée à interprétation jurisprudentielle... De ce que les missions du CSA ne peuvent, et pour cause, être rattachées à la trinité sécurité, salubrité et bon ordre définissant, avec le respect de la moralité publique et de la dignité de la personne

97 L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 259, 2008, p. 143 : « La thèse de la régulation comme une nouvelle forme de police suppose pour être valide que la finalité de l'activité, le but de maintien de l'ordre public, ait suffisamment évolué pour qu'un nouveau cadre conceptuel s'impose afin de qualifier ce nouveau procédé. Si l'on mène le raisonnement de la décomposition jusqu'à son terme, force est d'admettre qu'implicitement l'auteur suppose que le but poursuivi par les instances de régulation répond à une nouvelle conception de l'ordre public. (...) (...) l'idée de nouveauté et de décomposition suppose, en principe, que l'ensemble de l'action des organes de régulation poursuive une finalité de maintien de l'ordre public. Malgré l'imprécision de la notion, ses composantes sont connues. L'ordre public, dans la police administrative générale, se définit traditionnellement comme une absence de désordre « matériels et extérieurs » ; il comprend une composante morale et le respect de la dignité de la personne humaine. Si les finalités poursuivies par les organes de régulation recoupent pour partie des finalités de maintien de l'ordre public, l'action, de ces organismes n'a pas seulement une fonction de discipline de l'institution primaire libérale, fondée sur l'ordre public ».

98 L. Calandri, *op. cit.*, pp. 144-145.

humaine, les contours de l'ordre public général, cet auteur en déduit pour cette AAI que « par conséquent, le but de l'activité de cet organe, et plus généralement des autres organes de régulation, ne saurait entièrement être comparé à celui de la police administrative, faute d'agir dans la seule finalité d'assurer le maintien de l'ordre public »⁹⁹. Ce faisant, l'auteur méconnaît juste la possibilité pour le législateur d'inclure littéralement tout ce qu'il souhaite dans l'ordre public spécial attaché à une loi de police... L'ordre public spécial ne peut ainsi, à cet égard, ne constituer qu'une simple déclinaison de l'ordre public général.

En effet, bien au contraire, l'ordre public spécial est éminemment plastique car il « est une habilitation formelle à traduire en droit positif certaines implications de la proposition de droit. Il y a autant d'ordres publics spéciaux que d'habilitations expresses ou spéciales en matière de police »¹⁰⁰. Cette notion vise à rendre compatible l'exercice d'une liberté bien spécifique avec d'autres intérêts désignés comme dignes de protection par le législateur ou, de manière infiniment plus subsidiaire qu'en matière d'ordre public classique, par le juge. Par rapport à l'ordre public général, il constitue un luxe, un raffinement de l'« état civil » rousseauiste qui ne peut être atteint par le simple jeu de l'autonomie de la volonté, même restreint par les exigences minimales de sécurité, salubrité et tranquillité.

Son existence trouve sa justification dans l'échec prévisible de l'ordre public général à assurer cet équilibre spécial. Pour cette raison, « l'ordre public spécial s'analyse comme une prévision en partie antérieure à l'expérience et relativement formalisée des circonstances dans lesquelles telle autorité désignée par ce texte pourra faire face, dans les conditions qu'il précise le cas échéant, aux exigences que comporte la fonction de protection de l'ordre institutionnel primaire. *Il y a donc lieu – éventuellement – à la création d'un ordre public spécial ou à habilitation expresse, lorsque celle produite par l'ordre public général est jugée, par les autorités compétentes pour en décider, ne pas convenir aux nécessités de la protection de l'ordre institutionnel* »¹⁰¹.

Schématiquement, le développement des ordres publics spéciaux correspond au passage d'une conception politique du rôle de l'État réduit à ses seules fonctions de gendarme, à celles de l'Etat-Providence. A la différence de l'ordre public général et libéral impliquant l'absence de trouble, l'ordre public spécial implique l'adoption par l'État de mesures positives. Dans ce cas, l'ordre public apparaît comme « quelque chose en plus que l'absence de troubles publics, de même que la santé ne saurait être confondue avec l'absence de maladie. L'ordre public est le fruit d'une œuvre constructive, résultant des efforts pour instaurer un ordre vivant, dynamique, positif »¹⁰².

Cette raison d'être différente de celle de l'ordre public général induit deux différences majeures, qui fondent notamment sa plasticité. Sur un plan formel, l'ordre public spécial constitue une norme habilitant explicitement l'autorité de police à réglementer la liberté¹⁰³. En effet, il est

99 L. Calandri, *op. cit.*, p. 145.

100E. Picard, *La notion de police administrative*, Tome 2, *op. cit.*, p. 568.

101E. Picard, *op. cit.*, p. 571.

102P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Volume XLII, 1962, p. 44. Voir également p. 45 : « Il ne suffit pas de rétablir l'ordre en faisant cesser le désordre à un moment donnée. Ce serait là une politique à courte vue, entièrement négative, car aucun effort n'est accompli pour s'attaquer à la source du mal et on s'expose à affronter le même problème dans un très prochain avenir. Les moyens mis en œuvre, en effet, ont pour objet de mettre fin aux causes de désordre, de remédier aux maladies de l'état social, de réaliser enfin un ordre aussi permanent et aussi stable que possible ».

103E. Picard, *op. cit.*, respectivement p. 558 et p. 568: pour cet auteur, la nature de l'ordre public général est d'être une « norme implicite d'habilitation », tandis que celle de l'ordre public spécial est d'être une « norme formelle d'habilitation » ; D. Maillard Desgrées du Lou, *op. cit.*, p. 119: « En définitive, l'ordre public connaît deux formes statutaires de concrétisation, l'une inexprimée, qui est celle de la police générale, statutairement constituée par l'ordre public général, norme implicite d'habilitation, et l'autre expressément organisée, qui est celle de toutes les

énoncé de manière précise par la loi et non découvert au jour le jour par l'autorité chargée d'en assurer la protection ou par le juge. Sur un plan matériel, l'ordre public spécial est tout équilibré que le législateur, ou le juge dans le silence de la loi, choisira bon de consacrer entre l'exercice d'une liberté spécifique et la préservation d'autres valeurs et intérêts¹⁰⁴. Dans ce cas, « la protection de l'ordre public correspond cette fois-ci à la mise en œuvre d'une politique, décidée par les représentants des citoyens ou par les citoyens eux mêmes. La tâche n'est plus guère de « protéger », mais plutôt d' « orienter » dans le sens de la politique choisie, laquelle représente ce que l'on nomme cette fois « l'intérêt général », notion en elle-même peu présente, mais qui se trouve maintenant étendue à de nouveaux domaines »¹⁰⁵.

b) L'ordre public économique, variante non novatrice de l'ordre public spécial

La notion d'ordre public spécial, issue du droit administratif, se trouve vidée de sa substance par le recours à la notion d'ordre public économique, auquel se rajoute parfois le qualificatif de social. Les prétentions à l'autonomie de cette notion par rapport au droit public se fondent sur une comparaison entre l'ordre public économique et la notion d'ordre public général en droit administratif. De ces différences, qui ne peuvent être que manifestes, les auteurs promouvant cette idée en déduisent l'autonomie de la notion d'ordre public économique, méconnaissant alors l'existence et la spécificité de la notion d'ordre public spécial.

Le passage de l'ordre public dit classique en droit privé à l'ordre public économique est décrit comme celui d'une conception libérale de la société à une variante néolibérale. Le premier vise en effet à constituer un correctif général à l'ordre purement libéral (d'un point de vue théorique) instauré par la Révolution¹⁰⁶. Le second, l'ordre public économique et social, conserve le principe de la liberté en lui apportant des tempéraments qui peuvent être importants, et « s'applique ici à l'échange des biens et des services considérés en lui même »¹⁰⁷. Cette déclinaison connaît deux facettes, l'ordre public de protection et de direction. La première est issue d'une évolution entamée à partir de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle en vue de corriger les effets pervers du libre jeu de l'autonomie de la volonté. La seconde est plutôt datée par cet auteur de la période directement postérieure à la seconde guerre mondiale¹⁰⁸. Mais cette construction doctrinale appelle deux critiques majeures.

La première est que l'unité même de cette notion n'est pas si évidente que cela à établir, au regard de la profusion des domaines auxquels elle est sensée s'appliquer. La seconde, plus fondamentale, est que qu'une telle construction doctrinale aboutit à méconnaître purement et

polices spéciales, constituées autour de la notion d'ordre public spécial, norme formelle d'habilitation ».

