

DROITS ADMINISTRATIFS AMÉRICAIN ET FRANÇAIS : SOURCES ET PROCÉDURE

Dominique CUSTOS*

L'article vise à combler le vide dont dénote la littérature juridique française en raison de son appréhension parcellaire du droit administratif américain. Dans cette optique, l'article propose une approche globale du droit administratif américain comme préalable épistémologique de l'approfondissement de cette branche du droit des États-Unis. La comparaison se concentre sur deux questions centrales des deux côtés de l'Atlantique : d'une part, celle des sources, d'autre part, celle de l'encadrement procédural de l'acte administratif. L'article révèle ainsi l'impression principale de similitude que réserve l'observation des sources respectives des deux droits. Il met également en exergue le sous-développement relatif de la démocratie administrative pré-contentieuse dans l'Hexagone au regard de la forte emprise du procéduralisme dans l'économie générale du droit administratif des États-Unis.

This article seeks to fill the gap evinced by the French legal literature because of the latter's fragmented incursion into American Administrative law. Accordingly, the article proposes a global approach to U.S. Administrative law as an epistemological prerequisite for an in-depth analysis of this part of the law in the U.S. The comparison focuses on two central questions on each side of the Atlantic Ocean: on the one hand, sources of administrative law; on the other hand, procedural requirements imposed on administrative action. The article brings to light the strong similarity of the source structures of U.S. and French Administrative laws. It also underlines the relative underdevelopment of French administrative procedure in comparison to the entrenched proceduralism in the overall architecture of American administrative law.

* Professeure à l'Université de Caen, détachée à l'Université Loyola de la Nouvelle Orléans où elle enseigne le droit administratif américain. J'adresse mes vifs remerciements aux professeurs J-M. AUBY (Institut d'Etudes Politiques de Paris, France) et J. REITZ (Université de l'Iowa, États-Unis) pour leur lecture critique d'une version précédente de ce tapuscrit.

Administrativistes français et administrativistes américains nourrissent à l'égard de leurs systèmes respectifs des sentiments variés qui alternent entre admiration et critique. Il faut dire que l'introduction du droit administratif français aux États-Unis remonte à la fin XIX^{ème} siècle. Lorsqu'en 1893 Frank J. Goodnow, contemporain de Dicey, publie le premier ouvrage de droit administratif américain¹, il retient une approche comparative qui, outre les exemples anglais et allemand, inclut résolument le modèle français. En 1954, Bernard Schwartz offre aux juristes américains la première comparaison entre le droit administratif américain et le droit administratif français². La même année, C.J. Hamson³ livre les secrets du recours pour excès de pouvoir à ses collègues des États-Unis.

Pour ce qui a trait au regard américain sur le droit administratif français, des membres de la doctrine américaine ont vanté l'originalité du détournement de pouvoir en tant que cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir⁴. D'autres, ont souligné le contraste entre le système administratif français classique qui sépare fonction juridictionnelle et fonction administrative et l'ubiquité de la confusion des fonctions au sein des agences américaines⁵. En effet, la dotation de pouvoirs faisant fi de la séparation des pouvoirs est susceptible de s'illustrer aussi bien dans le cadre des agences indépendantes que dans celui des agences exécutives. Il est par conséquent inexact d'analyser la confusion des pouvoirs comme « une [des] particularités [des agences indépendantes] »⁶. En revanche, le lien organique entre le Conseil d'État et le pouvoir exécutif, de même que le rôle du commissaire du gouvernement dans le processus de décision juridictionnelle du Conseil d'État suscite de sérieuses réserves chez d'autres juristes outre-atlantique⁷. D'ailleurs, si Schwartz comme Hamson demeureraient admiratifs devant les avancées du contrôle juridictionnel de l'administration en France,

¹ F. J. GOODNOW, *Comparative administrative law*, Putnam, New York 1893.

² B. SCHWARTZ, *French administrative law and the common law world*, New York University Press, New York, 1954.

³ C. J. HAMSON, *Executive discretion and judicial control: An aspect of the french Conseil d'État*, LTD, Londres, Stevens & Sons, 1954.

⁴ G. BERMANN, *Apparent legality: Abuse of power in French and American administrative law*, LLM thesis, Columbia University, 1975.

⁵ R. ROTUNDA, « The combination of functions in administrative actions, an examination of European alternatives », *40 Fordham Law Review*, 101, 1971.

⁶ G. BRAIBANT, *Institutions administratives comparées : les contrôles*, Cours polycopié, FNSP (Service de Polycopie), 1985-198, p. 157.

Sur l'identification de cette erreur d'appréhension des agences américaines par la doctrine française, v. D. CUSTOS, *La Commission fédérale des communications à l'heure de régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, Paris, 1999, p. 52.