104J. Rivero, *Cours de libertés publiques*, Les cours de droit, 1970, p. 191: « la police administrative inclut la *police générale*, c'est à dire un ensemble de compétences tendant à assurer le maintien de l'ordre à l'égard des diverses activités, sans s'attacher à leur contenu particulier et les *polices spéciales* (...) limitées à un objet précis et qui comportent des moyens d'action adaptés à cet objet, et normalement plus stricts que ceux dont disposent les autorités chargées de la police générale »; D. Maillard Desgrées du Lou, *op. cit.*, p. 12: « les polices spéciales sont cette partie de la fonction de police qui comporte l'établissement de la discipline et l'accomplissement d'activités nécessaires à la satisfaction d'intérêts spécifiques d'ordre public ».

105P. Livet, *op. cit.*, p. 47.

106J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 3^{ème} édition, LGDJ, 1993, p. 100 : « Le Code civil de 1804 exprimait un ordre nouveau issu de la Révolution. L'article 6 visait à interdire aux initiatives individuelles un retour aux pratiques écartées par la Révolution. En outre il s'agissait d'assurer le respect des règles morales traditionnelles. Les finalités de l'ordre public étaient alors essentiellement politiques et morales ».

107J. Ghestin (dir.), *op. cit.*, p. 107.

108J. Ghestin (dir.), *op. cit.*, p. 108.

simplement les caractéristiques de la notion d'ordre public spécial, ou plutôt les reproduire sans le savoir. En effet, les caractéristiques dépeintes par les auteurs privatistes de cet ordre public économique et social ne sont en réalité qu'une application du concept plus général d'ordre public spécial.

Ainsi, premièrement, la notion d'ordre public économique ne présente qu'une unité conceptuelle de façade. La jurisprudence, notamment constitutionnelle¹⁰⁹ et judiciaire, emploie la notion. Mais force est de constater que ce qui est désigné couramment par cette expression renvoie à une réalité aussi diverse, dans la variété des instruments juridiques qu'elle vise, que l'expression d'ordre public écologique. La notion ne constitue donc qu'un raccourci doctrinal *a priori* peu clair. La mise en lumière de cette parenté indéniable entre ordre public spécial et ordre public économique suppose d'abord de déconstruire ce dernier, comme un ensemble d'équilibres spécifiques et artificiels définis par la loi. La démarche poursuivie par des auteurs privatistes comme Georges Ripert ou Gérard Farjat se comprend tout à fait, d'un point de vue pratique. En effet, leur recherche d'unité et de systématisation des phénomènes observés, au travers du terme d'ordre public économique, se justifie dans une certaine mesure car tous ces équilibres spéciaux bâtis par le législateur ont pour objet une même liberté publique : la liberté contractuelle. Mais cette unité matérielle ne justifie en rien d'ignorer l'appartenance de tous ces équilibres artificiels entre la liberté contractuelle et un élément nécessaire à la vie en société à la catégorie juridique de l'ordre public spécial.

Ce dernier peut se résumer sommairement ainsi : le législateur a progressivement détaché la liberté contractuelle de son fondement, à savoir le principe général de liberté reconnu dans l'article 4 de la DDHC, pour la considérer comme une liberté publique. Cette distinction de la liberté contractuelle du principe général de liberté a été progressive et innommée. En effet, la liberté contractuelle s'est vue réglementée non pas dans le cadre d'une de ces grandes lois de la III^{ème} République consacrée aux libertés publiques, mais dans une kyrielle de législations relatives à des contextes particuliers dans lesquels l'exercice d'une liberté contractuelle non réglementée était considérée comme problématique. Ce détachement de la liberté contractuelle du principe général de liberté a eu pour fondement la détermination d'ordres publics spéciaux par le législateur, c'est à dire la reconnaissance par ce dernier de la nécessité d'un équilibre entre l'exercice le plus large possible de cette liberté spécifique avec des intérêts nouvellement protégés et considérés comme essentiels à la vie en société, comme la protection du travailleur, du locataire, du consommateur, du concurrent... Il est donc réducteur d'évoquer tous ces équilibres définis par le législateur sous la seule bannière de l'ordre public économique et social : il existe en réalité une nuée, comme du reste en droit administratif, d'ordres publics spéciaux fondant une atteinte préventive à la liberté contractuelle non pas *in abstracto* mais dans des contextes particuliers. Cette mise en lumière implique ensuite de comparer les caractéristiques entre cette nuée d'ordres publics spéciaux composant l'ordre public économique et l'idéal type de l'ordre public spécial.

Deuxièmement, la notion d'ordre public économique ne présente pas d'autonomie par rapport à celle d'ordre public spécial. A cet égard, le professeur Marcou a, dans une importante contribution, explicitement posé la question de l'autonomie de l'ordre public économique par rapport à une conception plus générale de l'ordre public. Cette auteur définit ainsi une méthodologie : « il faut que le premier se distingue du second selon deux critères essentiels : l'identification d'un espace normatif distinct, et l'existence d'une police distincte de la police de

109Cons. Const., n° 2012-280, QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, considérant 11.

l'ordre public général. Le premier critère implique que l'ordre public économique ne soit pas un ordre public spécial et le second que la police de l'ordre public économique ne soit pas une police spéciale »¹¹⁰. Autant l'on peut être d'accord avec cette méthodologie, autant les résultats qu'il en tire, qui ont été repris par certains auteurs pour justifier de la pertinence de l'emploi du terme de régulation en lieu et place de celui de police administrative, sont incertains.

Cet auteur rappelle d'abord l'ancienneté du phénomène des polices administratives spéciales en évoquant, parmi tant d'autres, la loi du 15 octobre 1810 sur les établissements dangereux, la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, la police de la navigation, des carrières, du médicament, du cinéma... Il déduit de cette diversité un point important mais à notre sens discutable : « Toutes ces polices ont un objet économique mais leur but n'est pas économique. Ces polices administratives spéciales ne répondent pas à un but de politique économique. Leur but se rapporte toujours à l'ordre public général : le législateur a pris en compte le fait que certaines activités économiques peuvent être à l'origine de désordres matériels », qu'il relie plus ou moins aux objectifs de l'ordre public général tels qu'énoncés aujourd'hui dans l'article L. 2212-2 du CGCT¹¹¹. Il en déduit alors l'autonomie de la notion d'ordre public économique à l'égard de la notion d'ordre public spécial dans la mesure où, contrairement à ce dernier, son objet n'est pas rattachable à l'une des composantes de l'ordre public général mais aurait un objet purement économique¹¹².

Cette analyse peut être contestée car elle revient, sous couvert de distinguer d'un point de vue théorique les formes générales et spéciales de la police administrative, à nier toute distinction au fond entre ces deux formes. Une telle négation de la différence entre ces deux catégories juridiques résulte d'une appréhension tronquée de leur objet et de leur but. Cet auteur soutient que toutes les polices spéciales qu'il évoque ont un « objet économique », mais non un but de la même nature. Or, l'économie ou la matière économique, pas plus que l'expression de secteur d'activité ou de flux ne constituent des catégories juridiques, à la différence de la liberté, dans son principe général tel que figurant à l'article 4 de la DDHC, ou dans ses démembrements spécifiques, plus connus sous le nom de libertés publiques. L'objet d'une police ne peut être que l'aménagement d'une liberté, et son but la conciliation entre l'exercice le plus large possible de cette liberté et la protection d'intérêts qui ne pourraient l'être efficacement par la police administrative générale. Dans ces conditions, la distinction établie par le professeur Marcou entre objet économique ou non pour fonder une différence entre ordre public spécial et ordre public économique n'est pas applicable à l'intégralité du droit positif. Un ordre public spécial constitue toujours un équilibre entre l'exercice le plus large possible d'une liberté, quelque soit son contenu matériel, et un intérêt nécessaire à la vie en société, quel qu'il soit. Il en résulte que la notion d'ordre public économique qu'il défend ne repose que sur une méconnaissance de la notion d'ordre public spécial, dont elle ne constitue qu'une application.

En outre, une telle absence d'autonomie se déduit, de manière surabondante, de l'identité des caractéristiques prêtées à l'ordre public économique avec l'ordre public spécial. Ainsi, quelle que soit la facette considérée de cet ordre public économique et social, il se différencie de sa variante classique par son rôle constructif¹¹³. Il en est en premier lieu ainsi à l'égard de leur rôle proactif,

110G. Marcou, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in Revet Thierry et L. Vidal, *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009, p. 86.

111G. Marcou, *op. cit.*, p. 87.

112G. Marcou, *op. cit.*, p. 88.

113J. Ghestin (dir.), *op. cit.*, p. 123 : « A la différence de l'ordre public traditionnel, essentiellement négatif, l'ordre public économique et social vise davantage à déterminer le contenu des contrats qu'à les interdire. Les pouvoirs publics n'entendent pas mettre obstacle aux échanges économiques. Ils veulent seulement qu'ils se fassent conformément à leurs vues. Pour réaliser cette fin, l'ordre public peut commander et s'efforcer d'imposer de façon

opposé à l'effet réactif de l'ordre public classique, en droit privé ou en droit administratif. Cette différence tient à la fois à la technicité de l'équilibre que le législateur veut voir garanti, technicité imposant de posséder des compétences qui ne sont pas forcément maîtrisables par des autorités de police générale, qu'elles soient judiciaires ou administratives¹¹⁴ et à la méfiance prévisible que le législateur entretient à l'égard de la réalisation par le libre jeu de l'autonomie de la volonté de l'équilibre qu'il a posé dans sa norme statutaire. A cet égard, il est frappant de constater la similitude entre le constat posé par le professeur Étienne Picard, cité *supra*¹¹⁵ et celui posé par le professeur Farjat : « Dès lors que l'on ne se fie plus à la liberté et que l'on doute que la lutte libre des intérêts soit le meilleur système d'organisation économique et sociale, il devient nécessaire de guider, de diriger les activités volontaires, afin de les soumettre à un ordre jugé plus satisfaisant, et même d'imposer certaines activités, dans la mesure où l'initiative volontaire risque de faire défaut »¹¹⁶. L'origine et le régime juridique de ces ordres publics est en outre similaire : jurisprudentielle pour la version classique en droit civil et en droit administratif, législative pour la variante spéciale ou « économique et sociale ». Enfin, tous deux impliquent la mise en place de l'aménagement d'une liberté spécifique par des procédés d'encadrement déclinés de manière identique en droit public et en droit privé¹¹⁷.

La mise au jour dans la doctrine privatiste de la notion d'ordre public économique, si elle trouve une justification dans les carences des publicistes de l'époque pour définir de manière opérationnelle le concept d'ordre public spécial, a entraîné en cascade des conséquences particulièrement visibles encore aujourd'hui. La première de ces conséquences est d'avoir amputé la notion d'ordre public spécial de ses éléments les plus vivants, par leur autonomisation au sein du concept d'ordre public économique. La seconde, qui sera traitée *infra*, est que ce démembrement autonome de la notion d'ordre public spécial fonde en majeure partie le projet d'émancipation de la notion de régulation à l'égard de celle de police administrative spéciale.

L'oubli de la plasticité de la notion d'ordre public spécial, et donc des polices spéciales qu'il fonde dans ses diverses acceptions, emporte alors investissement de la notion d'ordre public économique de vertus supposées fonder de la régulation. Mais l'ordre public économique, à supposer qu'il soit un, ce qui paraît douteux au regard de l'extrême diversité des instruments législatifs qui le déterminent en droit de la concurrence et en droit de la consommation, ne constitue qu'un exemple d'ordre public spécial. Il est donc normal que sa spécificité soit réelle par rapport à l'ordre public général, mais elle ne constitue qu'un exemple de la spécificité de la différence entre l'ordre public spécial et sa variante générale.

positive un certain contenu contractuel » ; RAMBAUD Romain, *L'institution juridique de régulation*, thèse, L'Harmattan, 2012, p. 500 : « L'ordre public économique en droit public a alors pour objet de mettre en œuvre des politiques constructives destinées à créer de nouveaux ordres et non seulement de préserver l'ordre existant ».

114J. Ghestin (dir.), *op. cit.*, p. 95 : « On a observé que d'une façon générale l'ordre public judiciaire était conservateur et statique, tandis que l'ordre public législatif se révélait plus souvent révolutionnaire et dynamique. L'observation est exacte. En particulier, dans le domaine économique, qui constitue aujourd'hui une part essentielle de l'ordre public, le juge n'a ni la compétence technique ni les moyens d'action qui lui permettraient de faire du dirigisme jurisprudentiel ».

115E. Picard, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 571.

116G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome XXXIV, 1963, p. 191.

117Voir J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 3^{ème} édition, LGDJ, 1993, p. 131 : Au titre des contrats contrôlés : « L'ordre public économique et social a multiplié les contrôles préventifs, normalement exercés par l'administration. Il s'agit normalement d'un contrôle préventif qui prend généralement la forme d'une autorisation préalable ».

2) L'oubli de la plasticité des procédés des polices administratives spéciales

Un auteur en particulier, le professeur Calandri, conteste vigoureusement et de manière particulièrement détaillée que la régulation puisse être une évolution de la notion de police administrative, *a fortiori* spéciale. Plus précisément, pour cet auteur, la police ne peut être assimilée à la régulation pour trois motifs :

- la régulation intègre une activité non contraignante, voire consultative, quand la police est nécessairement impérative ;
- la régulation a couramment recours au contrat, quand cela est proscrit pour la police ;
- la régulation peut encadrer l'activité des personnes publiques, quand ce n'est pas *a priori* concevable pour la police.

Cette argumentation reprend et systématise avec succès des arguments qui ont pu décourager, pour certains auteurs, la qualification de certaines polices administratives spéciales comme telle. Ainsi, les défenseurs d'une conception plus traditionnelle de la police administrative ont pu apparaître comme mis en porte-à-faux par des évolutions du concept qu'ils ne peuvent expliquer, ne partant pas d'une notion unitaire de la police. A cet égard, l'exemple le plus significatif est peut-être celui du professeur belge Jongen, dans sa thèse de droit comparé relative à la police de l'audiovisuel. S'il réfute l'emploi du terme de régulation pour qualifier l'activité des autorités administratives indépendantes intervenant en la matière, il relève toutefois deux limites à la notion de police administrative, qui empêchent de qualifier pleinement comme telle la mission du CSA français : « Il y a, d'abord, la limite généralement tracée selon laquelle la police ne vise que les activités privées ; il y a, ensuite, la conception selon laquelle la police ne peut s'accommoder des procédés contractuels »¹¹⁸.

En dépit de la rigueur de l'argumentation du professeur Calandri, la thèse qu'elle expose, et qui est partagée par certains auteurs nous semble devoir être contredite. La police administrative n'est pas par principe fermée à l'utilisation de procédés non contraignants, pas plus qu'elle n'est par principe rétive à l'emploi du procédé contractuel ou à l'encadrement de l'activité des personnes publiques dès lors que ces dernières agissent comme des personnes privées. En fait, les novations que cet auteur et d'autres attribuent exclusivement à la notion de régulation ne semble provenir que de l'oubli des spécificités de la notion de police administrative spéciale par rapport à sa forme générale. Les auteurs comparant la notion de régulation avec celle de police administrative générale ne peuvent que constater fort légitimement la plasticité de la première, au regard de la grande rigidité du régime de la seconde. Mais ce faisant, ils oublient que la notion de police administrative spéciale, définie par le législateur, n'est pas liée par le régime jurisprudentiel établi par les juridictions administratives pour l'exercice de sa variante générale. Or, le législateur peut modeler librement le régime des polices administratives spéciales, tant dans leur procédés que leurs modalités d'expression.

Ainsi, aucune norme ne le contraint à ne leur attribuer que des procédés « normatifs », la présence d'activités consultatives ne constituant alors pas l'apanage de la régulation¹¹⁹. Dans ces

118F. Jongen, *op. cit.*, pp. 53-54.

119Contra, L. Calandri, *op. cit.*, p. 131 : « il ressort du droit positif que, loin d'être la seule, l'activité de réglementation est assortie d'autres types de pouvoirs. Les organes de régulation possèdent par exemple une fonction

conditions, la présence de tels procédés au sein d'une police administrative spéciale, comme celle exercée par le CSA à l'égard de la liberté audiovisuelle, n'est pas suffisante pour fonder le rejet d'une telle qualification¹²⁰.

De même, rien ne contraint le législateur à doter les régimes de police administrative spéciale de procédés contractuels. Telle n'est pas la position du professeur Calandri, qui estime que « Le but poursuivi par la théorie juridique consiste à justifier l'assimilation de la régulation à une activité de police. Le moyen d'y parvenir réside dans l'intégration des procédés contractuels dans les procédés de police. Or, si cette incorporation au sein de procédés de police a pu être admise par une partie de la doctrine, de façon controversée, la jurisprudence administrative refuse, de manière constante, d'admettre une telle possibilité. Ce rejet contrecarre l'assimilation de la régulation à une version « modernisée » de la police administrative »¹²¹. Mais le fait d'agiter le chiffon rouge de la jurisprudence *Commune de Castelnaudary*¹²², interdisant le recours à des procédés contractuels en matière de police administrative générale, ne doit pas conduire à se méprendre sur la portée de cette décision. En effet, elle ne vaut que dans le silence de la loi caractérisant l'essentiel du régime de la police administrative générale. Elle ne saurait constituer un argument valable face à l'inscription par le législateur de tels procédés contractuels comme outils de la panoplie de certaines polices administratives spéciales, et ce de longue date¹²³.