⁷ M. De S.-O.-I.E. LASSER, « The European pasteurization of French law », *90 Cornell Law Review*, 995-1083, 2005. Le décret du 1^{er} août 2006 maintient la présence muette du commissaire au délibéré des formations juridictionnelles du Conseil d'État. Mais il l'élimine en ce qui concerne les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

ils étaient unanimes dans leur rejet de l'introduction du dualisme juridictionnel dans les pays de *common law*.

Les publicistes français s'intéressent moins au droit administratif américain qu'au droit constitutionnel des États-Unis, spécialement aux rapports que ce dernier entretient avec le droit international et aux leçons que l'Union européenne peut tirer de leur expérience du fédéralisme. Précisément, il n'existe pour l'heure aucune étude générale française du droit administratif américain⁸. On dénombre cependant des études spécialisées à partir desquelles on peut déterminer les sujets de prédilection des administrativistes français concernant le droit d'outre-atlantique. Il s'agit des grandes commissions indépendantes et de la régulation⁹, du droit de la communication et de l'Internet¹⁰, de la responsabilité et de la fonction publiques¹¹, de la communication des documents administratifs¹². En d'autres termes, ni la procédure administrative non contentieuse, ni le droit du contentieux administratif des États-Unis n'ont fait l'objet d'investissement direct conséquent¹³.

De toute évidence, l'absence d'étude générale conditionne la réalisation des études spécialisées en tant qu'elle oblige à des incursions détaillées dans les données de base du droit administratif américain et empêche les références cursives à celles-ci¹⁴. Elle redouble également la difficulté d'une chronique de l'actualité du droit administratif américain. Comment rendre avec concision et pertinence des développements récents lorsque la connaissance du droit administratif général demeure fragmentaire? Par souci épistémologique, les lignes qui suivent s'engagent donc sur la voie du

⁸ En fait, en 1952, l'Institut français de droit comparé publia un ouvrage de B. SCHWARTZ précurseur de celui publié en 1954 par le même auteur américain, sous le titre *Droit administratif américain : Notions générales*.

⁹ D. CUSTOS, *La Commission fédérale des communications à l'heure de régulation des autoroutes de l'information*, L'Harmattan, Paris, 1999 ; J-M. HELlich, *Les Commissions administratives dans le droit des États-Unis d'Amérique*, Thèse, Strasbourg, 1963 ; F. TRÉVOUX, *Le développement de la réglementation de l'industrie électrique aux États-Unis*, coll. de la bibliothèque de l'Institut de droit comparé série centrale, t. 30, Paris, M. Giard, 1933, p. 3-60.

¹⁰ D. CUSTOS, *op. cit.*

¹¹ R. BONNARD, *De la responsabilité des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux États-Unis et en Allemagne*, M. Giard et E. Brière, Éditeurs, 1914 ; G. CONAC, *La fonction publique aux États-Unis*, Armand Colin, Paris, 1958.

¹² G. SCOFFONI, *Le Droit à la communication des documents administratifs aux États-Unis*, thèse Paris II, 1986.

¹³ Le cours polycopié de G. BRAIBANT, *Institutions administratives comparées : les contrôles*, FNSP, 1985-1986, aborde cependant l'exemple américain. L'étude de droit administratif non contentieux de G. CAPT, *Les procédures administratives en droit américain*, Droz, Genève, 1989 a été publiée en français, mais en Suisse par une Suisse. L'ouvrage d'A. LEVASSEUR, *(Droit des États-Unis)*, Dalloz, Paris, 1997) comporte un chapitre consacré au droit administratif.

¹⁴ L'étude de la Federal Communications Commission publiée en 1999 a ainsi nécessité une présentation détaillée de la procédure administrative non contentieuse américaine en raison de l'absence de travaux français correspondants, v. D. CUSTOS, *op. cit.*, 1999, p. 80-99.

débroussaillage des traits généraux du droit administratif américain, de façon à en faciliter l'appréhension comparative. Néanmoins, pour respecter l'espace imparti, elles se limiteront à mettre en exergue deux aspects du droit administratif des États-Unis : la question des sources du droit administratif et celle de l'encadrement procédural du processus de décision réglementaire.

L'examen comparatif des sources du droit administratif américain et du droit administratif français révèle qu'au sein de leurs environnements normatifs respectifs, les unes et les autres sont porteuses d'une culture juridique distincte, laquelle reflète l'existence d'une pluralité de cultures juridiques véhiculées en droit américain et en droit français. De même que l'importance de la source législative en droit administratif américain tranche avec la nature essentiellement jurisprudentielle du reste de l'ordonnement juridique, la place privilégiée du juge en droit administratif français contraste avec l'orthodoxie législative de la production juridique. L'analyse des sources révèle donc une similitude fondamentale même si, à d'autres égards, celle-ci apparaît relative.