Enfin, « l'activité de police est traditionnellement présentée comme ayant un objet nécessairement privé, c'est à dire comme s'appliquant à l'activité des particuliers. Puisque les actes édictés par les organes de régulation peuvent avoir pour destinataires des personnes publiques, l'objet de leur activité peut être aussi public. Il apparaît alors difficile d'assimiler la régulation à une simple activité de police administrative »¹²⁴. Et effectivement, la notion de réglementation, centrale dans la notion de police administrative, a pu être par le passé perçue comme ayant pour objet exclusif l'activité privée et non l'activité publique. Cette mise à l'écart de l'activité publique de la réglementation de droit commun se trouve encore accentuée par une conception de l'activité de service public comme étant opposée à celle de police administrative¹²⁵. Une telle acception rend

consultative, dont l'importance est constamment soulignée par la doctrine. Cette fonction consultative se traduit par la production d'avis dotés d'une portée non normative. Donc, si des prérogatives normatives peuvent être effectivement attribuées à ces organismes, elles sont loin d'être uniques. Toute l'action des organes dits de régulation ne peut être réduite à la mise en œuvre de procédés normatifs. Dans le même esprit, la fonction de régulation ne peut être assimilée à l'unique activité de police qui se traduit, quant à elle, nécessairement par l'exercice de procédés normatifs. L'existence de prérogatives non normatives, tels les actes consultatifs, fait donc obstacle à une totale insertion de leur action dans le cadre de la seule activité de police administrative ».

120 *Contra*, à propos précisément de la police spéciale de l'audiovisuel, en ce qu'elle comporte la possibilité pour le CSA d'édicter des normes non contraignantes, voir J.-J. Tramoni, *Le contentieux administratif de la communication audiovisuelle*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 201, 1998, p. 88 : « Matériellement, les ressemblances de l'action administrative en matière audiovisuelle avec les polices spéciales sont indéniables. Toutefois, il n'est pas complètement possible d'intégrer cette action dans le cadre de la police spéciale ».

121 L. Calandri, *op. cit.*, pp. 142-143.

122 CE, Ass., 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary*, Rec. p. 595.

123 J.-P. Négrin, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, thèse, LGDJ, 1971, pp. 110-111 : « la formule « le pouvoir de police ne se concède pas » ne doit pas être interprétée comme signifiant l'exclusion des personnes privées de l'exercice de toute police, puisqu'aussi bien l'existence d'une intervention a été constatée en matière de police économique et de police spéciales (souvent d'ailleurs sur le fondement d'un lien contractuel). Elle indique simplement l'inexistence en l'état du droit actuel de toute possibilité d'habilitation contractuelle en matière de police administrative générale. En soi, celle-ci n'est pas plus susceptible d'être exercée par des personnes privées que n'importe quelle autre activité prise en charge par les gouvernants ».

124 L. Calandri, *op. cit.*, pp. 143-144.

125 M. Waline, *Droit administratif*, 9^{ème} édition, Sirey, 1963, p. 638 : « la police (...) s'oppose à une autre forme

alors à première vue inconcevable l'idée d'une police s'exerçant à l'égard d'un service public : il y aurait, séparés de manière étanche, d'un côté les activités de service public et, de l'autre, les activités privées. Mais une telle opposition a vécu, pour laisser place à la notion d'activité publique réglementée¹²⁶. En effet, elle équivaldrait au rejet par principe de toute réglementation de l'activité publique. Or, le caractère public de cette dernière, dans certains cas, ne constitue pas un motif invalidant *per se* l'application de la réglementation prévue pour l'activité privée. Ainsi, un agent public utilisant un véhicule pour l'exercice de ses fonctions demeure, sauf exceptions peu nombreuses, soumis aux dispositions du code de la route. De la même façon, les travaux et projets d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique sont soumis aux polices administratives spéciales de l'environnement¹²⁷. Le recours à cette notion d'activité réglementée permet de distinguer entre les activités ou la part des activités de service public excluant par nature l'application d'une réglementation conçue pour les activités privées, de celles ne se distinguant en rien de l'activité privée¹²⁸.

Roger Latournerie a ainsi, le premier à notre connaissance, proposé la reconnaissance à côté de la catégorie du service public des catégories d'activité publique d'intérêt général et d'activité publique réglementée. En effet, il considère que « de même qu'il existe, en droit privé, outre les activités d'intérêt général, des activités simplement réglementées, on trouve en droit public – et il y a là encore, un point pourtant capital, qui n'a pas été mis en évidence, ni même entraperçu – des activités de ce dernier genre »¹²⁹. Pour le dire autrement, « il existerait une sorte d'échelle des activités menées par la puissance publique dont le degré supérieur serait l'activité de service public et le degré inférieur l'activité publique réglementée »¹³⁰. Pour qu'une telle qualification soit possible, « il faut que l'objet de cette activité ne puisse être rattaché à l'organisation interne de l'administration. Il faut en d'autres termes que la personne publique se trouve dans une situation comparable à celle de la personne privée. Il faut que l'activité de la personne publique se situe en dehors du système administratif. Ce n'est que lorsque la puissance publique agit en tant que personne privée, que l'objet de son activité n'est pas directement rattachable aux fins qu'elle

d'activité de l'administration, qui est le service public. Là où il y a service public, il n'y a plus d'activité privée, mais une activité régie, totalement ou au moins partiellement, par le droit public ; tandis que l'activité que peuvent exercer les citoyens dans le cadre de la réglementation de police, dans la mesure où la réglementation de police leur laisse une marge de liberté, demeure naturellement une activité purement privée. Ainsi, la notion de police paraît s'opposer à celle de service public, comme désignant deux modes d'intervention absolument différents, contradictoires entre eux, d'intervention des autorités publiques dans la vie sociale ».

126M. Hécquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXXVI, 1977, p. 94 : « Considérée comme prérogative par excellence de la puissance publique, la réglementation s'applique traditionnellement à l'activité privée. Elle n'est autre que le cadre à l'intérieur duquel peut s'exercer l'activité privée. Elle détermine les lignes de conduite des individus ou catégories d'individus. Cette conception de l'objet de la réglementation était en parfaite harmonie avec les distinctions classiques entre activités privées et activités publiques, l'activité publique consistant d'ailleurs pour une large part à réglementer l'activité des particuliers. Cette opposition entre activités « par nature » différentes s'étant estompée, il semble que l'on puisse discerner aux côtés de l'activité privée réglementée une activité publique réglementée ».

127Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JORF*, 13 juillet 1976, p. 4203, article 2.

128M. Hécquard-Théron, *op. cit.*, pp. 96-97 : « L'activité des personnes publiques ne peut être comprise de la même manière. En effet parce que les personnes publiques se situent dans une structure unique d'autorité, il est difficile de considérer que leur activité est réglementée.(...).Cependant la question reste entièrement posée pour les activités que la puissance publique ne poursuit pas directement dans l'intérêt général mais dans un but essentiellement patrimonial, c'est à dire avant tout dans « l'intérêt privé » de l'administration. Dans cette hypothèse, on conçoit mal qu'elle échappe à toute réglementation ; c'est alors que peut apparaître une réglementation spéciale s'appliquant à l'activité menée par la personne publique ».

129R. Latournerie, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *EDCE*, 1960, p. 147, note n° 1.

130M. Hécquard-Théron, *op. cit.*, p. 100.

poursuit normalement comme personne publique qu'elle peut être et qu'elle est en fait réglementée. L'exemple le plus net est sans doute celui de la réglementation qui s'applique à la gestion du domaine privé »¹³¹.

Dans la mesure où l'objet d'une police administrative spéciale est la réglementation d'une liberté, rien ne s'oppose donc par principe à ce qu'elle s'applique à des activités publiques dès lors que ces dernières exercent elles-même cette liberté dans le cadre de leurs activités. En effet, à titre d'exemple, si l'objet de la police de l'audiovisuel est la réglementation de la liberté de communication audiovisuelle, peu importe que le titulaire de cette liberté soit une personne publique ou privée. La coïncidence entre l'ouverture de ce domaine à l'activité libre et l'apparition d'autorités en la matière a bien été perçue par l'auteur, mais il n'en a pas tiré la conclusion de l'unicité de l'objet réglementé¹³². La disparition d'une situation de monopole entraîne alors l'application d'un régime libéral, peu important à cet égard que cette liberté soit exercée par une personne privée ou publique. Se trouve alors confirmé ce que le professeur Jean-Bernard Auby désigne comme un « mouvement de banalisation du droit des personnes publiques », c'est à dire « la tendance à soumettre celle-ci aux règles qui régissent les relations juridiques privées, ou à des règles inspirées de celles qui régissent les relations juridiques privées »¹³³, à l'instar de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a rendu le droit de la concurrence applicable « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ».

Il résulte de tout ce qui précède que les critères érigés par les tenants de l'autonomie de la régulation à l'égard de la police ne valent que pour établir une distinction avec la forme générale de cette dernière, et non avec sa forme spéciale. Or, dans cette opération, les traits supposés appartenir en propre à la notion de régulation et l'opposer de manière irréductible à la notion de police administrative sont en tous points compatibles avec celle de police administrative spéciale. La régulation ne constitue donc qu'une appellation peu commode et limitante pour désigner les novations -parfois très relatives- des procédés mis en œuvre au sein des polices administratives spéciales.

B/ La régulation, symptôme de l'oubli de l'État

La régulation présente un certain nombre de traits qui expliquent son intérêt en tant que produit de substitution à la notion plus précise de police administrative spéciale (1). Mais elle présente l'inconvénient majeur d'opérer une isolation clinique entre son objet d'étude et le reste du droit public, y incluant l'action de l'Etat et la notion de liberté (2).

131M. Hécquard-Théron, *op. cit.*, p. 101.

132F. Jongen, *op. cit.*, p. 54 : « Sans doute est-il exact de constater que, dans le cadre de l'audiovisuel, l'apparition d'autorités spécifiquement instituées pour exercer la police d'audiovisuel coïncide avec le développement – d'aucuns diront la prolifération- des chaînes privées. Force est toutefois de constater que, dans nombre de cas, ces autorités n'exercent pas seulement leurs compétences à l'endroit des chaînes privées, mais aussi à celui des chaînes publiques ».

133J.-B. Auby, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3.

1) Les caractéristiques essentielles de la notion régulation

Il n'est pas dans notre propos de réaliser dans le cadre de cette thèse une étude exhaustive de la notion, à l'instar de ce qu'a pu en faire le professeur Calandri dans sa thèse¹³⁴, mais seulement d'en présenter ce qui nous paraît être ses principales caractéristiques. Deux d'entre elles nous paraissent essentielles, qui tiennent d'une part à la fonction qui lui est prêtée en droit, à savoir la recherche d'un équilibre (a) et, d'autre part, à son caractère interdisciplinaire, permettant à des auteurs de formation et de spécialité différentes d'étudier un même objet (b).

a) La régulation, concept visant la réalisation d'un équilibre

La notion de régulation, issue des sciences dures, « est directement liée à l'existence de systèmes complexes. En biologie, cette notion renvoie à un processus d'adaptation »¹³⁵. Son passage par la sociologie permettra d'affiner sa définition : « le terme de régulation s'impose pour désigner l'action des mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence »¹³⁶. En droit, avant d'être un terme employé de nos jours couramment par des auteurs essentiellement privatistes et/ou spécialisés en droit économique, le terme de régulation constituait un objet de réflexion essentiellement publiciste. Dans ce cadre, il avait une portée assez large car non réduite *a priori* au domaine économique.

Cette prédominance d'alors s'explique par le fait que le terme de régulation constituait une hypothèse permettant de définir le phénomène des AAI comme une catégorie juridique nouvelle. Le foisonnement de telles autorités dans un contexte de déréglementation justifie l'intérêt particulièrement marqué par les auteurs de droit public pour ce concept tout au long des années 1980.

Ainsi, l'apparition de la CNIL sous l'appellation nouvelle d'autorité administrative indépendante et l'emploi de la formule par le Conseil constitutionnel dès 1984 pour désigner la Haute autorité de communication audiovisuelle¹³⁷ ont très tôt conduit certains auteurs à s'interroger sur l'existence d'une catégorie juridique unifiée des AAI. En raison de l'hétérogénéité des moyens et des missions de chacune, la doctrine a testé plusieurs critères, dont la pertinence de certains paraît rétrospectivement sujette à caution. Elle a toutefois dégagé un critère permettant de conférer une unité à cette catégorie: leur fonction de régulation¹³⁸. La régulation s'entend alors, dans le cadre de ce débat, comme « la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi. Elle implique, dans une certaine mesure, ce qu'on appelle une vision « systémique » de la société et de ses rapports avec l'État »¹³⁹. De manière plus précise, elle

134Pour une recherche d'ensemble sur la notion de régulation, voir L. Calandri, *op. cit.*

135C. Isidoro, *op. cit.*, p. 407.

136M. Crozier, *État modeste, État moderne*, Fayard, 1987, p. 123.

137Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, Rec. p. 63, considérant 4.

138C. Teitgen-Colly, « Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution », in C.-A. Colliard et G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, pp. 23-24 : « L'idée d'œuvre à réaliser tient pour les autorités administratives indépendantes à la fonction de régulation sociale qui leur est impartie dans des secteurs donnés, fonction acceptée par le groupe social considéré ». Voir également C. Teitgen-Colly, « Les instances de régulation et la Constitution », *RDP*, 1990, janvier-février, pp. 153-261.

139F. Gazier et Y. Cannac, « Étude sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1983-1984, p. 20 ; A.-M. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 610. Voir également G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 349 : la régulation est « la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et

se comprend comme le fait « d'encadrer un secteur de la vie sociale, encadrement à réaliser dans le respect de l'équilibre des intérêts voulu par le législateur et qui peut appeler à des arbitrages entre ces intérêts. Il ne s'agit ni d'une action matérielle de prestations de services ou de gestion d'une activité de l'Administration, ni de la détermination de politiques qui relève des gouvernants. La régulation consiste à veiller au respect des règles du jeu social et à maintenir par là la cohésion sociale »¹⁴⁰. L'idée intéressante dans ces définitions est que la fonction de régulation désigne la recherche d'un équilibre, qui implique la conciliation d'intérêts contradictoires¹⁴¹.

Plus récemment, la notion de régulation semble s'être recentrée sur le domaine économique, en conservant cette fonction de recherche d'un équilibre non naturel. Elle est alors essentiellement utilisée par des spécialistes du droit économique, majoritairement d'origine privatiste. Dans ce cadre, le professeur Frison-Roche définit la régulation comme « l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentiels »¹⁴².

A ce stade de l'analyse, un premier rapprochement entre les notions de régulation et de police administrative spéciale peut être souligné : toutes deux visent à la protection d'un équilibre non naturel. Le caractère large d'une telle protection explique pourquoi son emploi est spontané pour décrire des phénomènes dépassant de loin la seule activité de police, comme la régulation contentieuse effectuée par le Conseil d'État¹⁴³ ou la régulation fiscale¹⁴⁴. Malgré cela, dans leurs études sur la notion ou l'institution de régulation, les auteurs qui se sont penchés sur la question excluent systématiquement cet aspect¹⁴⁵.

Dans ces conditions, comment expliquer la plus-value de la première sur la seconde, qui aboutit aujourd'hui à ce que l'emploi du terme de police administrative spéciale soit de plus en plus rare en doctrine ? Par le caractère interdisciplinaire de la notion de régulation, à un moment où le droit, *a fortiori* le droit public, subit de plein fouet l'influence du droit international, de droits étrangers ainsi que d'autres disciplines non juridiques.

b) La régulation, concept fédérateur

Ce caractère fédérateur constitue à notre sens la plus-value essentielle du concept de régulation par rapport à une acception classique de la notion de police administrative spéciale.

les obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi [et] implique, dans une certaine mesure, ce qu'on appelle une vision « systémique » de la société et de ses rapports avec l'État ».

140C. Teitgen-Colly, *op. cit.*, pp. 26-27.

141J. Chevallier, « COB, CNIL, CNCL et Cie: la « philosophie » des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, n° 146, décembre 1988, p. 20: « Leur fonction ne consiste pas à fournir des prestations au public, mais à encadrer le développement de secteurs sensibles, en s'efforçant de concilier et d'harmoniser les intérêts en présence ».

142A.-M. Frison-Roche, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation », in A.-M. Frison-Roche (dir.), « Les engagements dans les systèmes de régulation », Presses de Science-Po/Dalloz, 2006, p. 37. Pour des définitions équivalentes, voir par exemple B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Science-Po et Dalloz, 2004, p. 483 ; M. Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, pp. 531-532.

143Voir par exemple M. Gentot, « Le Conseil d'État régulateur du contentieux administratif », *RA*, 1999, pp. 4-14.

144M. Collet, « Le droit fiscal, berceau de la régulation? », in Th. Revet et L. Vidal, *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009, pp. 39-58.

145R. Rambaud, *L'institution juridique de régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, thèse, L'Harmattan, 2012., p. 35. L. Calandri, *op. cit.*, p. 44 et ss.

Ce rôle fédérateur a été clairement mis en lumière par le professeur Chevallier, pour qui « le concept de régulation présente tous les aspects d'un paradigme de ce type [scientifique], dès l'instant où il tend à être utilisé par la plupart des sciences sociales, en permettant dès lors aux chercheurs venant d'horizons disciplinaires variés de dialoguer »¹⁴⁶. Emprunté au domaine des sciences dures, le concept de régulation a trouvé à s'acclimater en sciences sociales, plus précisément en sociologie¹⁴⁷ et en économie.