La comparaison de l'économie générale respective des deux droits administratifs débouche, quant à elle, sur un constat de dissemblance, à tout le moins, à partir de 1946. Dans l'histoire du droit administratif américain, 1946 marque un tournant, car jusque-là, sa construction était fondée sur le contrôle hiérarchique, politique et juridictionnel, et faisait une place infime à la procédure administrative non contentieuse ; par ailleurs, il avait recours à des mécanismes de responsabilité personnelle civile et criminelle des agents tirés du *common law*. En revanche, depuis cette date, le droit administratif américain table autant sur l'encadrement pré-décisionnel à travers la procédure administrative non contentieuse que sur le contrôle post-décisionnel de nature législative ou juridictionnelle. Le droit administratif contemporain français contraste avec son homologue américain, d'une part, par la faiblesse persistante de son dispositif a priori, en dépit des progrès acquis en la matière depuis vingt cinq ans, et, d'autre part, par la place qu'il réserve au contrôle a posteriori reposant principalement sur le juge et accessoirement sur le Parlement.

I. LA SIMILITUDE DE LA STRUCTURE GÉNÉRALE DU SYSTÈME DES SOURCES

A. - *La culture juridique propre du droit administratif*

La promulgation en 1946 de la loi sur la procédure administrative ou *Administrative Procedure Act* (APA) marque un processus de rupture du droit administratif américain avec le droit anglais, le chef de file de la famille de *common law*. La quasi-codification qu'opère cette loi révèle non seulement une mutation des sources mais encore une sophistication de la méthode législative d'ordonnement des normes, car, jusqu'alors, la Cour Suprême se bornait à interpréter la Constitution ou à recourir au *common law*¹⁵. Ainsi, au lendemain de la seconde conflagration mondiale, le Congrès est entré en concurrence avec la Cour Suprême pour la définition de ce droit, en même temps qu'il empruntait, implicitement du moins, à la famille romano-germanique, ce recours à la codification.

Le rapprochement de cette évolution des sources du droit administratif américain et celles du droit administratif français révèle au moins deux caractéristiques communes entre les deux systèmes. D'une part, la quasi-exclusivité¹⁶ jurisprudentielle que l'on voit à l'œuvre dans la construction du droit administratif américain des origines offre un parallèle avec la paternité exclusive originelle du Conseil d'État à l'égard du droit administratif français. Au cours de ce premier âge inspiré par le *common law*, la possibilité offerte par le droit administratif américain de revendiquer ses droits dépendait de l'existence des *writs* accordés par les tribunaux; de même, en droit administratif français, les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir ou du recours contentieux définis par le Conseil d'État, conditionnait au fond l'accès à la justice administrative. Si la réalité originelle du droit administratif américain se conforme à l'orthodoxie du *common law*, le droit administratif français fait figure d'exception au sein de l'ordonnement juridique français, dont les diverses branches témoignent de la pluralité des cultures juridiques françaises¹⁷.

¹⁵ J. F. DUFFY, « Administrative common law in judicial review », *77 Texas Law Review*, 113, 1998 ; J. MASHAW, « Recovering American administrative law: Federalist foundation 1787-1801 », *115 Yale Law Journal*, 1256, 2006 ; R. B. STEWART, « Administrative law in the twenty-First Century », *78 New York University Law Review*, 437-60, 2003 ; K.F. WARREN, *Administrative law in the political system*, Westview press, 1997, p. 23.

¹⁶ Au regard de l'existence de la source constitutionnelle dès l'origine, il paraît plus exact de parler de quasi-exclusivité que d'exclusivité tout court. D'autre part, des travaux récents démontrent que le rôle du Congrès comme source de délégation de pouvoir législatif au cours de la période 1787-1801 a été sous-estimé. J. MASHAW., *op. cit.*, note 14.

¹⁷ J. BELL, *French legal cultures*, Butterworths, 2001, p. 242 et s.