Le sens que ce concept a en économie et en droit est assez comparable pour justifier l'interpénétration de ces deux disciplines dans le cadre du droit économique. D'une part, « En économie, le concept de régulation est utilisé pour rendre compte des différents mécanismes par lesquels le système économique parvient à l'équilibre : le couple équilibre/régulation est au centre des analyses économiques, la régulation étant posée comme la condition de réalisation de l'équilibre »¹⁴⁸. En droit, la signification du terme est plus riche. Le concept de régulation y est alors « utilisé à un double point de vue : d'abord, d'un point de vue externe, le droit sera considéré comme un moyen de régulation des conduites (la fonction de régulation apparaissant comme une des fonctions essentielles de la norme juridique), par la diffusion de modèles de conduite ; ensuite, d'un point de vue interne, le droit sera considéré comme un système disposant d'une certaine cohésion spécifique supposant l'existence de dispositifs de régulation (notamment les juridictions), destinés à éliminer les contradictions éventuelles et à renforcer en permanence sa cohérence »¹⁴⁹.

Or, le sens attribué par le professeur Chevallier au concept de régulation en économie coïncide assez naturellement avec le premier sens qu'il lui donne en droit. Cette coïncidence résulte de ce que ces deux disciplines se meuvent, au moins en France, dans un contexte libéral. Cela explique qu'en droit économique, les contributions des auteurs juristes privatistes et économistes se trouvent à ce point mises en avant. En effet, l'objet de la police et de la régulation est la réglementation de la liberté. Or, l'étude de la liberté est une question tout aussi centrale aux juristes et aux économistes. Dans le contexte du droit naturel et du libéralisme, elle apparaît d'ailleurs commune aux deux champs scientifiques¹⁵⁰. Les privatistes ont pour objet d'étudier les manifestations juridiques de la liberté, ainsi que la façon dont les personnes privées règlent leurs rapports librement. Les économistes ont pour objet d'étude les conséquences qui dérivent de l'action libre des individus sur le marché. Dans ces conditions, l'emploi en droit du concept de régulation permet de repérer un domaine particulièrement ouvert à l'interdisciplinarité et/ou à l'internationalisation, ce qui est manifestement le cas du droit de la concurrence, des activités boursières ou du droit des données personnelles.

146J. Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 73.

147Et plus précisément au sein de la théorie cybernétique. Voir J. Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 75 : « Le concept de régulation est un élément essentiel de la vision cybernétique : c'est ce qui permet aux systèmes organisés de corriger leurs actions, par l'information qu'ils reçoivent sur les résultats obtenus et les réactions de l'environnement ».

148J. Chevallier, *op. cit.*, p. 79.

149J. Chevallier, *op. cit.*, p. 80.

150C. Larrere, *L'invention de l'économie au XVIII^{ème} siècle*, PUF, 1992. Dans cet ouvrage, dont le sous-titre est « Du droit naturel à la physiocratie », l'auteur met en évidence la parenté originelle profonde entre ce qui est devenu aujourd'hui deux disciplines distinctes. Cette parenté se retrouve à la lecture des ouvrages d'auteurs économistes comme Hayek et Friedman qui mêlent des considérations que nous classerions en France dans la théorie du droit constitutionnel avec des développements afférents aux théories économiques. Voir *supra*.

Au terme de ce qui précède, l'intérêt de l'emploi de la notion de régulation est qu'il permet de faire référence à des procédés permettant de garantir un équilibre non naturel, de manière assez générale pour pouvoir être employé par des auteurs issus de champs disciplinaires différents. Cela justifie pleinement la concurrence observable, au sein des discours de la doctrine juridique, quant à l'emploi du terme de régulation en lieu et place de celui de police administrative spéciale.

2) La régulation, symptôme de l'oubli de l'Etat

La régulation, dans son acception juridique, est décrite comme un phénomène naturel et littéralement sans histoire. L'emploi du concept de régulation a pour avantage remarquable de permettre une approche interdisciplinaire. Mais en contrepartie et assez paradoxalement, il aboutit à une rupture avec l'essentiel du droit public, qui se traduit par une mise à l'écart, au moins relative, de la théorie de la police et, donc, des libertés publiques. Le succès de l'emploi de ce terme constitue donc, à notre sens, une manifestation particulièrement virulente de la dérive décriée par Olivier Beaud quant à l'oubli de l'État, et notamment de la permanence historique de son action, dans la définition du droit administratif (a). Dans une même optique, l'emploi du terme de régulation tend également à faire oublier le contexte libéral dans lequel intervient l'action publique, en reléguant l'idée même de liberté (b).

a) La régulation, concept entérinant la rupture du lien entre action publique et État

Dans un premier temps, l'emploi du terme de régulation aboutit à rompre tout lien conceptuel avec la notion de police et, ainsi, avec les caractéristiques et l'histoire propre de cette dernière, notamment son rôle fort dans la constitution de l'État moderne français.

Un point révélateur à cet égard est le discours contemporain selon lequel la plus-value qu'aurait la notion de régulation sur celle de police vient de ce que la première, à l'inverse de la réglementation caractérisant la seconde, serait empreinte de pragmatisme. Le professeur Gérard Timsit a pu l'exprimer directement comme étant celle d'une contextualisation dans l'exécution d'une norme, à la différence de la réglementation dont l'application serait uniforme¹⁵¹. Plus sobrement, le professeur Chevallier a caractérisé le droit de la régulation comme « un droit pragmatique, sous-tendu par une préoccupation d'efficacité »¹⁵². Un auteur privatiste a, plus récemment, adopté une formulation intéressante : « par régulation, il faut entendre un droit d'en bas, se préoccupant du cas concret »¹⁵³. Or, cette dernière citation est intéressante car elle révèle la similitude profonde entre cette plus-value supposée exclusive de la notion de régulation et des

151G. Timsit, *Archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 204. Voir également p. 212 : « La régulation requiert de l'autorité habilitée à agir une appréciation des circonstances concrètes auxquelles elle est confrontée – et une appropriation de ces circonstances ». Plus loin, p. 214, l'auteur lui donne également le nom de « fonction de spécification ».

152J. Chevallier, « Régulation et polycentrisme », *RA*, 1998, p. 48 ; J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2008, p. 62.

153M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004, p. 221. Dans le même sens, voir : A.-M. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 613 ; M. Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 118, 2012, p. 18 : « La fonction de régulation suppose toujours une appréhension concrète des intérêts en conflits » ; Conseil D'état, *Les Autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 281 : le concept de régulation marquerait « la volonté d'aboutir à des résultats concrets, plutôt que d'énoncer des affirmations théoriques ».

caractéristiques considérées comme propres à la notion générale de police depuis plusieurs siècles. A ce titre, cette citation est à mettre en relation avec la notion politiste de la police telle que définie par Hélène Lheuillet, selon laquelle « la police est un élément de la politique devenue rationnelle »¹⁵⁴.

En effet, si la recherche de rationalité a pu être conçue comme un critère explicite définissant la régulation et l'opposant de manière irréductible à celle de police¹⁵⁵, force est de constater que c'est là également, depuis au moins le XVIII^{ème} siècle, un attribut de définition de la notion de police. Ainsi, en 1769, l'abbé Fleury considérait que la police est « la meilleure partie de nos Loix, la plus approchante des Loix antiques, la moins mêlée d'intérêts particuliers, la plus fondée sur l'expérience et la raison »¹⁵⁶. Outre cette rationalité attachée à la notion classique de police, ce même auteur lui attribue, dans les termes de l'époque, la vertu du pragmatisme en des termes certes datés mais révélateurs: « On appelle police les règlements particuliers qui concernent les choses les plus nécessaires à la vie et au commerce des hommes, qui, étant pour la plupart différentes en chaque lieu, ne peuvent pas aisément être comprises sous une loi générale »¹⁵⁷. Ce caractère pragmatique et concret est également, à la même époque, mis en exergue par Montesquieu, pour qui « Les matières de police sont des choses de chaque instant, et où il ne s'agit ordinairement que de peu »¹⁵⁸. En fait, l'emploi de la notion de régulation et sa caractérisation comme un procédé distinct de la police par sa recherche d'efficacité et d'application concrète de la norme conduit à faire l'impasse, de manière pure et simple, sur l'histoire de la notion de police. Dès lors que l'on s'astreint à faire cet effort généalogique, à l'instar de Paolo Napoli, il apparaît clairement que le terme de régulation ne constitue qu'une étiquette nouvelle accolée à une bouteille ancienne. Ainsi, pour cet auteur particulièrement, « la police est avant tout une notion pragmatique. Dans sa démarche concrète, elle doit affronter une réalité qui échappe pourtant à toute entreprise de mise en forme préalable. Dès lors, le moment de la pratique est souvent destiné à fournir des solutions éphémères, subordonnées aux cas que les rapports sociaux leur dictent »¹⁵⁹. Si cette notion se caractérise par le pragmatisme, c'est parce qu'elle a vocation à traduire, de manière opérationnelle, les directives définies par le politique¹⁶⁰.