D'autre part, dans les deux cas, un tandem loi-jurisprudence s'est substitué à la quasi-exclusivité de la source jurisprudentielle initiale. Aux États-Unis, la substitution commence à prendre forme avec les délégations de pouvoir législatif consenties aux agences par le Congrès et s'affirme de façon déterminante à l'avènement de l'APA. Dès lors, le droit administratif des États-Unis, général ou spécial, invite à l'étude des textes de loi, à leur interprétation et à l'examen de leur conformité à la Constitution. La création jurisprudentielle qui s'y déploie est conditionnée par l'ubiquité de la norme législative, sauf à en appeler à la supériorité de la norme constitutionnelle. Le juge interprète les lois en se référant volontiers à l'intention du législateur, ce qui n'est pas sans évoquer les méthodes du juge de tradition civiliste. Ainsi, il recourt savamment à cette méthode pour déterminer, par exemple, le champ d'application du contrôle juridictionnel ou identifier la procédure applicable à une action administrative. Précisément - révélation suprême de sa vitalité d'interprète-créateur de droit - il a élaboré une explication de texte des dispositions de l'APA organisant la participation du public à la procédure réglementaire qui, aux dires de la doctrine américaine, a bouleversé le droit administratif d'outre-Atlantique¹⁸. Simultanément cependant, il peut témoigner d'une frilosité déconcertante. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il s'efface devant l'expertise administrative face à l'ambiguïté d'une loi de délégation¹⁹.

La montée en puissance du Congrès dans la définition des règles administratives signale la diversité de cultures juridiques des différentes branches du droit américain. L'imprégnation législative du droit administratif tranche ainsi avec la teneur franchement jurisprudentielle du droit de la responsabilité civile, par exemple. Dans le cas de la France, l'intervention également plus fréquente du législateur en droit administratif renoue avec la fidélité à la loi, ce qui apparaît bien naturel pour un pays, s'inscrivant, en principe, la tradition romano-germanique. Cette variété de cultures juridiques de part et d'autre de l'Atlantique, ainsi que la similitude dans l'évolution des sources du droit administratif de deux pays conventionnellement classés dans des familles juridiques distinctes, fragilise directement la valeur du critère des sources du droit pour la classification des systèmes juridiques²⁰.

Il reste à noter la persistance de l'emprise du juge en droit administratif américain en dépit de la quasi-codification de ce corpus juridique opérée dans les années 1940. Ce dernier se présente encore comme un droit jurisprudentiel. L'irruption du Congrès n'a pas annihilé les ressorts de la

¹⁸ *Infra* II.A, p.17.

¹⁹ *Infra* II. A. p. 20.

²⁰ D. CUSTOS, « The Status of Jurisprudence in France and in Louisiana », *51 Loyola Law Review*, 73, 2005.

création jurisprudentielle car le juge américain a su exploiter les ressources de l'interprétation de la loi et de la Constitution pour conserver sa place stratégique de co-architecte du droit administratif. Qui plus est, malgré l'adoption de l'APA, le juge a gaillardement répondu aux exhortations du mouvement du *New Federal Common Law*, particulièrement influent au cours des années 1950-1970. Sur un tel fondement, il s'en est purement et simplement remis aux ressources du *common law*, et a procédé à une production normative *praeter legem*, voire parfois *contra legem*²¹.

Autant dire qu'à la manière de son homologue français, le juge américain a su s'habituer à la présence de la loi. D'ailleurs, cet état des rapports entre loi et jurisprudence aux États-Unis permet d'éclairer le débat sur la codification du droit administratif en France. Au vu de l'exemple de son homologue américain qui a survécu de façon fort honorable à une quasi-codification à droit partiellement inconstant, le Conseil d'État devrait trouver des raisons d'apaiser ses craintes d'anéantissement, et ceci, d'autant plus que la codification opérerait à droit constant à son endroit.

La similitude de la structure générale des sources ne saurait cacher des différences de taille qui peuvent être détectées quand la comparaison appréhende la place des sources constitutionnelles et internationales ou l'organisation interne des sources jurisprudentielles.

B. - *Les limites de la similitude*

En premier lieu, la reconnaissance des racines constitutionnelles du droit administratif est un phénomène ancien aux États-Unis. Aucune période de légicentrisme n'a terni le règne du texte de 1787 sur le monde des agences. Même si son emprise reste conditionnée par les fluctuations de l'interprétation jurisprudentielle, la source constitutionnelle n'a pas à se terrer pour laisser la loi exercer son effet d'écran à l'égard de l'acte administratif. Ainsi, avant comme après l'intervention de l'APA, la clause du *due process*²² servait et sert de référence à la détermination de la procédure applicable, a priori ou a posteriori. De même, le droit de ne pas témoigner contre soi-même s'enracine directement dans le Cinquième Amendement.

Y figure également le droit à une juste indemnisation en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ou *Takings Clause*, qui fait écho à l'article 17 de la Déclaration de 1789. En revanche, à la différence de

²¹ J.F. DUFFY, *op. cit.* note 14.

²² Cinquième (à l'adresse de l'État fédéral) et Quatorzième Amendements (à l'adresse des États fédérés).

la solution française, la Constitution américaine, en dehors de diverses précisions législatives ponctuelles, demeure l'unique fondement textuel de l'opération quand elle intervient au niveau fédéral. S'agissant du contrôle juridictionnel de l'expropriation, la Cour suprême, à l'instar du Conseil d'État, retient depuis longtemps une conception large de l'utilité publique. Mais la Cour se distingue de son équivalent français en ce qu'elle se contente d'employer un contrôle simple. Elle a ainsi, en 2005, confirmé l'extension de la notion au développement économique dans la décision *Kelo*²³, laquelle a suscité une forte controverse aussi bien dans le public qu'au Congrès. En autorisant une expropriation qui, tout en visant à la réalisation d'un plan de revitalisation urbaine, bénéficiait à des promoteurs immobiliers, nouveaux acquéreurs des biens expropriés, la Cour a été accusée de sacrifier le droit des petits propriétaires et des communautés locales et d'élever dangereusement l'intérêt privé des promoteurs immobiliers au rang d'intérêt public. En outre, en réitérant sa fidélité à la pratique de la déférence à l'égard des choix des autorités administratives, elle a refusé d'appliquer un contrôle approfondi du motif économique. La timidité du mode d'examen juridictionnel employé par la Cour suprême tranche évidemment avec le contrôle de quasi-opportunité qu'exerce le Conseil d'État quand il dresse le bilan coûts-avantages de l'expropriation. Néanmoins, la différence de degré du contrôle est à relativiser au regard de la rareté des annulations des décisions d'expropriation tant par la Cour Suprême, que par le Conseil d'État. Il reste que, dans le cas américain, le caractère diffus du contrôle de constitutionnalité, le monisme juridictionnel, et la faible médiation législative de l'empire de la Constitution se conjuguent pour brouiller la frontière entre droit constitutionnel et droit administratif, et faire du contentieux de l'expropriation un contentieux où l'imbrication de ces matières trouve remarquablement à s'exposer.

En second lieu, la source internationale se déploie de façon différente compte tenu des choix nationaux respectifs relatifs aux rapports entre droit interne et droit externe. Certes, l'approche dualiste de la relation entre droit national et droit public international aux États-Unis tranche avec le monisme consacré par la Constitution de 1958, imposé par la CJCE pour ce qui concerne le seul droit communautaire et embrassé par le Conseil d'État depuis 1989 pour l'ensemble du droit international et communautaire. Mais l'invalidation, le 29 juin 2006²⁴, au nom des Conventions de Genève de 1949, de la création des commissions militaires instituées par les États-Unis pour juger les membres d'Al Kaeda faits prisonniers en Afghanistan, offre

²³ *Suzette Kelo v. City of London*, 545 U.S. 965 (2005), 125 S. Ct. 2655 (2005).

²⁴ Supreme Court, *Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of Defense*, 29 juin 2006. La violation porte en particulier sur le droit de connaître et d'examiner les accusations et preuves pesant contre soi.

une lumineuse illustration de la force du droit international appliqué à l'autorité militaire, du moins, une fois qu'il a été incorporé dans le droit national.

Par delà ce ponctuel rappel à l'ordre, l'influence du droit international sur le droit administratif américain prend une allure de lame de fond. Certes, de prime abord et en l'état actuel du droit, le système interaméricain de protection des droits et les accords régionaux de libre échange tels que l'ALENA, semblent loin, soit en raison de la relative rareté de l'invocation contentieuse du premier, soit en raison de la nature intergouvernementale des seconds, de pouvoir restructurer des pans entiers du droit administratif américain comme cela s'est produit en France sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit communautaire. Mais, quand on saisit l'internationalisation du droit administratif américain comme une des manifestations de la globalisation, on prend mieux la mesure du mouvement que celle-ci produit en profondeur. Non seulement on observe un phénomène de restructuration organique à travers la hiérarchisation des normes nationales et internationales accompagnés d'une tendance au brouillage de la distinction public/privé, mais on perçoit encore une déstructuration du régime administratif américain. Ce n'est pas tant la dimension matérielle de cette dernière que sa dimension procédurale qui inquiète certains commentateurs²⁵, dans la mesure où les modes de décision sous forme de réseaux pratiqués dans le cadre de la globalisation²⁶ court-circuitent les acquis de la démocratie administrative américaine symbolisée par la procédure dite de *notice and comment*²⁷. Alors même qu'en France, l'eupéanisation de la procédure administrative évoque les avancées de démocratie administrative (avec le développement des principes d'impartialité, du contradictoire, de la confiance légitime, de la proportionnalité...), outre-Atlantique, la globalisation est perçue comme une menace de subversion des valeurs de transparence, de participation et de responsabilité qui irriguent le droit administratif national. En dépit de la teneur respective du bilan de l'évolution, le droit administratif de la globalisation, ou « *global administrative law* », constitue ainsi le tout