154H. L'Heuillet, *Basse politique, haute police. Une approche historique et philosophique de la police*, Fayard, 2001, quatrième de couverture.

155J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 4^{ème} édition, LGDJ, 2008, p. 468 : « Les précisions précédentes relatives à la fonction générale de régulation n'excluent pas de considérer qu'au sens strict, la régulation désigne en droit positif une méthode d'action qui implique de privilégier une approche finaliste de l'action publique, supposant elle-même la possibilité d'utiliser alternativement ou de façon combinée une palette d'instruments suffisamment variés pour que l'action entreprise se réalise dans des conditions d'efficacité optimale ». Voir également M. Hervieu, *op. cit.*, pp. 18-19 : « la fonction de régulation se traduit par une normativité particulière. Celle-ci se singularise par une recherche accrue d'efficacité des modes d'intervention publique, condition de sa légitimité, justifiant la variété inédite des modes d'action et l'adaptabilité des règles applicables » et p. 119 : « Ce souci d'efficacité constitue un des attraits du système de régulation aux mains d'un régulateur autonome. En ce sens, le droit de la régulation se singularise par son caractère pragmatique, évolutif et dynamique : le souci d'obtenir les résultats escomptés en fonction des caractéristiques et des problématiques propres à chaque secteur implique un processus d'adaptation permanente des normes et le recours à une grande variété d'action, les uns juridiques, les autres non ».

156C. Fleury, *Droit public de France*, 2 vol., Pierres, Paris, 1769, I, p. 135.

157C. Fleury, *Institutions au droit français*, 2 vol., Paris, 1692, édition Durand, Paris, 1858, I, p. 91

158Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, rééd. GF Flammarion, 1979, 5^{ème} partie, livre 26, chapitre 24, p.201.

159P. Napoli, *op. cit.*, p. 58.

160P. Napoli, *op. cit.*, p. 21 : « il existe entre politique et police un certain décalage qui porte non pas sur la substance mais sur la fonction. La politique reste surtout un art, une *techne* appliquée à la société des hommes. C'est la raison pour laquelle elle relève toujours de la philosophie, du savoir. Au contraire, dès les ordonnances de la fin du Moyen Age, une sorte de capacité opérationnelle semble s'attacher au domaine de la police » et p. 22 : « Dans ces cas,

La centralité de ce critère de l'efficacité dans la définition de la notion de régulation et celle de police justifie, pour la première, tant sa légitimité que la nécessité d'adapter en permanence ses moyens d'actions à la réalité qu'elle prétend régir. Un parallèle peut être tiré entre le lien, dans les notions de police et de régulation, entre cette recherche d'efficacité et ce pragmatisme et la question de la légitimité de l'organe ou de la personne morale qui assure une telle fonction. En effet, chez les promoteurs de l'idée de régulation, une préoccupation *a priori* curieuse est mise en avant : la légitimité de la fonction de régulation, tirée de son efficacité¹⁶¹. Il est compréhensible que des auteurs étrangers, non familiarisés avec la conception historique de la notion française de police, puissent considérer la question de l'efficacité comme celle d'une « nouvelle légitimité »¹⁶². Mais pour des auteurs familiarisés avec cette notion, une telle recherche de légitimité par l'efficacité ne permet pas d'y voir des préoccupations nouvelles du droit administratif.

Si tel est le cas, c'est parce que la police constitue historiquement, pour le cas français, un moyen de faire descendre la légitimité politique des sommets du gouvernement dans la vie concrète des individus. Son apparition depuis la fin du XVI^{ème} siècle traduit une volonté de l'État, poursuivie avec constance au siècle suivant, de « séculariser son éminence souveraine »¹⁶³. Cela signifie alors deux choses. La première est que la recherche d'une légitimité de type constitutionnel semble avoir été intégrée par la royauté d'alors, notamment à travers l'apport théorique d'auteurs comme Jean Bodin, à la définition d'une conception autonome du religieux par rapport à la notion de souveraineté. Il n'était donc alors plus primordial de chercher des arguments théoriques pour justifier l'indépendance du pouvoir royal français par rapport à ses rivaux. La seconde est qu'une telle légitimité constitutionnelle est abstraite et, à cet égard, si elle constitue un préalable nécessaire à une réelle indépendance étatique, ne garantit pas en soi la permanence du pouvoir qui s'exerce sur une population vivant sur un territoire bien délimité. Or, pour des raisons conjoncturelles liées à un contexte intérieur troublé¹⁶⁴, l'État a cherché à affermir cette légitimité¹⁶⁵, acquise sur le plan théorique, en se gagnant les faveurs de la population qu'il prétendait régir. Il s'agissait alors de doubler cette légitimité constitutionnelle d'une légitimité administrative, précisément basée sur l'efficacité de l'État pour répondre à certaines attentes de ses sujets¹⁶⁶. Pour ainsi dire, à côté d'un État constitutionnel bien établi, il s'agissait d'établir ce que

« police » figure à côté de gouvernement pour désigner le domaine où celui-ci s'effectue et met en place réellement tout ce qui constitue l'objet même du savoir politique. Entre police et politique se dessine dès lors une sorte d'écart fonctionnel. La politique reste une discipline savante, objet d'apprentissage et de transmission. La police s'oriente au contraire vers une rationalité du but à atteindre, qui détermine sa vocation instrumentale et pratique ».

161M. Hervieu, *op. cit.*, p. 18.

162N. Longobardi, « Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif (suite et fin) », *LPA*, 31 août 1999, n° 173, p. 11.

163P. Napoli, *op. cit.*, p. 34. Voir également H. L'Heuillet, *op. cit.*, p. 18.

164Pour mémoire, à raison du développement du protestantisme en France et de la répression apportée par le pouvoir royal, le XVI^{ème} siècle a vu se dérouler sur notre sol pas moins de huit guerres de religion, de 1562 à 1598.

165P. Napoli, *op. cit.*, p. 37 : « L'instabilité sociale engendrée par les guerres civiles constitue bien le présupposé historique et logique du développement de la police, instrument décisif de la mise en forme de l'État français au début du XVII^{ème} siècle. Lors de ces événements sanglants, l'État monarchique expérimente sa capacité à instaurer un lien avec les sujets. Précisément à cause des guerres civiles, la construction d'un « ordre » apparaît comme une nécessité aussi bien réelle que théorique ».

166P. Napoli, *op. cit.*, pp. 33-34 : « A partir du XVII^{ème} siècle, la puissance monarchique s'efforcera précisément de concilier l'exercice d'une souveraineté s'imposant par les instruments généraux de l'ordonnance (...) et de l'édit (...) avec les objectifs spécifiques et précis d'un gouvernement social censé gérer l'utilité publique. Pour la souveraineté, la tâche stratégique décisive consistera alors à adapter un instrument législatif à vocation

des théoriciens postérieurs appellerons l'État administratif, c'est à dire l'implantation de la structure du pouvoir politique dans la vie et les préoccupations quotidiennes des sujets ou citoyens administrés¹⁶⁷. Cette recherche d'efficacité du pouvoir étatique, qui constitue en fait une recherche de légitimité administrative, justifie le développement à partir du début du XVII^{ème} siècle d'une littérature ayant pour objet les procédés concrets de connaissance de la société, comme le *Traité de l'économie politique* d'Antoine De Montchrétien paru en 1615, afin précisément d'améliorer cette action nouvelle de l'État.

Par ailleurs, cette proximité entre le sens politique de la notion de police et les vertus présumées du terme de régulation se trouve encore accentuée lorsque l'on définit cette dernière dans les termes mêmes de la science-politique, comme assurant la « régulation des conduites » et/ou le « contrôle social »¹⁶⁸. Ainsi, dans leur ouvrage de droit public économique, Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, après avoir donné une définition générale¹⁶⁹ et une définition plus spécifiquement économique¹⁷⁰ de la régulation, la définissent synthétiquement en deux points : « La régulation *lato sensu* désigne l'encadrement général des conduites »¹⁷¹ et « La régulation *stricto sensu* suppose la combinaison pragmatique et finalisée de méthodes variées »¹⁷².

Ainsi, le détour par la science politique et la généalogie de la police permet de relativiser, si ce n'est d'anéantir, la distinction entre ce que l'on nomme police et régulation, les vertus sensées caractériser la seconde étant en tous points identiques à celles de la première.

b) Un concept entérinant la rupture du lien entre l'action publique et la notion de liberté

Dans un second temps, l'usage du terme de régulation aboutit à laisser de côté la notion de liberté. Cette mise de coté peut prendre deux formes.