²⁵ A. C. AMAN, *Administrative Law in a Global Era*, 1992 ; « Proposals for Reforming the Administrative Procedure Act: Globalization, democracy and the Furtherance of a Global Public Interest », 6 *Indiana Journal of Global Studies*, 397, 1999 ; « Globalization, Democracy and the Need for a New Administrative Law », 10 *Indiana Journal of Global Studies*, 125, 2003 ; The Democratic Deficit: Taming Globalization through Law Reform, 2004. C. KOCH, « Introduction: Globalization of Administrative and Regulatory Practice », 54 *Administrative Law Review*, 349, 2002.

²⁶ L'Organisation Mondiale du Commerce, la Banque Mondiale ou la Commission de la Coopération en matière environnementale dans le cadre de l'ALENA.

²⁷ *Infra*: II.A.

dernier domaine d'investissement des administrativistes américains, comme on l'observe également au sein de la doctrine française²⁸.

Enfin, quand bien même les deux droits administratifs accordent une place privilégiée à la figure du juge, la source jurisprudentielle s'exprime dans ces environnements juridictionnels distincts que forment, d'une part, le dualisme juridictionnel français et, d'autre part, le monisme juridictionnel américain. L'attachement à un ordre juridictionnel unique est justifié, aux États-Unis, par la fidélité à la version américaine de la séparation des pouvoirs « laquelle souligne tout à la fois l'importance qu'il y a à ménager un droit de regard entre les trois branches du pouvoir et la nécessité d'éviter, non la concurrence, mais la possible domination de l'une quelconque d'entre elles. »²⁹ De fait, la Cour d'appel du District de Columbia, concentre à son profit une bonne part du contentieux administratif, ce qui lui confère une sorte de spécialisation parmi les autres cours d'appel. Mais, c'est l'existence des *Administrative Law Judges* (ou ALJ) qui permet de poser la question de l'éventualité d'une évolution vers la création d'un ordre juridictionnel administratif, du moins au niveau infra-fédéral. En réalité, ces *Administrative Law Judges* s'analysent plutôt comme des employés publics d'agences qui, en première instance, président à l'*adjudication*, forme d'action administrative située à mi-chemin entre la décision individuelle et l'acte de jugement à la française. En dépit de leur indépendance statutaire et de leur séparation structurelle³⁰ au sein des agences, leurs décisions d'*adjudication* ne valent qu'en tant que recommandations ou décisions initiales. En effet, les premières sont soumises à l'approbation de l'agence, les secondes sont susceptibles d'une sorte de recours administratif devant une instance d'appel interne à l'agence ou devant le collège des commissaires. En outre, les décisions finales restent passibles du contrôle juridictionnel assuré par les juges ordinaires. Les ALJ ne constituent donc nullement, en l'état actuel des choses, un corps de juges qui priverait les juges ordinaires d'une partie du contentieux, quoique la nature d'acte quasi-juridictionnel de l'*adjudication* confère à cette dernière un air de justice retenue. Les ALJ se présentent comme des agents publics triplement spécialisés : en droit administratif, en *adjudication*, et dans la matière de régulation spécifique de l'agence qui les emploie. Cependant, dans la moitié des états fédérés, leur organisation sous la forme de *Central Panel of*

²⁸ J-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, Clefs, 2003 ; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWART, J. WIENER, « The Emergence of Global Administrative Law », *68 Law and Contemporary Problems*, 2005 ; V. aussi les références citées à la note 25.

²⁹ P. STRAUSS, « An introduction to administrative justice in the United States », *Carolina Academic Press*, 2002, p. 297.

³⁰ D. CUSTOS, *op. cit.*, 1999.

Administrative Law Judges, constitue un affinement qui, combinant spécialisation matérielle³¹ et séparation organique, semble préfigurer un processus de dédoublement de l'ordre juridictionnel. En effet, l'inscription sur la liste dudit *Board* emporte leur détachement des agences et leur regroupement au sein d'un organisme distinct chargé de les affecter, selon les besoins, aux tâches d'*adjudication* à effectuer auprès de ces dernières. Le principe de l'examen de leurs décisions dans des conditions habituelles par les tribunaux ordinaires indique suffisamment les limites d'une telle évolution.

Il reste qu'au niveau infra-fédéral, le cas de la Louisiane est tout à fait original. Non seulement un *Central Panel* ou *Division of Administrative Law* y a été établi en 1996³², mais encore, depuis 1999³³, l'agence a perdu son pouvoir de réformation ainsi que celui de contester les décisions de l'ALJ devant les tribunaux. En d'autres termes, la décision de l'ALJ devient définitive si elle est défavorable à l'agence. La voie juridictionnelle n'est ouverte que quand l'autre partie déboutée ou insatisfaite entend faire valoir ses droits devant les tribunaux. Cette perte ponctuelle du droit d'ester en justice frappant l'agence, vaut absence de contrôle juridictionnel dans cette hypothèse précise et revient à instituer l'ALJ comme concurrent de l'ordre juridictionnel proprement dit. La Louisiane est donc un exemple à suivre de près car il se pourrait bien qu'il préfigurât l'émergence d'un dualisme juridictionnel aux États-Unis, à tout le moins au niveau infra-fédéral, sauf à penser que cet aspect du régime juridique de l'acte d'*adjudication* en Louisiane constitue simplement une exception au principe de la soumission de l'action au contrôle juridictionnel, quand bien même l'action administrative concernée est précisément celle que la théorie administrative américaine assimile à l'acte juridictionnel. Quelle que soit la conclusion retenue, la présente analyse démontre, au passage, que le droit administratif des États offre un gisement que la comparatiste aurait tort d'ignorer.

II. LA DISSEMBLANCE QUANT À LA PLACE FAITE À LA PROCÉDURE NON CONTENTIEUSE

La similitude de la structure fondamentale des sources des droits administratifs américain et français va de pair avec une dissemblance des stratégies respectives d'encadrement juridique de l'administration. Historiquement, le contrôle juridictionnel assuré par un juge ordinaire ou

³¹ La spécialisation est réduite en ce qu'elle ne concerne plus une spécialité réglementaire particulière de l'agence. Elle est limitée à la pratique du droit administratif et de l'*adjudication*.

³² 1995 La. Acts No. 739, § 1. Date d'entrée en vigueur: 1^{er} oct. 1996.

³³ 1999 La. Acts No. 1332. Date d'entrée en vigueur: 12 juill. 1999.

spécial, selon le cas, est la méthode privilégiée de soumission de l'administration au droit de part et d'autre de l'Atlantique. Mais, tandis que les avancées du contrôle exercé par le juge administratif continuaient de servir de mesure principale de la démocratie administrative dans l'Hexagone, à partir de 1946, celle-ci, outre-Atlantique, est évaluée également, sinon principalement, à l'aune de la discipline procédurale imposée aux agences dans la prise de décision. Assurément, en France, aujourd'hui, la citoyenneté administrative s'entend non plus seulement de la garantie contentieuse mais aussi de la protection non contentieuse. Néanmoins, en dépit du rattrapage en cours sur ce terrain-ci depuis le décret de 1983 et sous l'influence du droit européen, la construction du droit administratif français présente un déséquilibre persistant, tant l'encadrement pré-décisionnel de l'acte administratif demeure encore en chantier. Comparativement, l'économie générale du droit administratif américain contemporain, témoigne d'un équilibre entre le volet procédural a priori et le volet juridictionnel a posteriori. En effet, depuis l'avènement de l'APA, le droit administratif des États-Unis ne traite plus seulement de l'organisation des compétences et du contrôle juridictionnel des agences³⁴, mais encore il règle également les garanties procédurales de l'exercice du pouvoir administratif³⁵. Ce faisant, l'APA devance durablement le droit administratif anglais³⁶. Il combine ainsi dans un texte unique et avec une égale attention garanties en amont et contrôle juridictionnel en aval alors même qu'à ce jour, le modèle anglais ne présente toujours pas cette somme codifiée de règles uniformes³⁷. Par ailleurs, les insuffisances relatives dont souffrait le contrôle juridictionnel, en dépit de son antériorité, ont commencé à s'estomper vers la fin des années 1960, grâce à la reconnaissance d'une présomption du caractère contrôlable de l'action administrative³⁸ et grâce à l'adoption d'une conception large du droit à agir, qui sans atteindre les conditions du recours objectif à la française, a permis d'ouvrir la porte des tribunaux à de nouvelles catégories de plaideurs³⁹.

L'attachement au procéduralisme, dans le cas américain, peut s'expliquer par la différence de contexte politico-administratif. L'absence

³⁴ GOODNOW, *op. cit.* 1893, p.8-9.

³⁵ K.F. WARREN, *Administrative law in the political system*, Westview press, 1997, p. 23.

³⁶ J. McLEAN, « Divergent legal conceptions of the state: Implications for global administrative law », *68-AUT Law & Contempt. Probs.*, 167-168, 2005.

³⁷ O. HOOD PHILIPPS, P. JACKSON, & P. LEOPOLD, *Constitutional law and administrative law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, p.672. Le *Tribunals and Inquiries Act* peut cependant être considéré comme un pas vers la codification mais celle-ci ne couvre ni les ministères ni l'administration locale.