La première se focalise sur des expressions comme « secteur », « domaine d'activité », quand ce n'est pas de « flux ». Ce faisant, son usage conduit à ignorer le concept même de liberté, pour se concentrer sur celui d'ordre public ou, encore plus imprécis, de secteurs d'activités¹⁷³. Ainsi, par

globalisante à des objets qui requièrent, eux, une attention particulièrement minutieuse. En termes politiques, il s'agit d'assurer la maîtrise du pouvoir royal sur un territoire et sur sa population de manière que l'action de gouverner ne demeure plus tributaire de la discontinuité dans laquelle s'accomplit la fonction de rendre justice Il s'agit d'établir entre le roi et les sujets un lien (...) tel que l'obéissance des sujets répond moins à l'autorité du pouvoir qu'à l'efficacité de ses actes ».

167 Sur la notion d'Étatisme administratif, voir M. Hauriou, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1829*, Sirey, 1929, t. 1, Préface, p. X.

168 J. Chevallier, « De quelques usages du concept de régulation », in M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 85.

169 J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 4^{ème} édition, LGDJ, 2008, p. 467 : « Au sens large, réguler continue de signifier avant tout, en droit, encadrer les conduites en ajustant au mieux les divers intérêts en présence pour assurer l'ordre social et le bien être optimal des membres de la collectivité ».

170 J.-Ph. Colson, P. Idoux, *op. cit.*, p. 468 : « Pour ce qui concerne plus précisément le droit économique, réguler le marché consiste donc avant tout à y encadrer les comportements par l'édiction, en amont, de règles protectrices des intérêts légitimes en présence et le cas échéant l'application, en aval, d'une sanction quelconque de la règle ».

171 J.-Ph. Colson, P. Idoux, *op. cit.*, p. 467.

172 J.-Ph. Colson, P. Idoux, *op. cit.*, p. 468.

173 Voir la définition précitée du droit de la régulation dans A.-M. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 610.

exemple, le professeur Thomas Pez considère que « le CSA n'est ainsi le régulateur que du secteur de l'audiovisuel, l'AMF que de celui des marchés financiers »¹⁷⁴. Certes, il peut arriver que dans de telles contributions, l'idée de liberté soit rappelée par des termes explicites, évoquant par exemple la régulation d'un secteur d'activités dans un contexte de libre concurrence. Mais le problème est qu'en droit, les concepts de liberté, d'ordre public et police sont indissociablement liés et ne se comprennent pas l'un sans l'autre¹⁷⁵. Et l'objet « secteur d'activité » ou « domaine d'activité »¹⁷⁶ ne constitue pas un concept juridique, à la différence de la notion de liberté, qui peut s'incarner dans n'importe quelle activité et, à ce titre, faire l'objet de l'encadrement par la personne publique... Dans ces conditions, l'emploi massif du terme de régulation aboutit à ce qu'aujourd'hui, pour désigner le droit positif, on emploie le terme de « régulation sectorielle »¹⁷⁷ là où l'objet de l'encadrement public n'est pas juste une activité, mais une activité libre, donc la liberté s'y attachant, conditionnant ainsi la compétence de principe du législateur telle que définie dans l'article 34 de la Constitution à l'égard des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs libertés publiques » Dans cette optique, pour renverser la formulation proposée par le professeur Pez, l'objet du CSA est l'encadrement de la liberté de communication dans certaines de ses modalités, l'objet de l'AMF est l'encadrement de la liberté de prestation de certains services financiers.

La seconde se propose, purement et simplement, de rompre tout lien entre les notions d'ordre public et de liberté : « la conception de l'ordre public comme étant nécessairement rattaché à la police et à la liberté tient sans doute à l'hypothèse contestable selon laquelle l'État en tant qu'institution primaire, aurait pour seule tâche la préservation des libertés. Au contraire, si toutes les institutions connaissent l'ordre public, celui-ci peut tout aussi bien être orienté sur d'autres idées d'œuvre, au sein desquelles peut figurer l'efficacité économique »¹⁷⁸. Une telle hypothèse conduit implicitement mais nécessairement à faire fi de la liberté, donc de la police. Or, cela ne conduit ni plus ni moins qu'à laisser de côté une dynamique ayant notamment structuré la société et l'État français depuis la fin du XVI^{ème} siècle et, du coup, à faire l'impasse sur les raisons de l'institution progressive du libéralisme qui, certes, relèvent pour partie d'une conception jusnaturaliste de la personne humaine, mais a été à l'origine et de manière prédominante ou à tout le moins concordante¹⁷⁹, mis en application pour des raisons précisément d'efficacité économique¹⁸⁰.

Le fait de laisser de côté ce fil conducteur du libéralisme entre les disciplines et entre les siècles conduit alors à développer une approche sécessionniste de la notion d'ordre public, en la séparant

174T. Pez, « Régulateurs sectoriels et Autorité de la concurrence », *RDP*, 2014, n°2, p. 360.

175Voir *supra*.

176T. Pez, *op. cit.*, pp. 359-360. Pour rendre justice à cet auteur, ce dernier critique ouvertement l'enfermement du droit de la concurrence opéré par une partie de la doctrine dans une approche purement sectorielle et plaide pour une conception globale, fondée sur le droit commun, de la « régulation » de la concurrence (p. 361). Il va même jusqu'à considérer que « la régulation est une forme de police » (p. 364), sans malheureusement davantage pousser cette partie de son analyse.

177T. Pez, *op. cit.*, pp. 358-378.

178R. Rambaud, *op. cit.*, pp. 498-499.

179E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Arthur Rousseau, 1912, p. 45 : « Les conclusions de la science économique rejoignent donc celles de la philosophie politique : c'est sur la base de l'autonomie individuelle et du libre contrat que politiques et économistes prétendaient édifier leur idéal social ».

180Ainsi, ce n'est pas en soi qu'Adam Smith cherche les bénéfices de la « main invisible », mais bien parce que la liberté des agents économiques lui semble être le procédé permettant la plus grande efficacité économique : A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Tome I et II, Flammarion, 1991, p. 308.

nettement de la notion d'ordre public économique¹⁸¹. Or, cela revient ni plus ni moins qu'à instaurer une séparation artificielle là où la logique du droit n'en établit pas. Procéder à une telle distinction peut avoir une utilité en terme de recherche d'autonomie disciplinaire, notamment du droit privé par rapport au droit public. Mais son résultat le plus net est d'obscurcir inutilement un domaine, celui de la police ou de la « régulation », qui relève d'une logique considérablement plus simple et plus précise.

Conclusion :

La police administrative spéciale fait partie de ces notions faussement familières du publiciste. Cantonnée à un rôle de notion-croupion par le développement dans le discours doctrinal du terme de régulation, elle recèle pourtant d'un potentiel explicatif très largement sous-exploité. En effet, elle offre un cadre conceptuel commun à toutes les formes de réglementation de l'activité privée. A ce titre, elle constitue une grille de lecture permettant d'ordonner, de manière unifiée, le foisonnement du droit indépendamment de la séparation droit public/droit privé.

Or, une telle approche paraît d'autant plus nécessaire, à raison de la tendance du droit à se complexifier. Nous sommes bien conscients de ce que cela pourrait contrarier les tenants d'un « droit de la régulation » autonome, censément reposer sur un « ordre public économique » qui existerait indépendamment des autres concepts généraux du droit¹⁸². Mais hélas, la régulation ne constitue qu'un terme imprécis permettant de désigner sans la nommer la notion de police administrative spéciale, notion impliquant la réalisation d'un équilibre, l'ordre spécial, par l'encadrement contraignant d'une activité libre spécifiques – une liberté publique-. Si l'on veut véritablement développer l'interdisciplinarité en droit, autant que cela se fasse sur la base de concepts précis.

181R. Rambaud, *op. cit.*, pp. 500-501 : « En premier lieu, la régulation consacre le retour en force de l'ordre public économique et remet en cause l'hypothèse du déclin de l'ordre public de direction. En second lieu, l'ordre public économique doit être distingué de la notion de police dans la mesure où il est parfaitement clair qu'un tel ordre public n'a pas seulement pour objet la protection des libertés aujourd'hui mais bien d'autres impératifs, autant en termes de direction qu'en termes de protection. En somme, la notion d'ordre public économique doit être considérée aujourd'hui comme une notion autonome de celle d'ordre public au sens classiquement entendu en droit administratif général. Dès lors, à l'inverse des conceptions traditionnellement admises, la notion d'ordre public économique permet de différencier la régulation de la police et non de les confondre. En effet, la police économique, en ce qu'elle met en œuvre la protection des libertés, relève bien davantage d'un ordre public libéral que d'un ordre public économique ».

182Voir à titre d'exemple l'ouvrage de P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, qui en plus de comporter une subdivision relative à la police administrative, en comporte également une sur la régulation.