³⁸ *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967).

³⁹ *Association of Data Protection Service Organization v. Comptroller of currency of the U.S.*, 397 U.S. 150 (1970).

d'un juge spécialisé susceptible d'assurer un contrôle adapté, la puissance et le nombre des agences indépendantes porteuses de polycentrisme, la multiplicité des autorités réglementaires dont les effets centrifuges se trouvent exacerbés par l'ampleur des délégations législatives, désignent, en quelque sorte, la procédure non contentieuse comme méthode de légitimation de substitution d'instances non élues.

La place de choix faite à la procédure administrative peut également s'apprécier au regard de la conception de l'administration et de l'action publique. Outre-Atlantique, la controverse entre puissance publique et service public est dépourvue de signification. Le droit administratif constitue avant tout un droit de la régulation⁴⁰. Celle-ci, dans un contexte de forte défiance à l'égard de la *bureaucracy*, est perçue comme une menace pour la liberté et la propriété qu'il convient de protéger non seulement à travers des contrôles a posteriori mais encore au moyen de procédures préalables.

Ainsi, le régime des agences ne s'ordonne pas autour de notions de puissance publique et de service public. Il se nourrit, depuis 1946, d'exigences de participation et de transparence, d'impartialité et de responsabilité. Il intègre, depuis les années 1980, un souci aigu d'équilibre des coûts et avantages de l'action administrative. Corrélativement, l'action publique économique et sociale privilégiant l'intervention indirecte, les services publics non régaliens n'ont jamais occupé le premier plan du paysage administratif comme c'était le cas dans l'Hexagone avant les vagues de privatisation. La structure fédérale pose d'ailleurs des limites intrinsèques à la création de services publics fédéraux⁴¹. Même quand elles existent, les personnes publiques à vocation économique et sociale n'occupent pas de façon monopolistique le champ d'activité concerné. Elles le partagent avec l'initiative privée⁴².

L'intervention étatique indirecte recourt à des formes diverses d'association des personnes privées⁴³. La régulation par des agences indépendantes est la plus connue. Son importation en Europe dans le cadre du démantèlement des monopoles publics a définitivement assuré sa notoriété et son succès. Celle-ci favorise cependant une double méprise. Elle tend tout d'abord à occulter la régulation effectuée par les agences

⁴⁰ D. CUSTOS, La Notion américaine de régulation in G. MARCOU: « Droit de la régulation, service public et intégration régionale », L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, Paris, vol. 1, 2005, pp.145-165.

⁴¹ La Constitution procède à une énumération limitative des compétences fédérales : Art. 1 Sect. 8.

⁴² Dans chaque État fédéré, de la maternelle à l'université, le secteur privé de l'éducation scolaire est un pourcentage important des élèves et étudiants.

⁴³ Versement d'aides à des entreprises privées, à des organisations religieuses, politiques fiscales.

d'exécution⁴⁴ ou par les agences d'exécution indépendantes⁴⁵. Elle fait ensuite silence sur le fait que l'agence indépendante de régulation est née en pleine période réglementariste outre-atlantique⁴⁶. En cela, son utilisation à des fins de libéralisation aux États-Unis et en Europe ne l'érige pas tant en instrument intrinsèque de dérégulation qu'elle en démontre la plasticité à travers les âges de la régulation.

Reflétant la faiblesse de l'intervention économique directe, aux États-Unis, la privatisation touche en particulier les services publics régaliens, tels que la prison, ou les services publics sociaux, tels que l'accès aux prestations du *Welfare*. À la différence de l'expérience française de privatisation des entreprises publiques, la privatisation des prisons américaines ne consiste pas tant à réattribuer à l'entreprise privée le rôle ravi par l'État interventionniste que d'expulser l'État-gendarme de la gestion de son domaine propre. S'agissant des services sociaux, la nature religieuse de certains des nouveaux gestionnaires offre une illustration saisissante d'une dé-sécularisation de la fonction redistributive à mettre en parallèle avec le républicanisme français. Il reste qu'aux États-Unis, la privatisation a débouché sur une question connue en droit administratif français, celle de l'étendue du champ d'application du droit administratif. L'interrogation porte singulièrement sur les garanties procédurales.

A. - *La procédure non contentieuse* *pilier de la démocratie administrative américaine depuis 1946*

Précisément, la Constitution fournit la clause du *Due Process*, laquelle fut exploitée pour fonder le droit d'être entendu avant le prononcé d'une décision administrative individuelle portant atteinte à la vie, la liberté et la propriété. Outre-Atlantique, le droit d'être entendu fondé sur le *Due Process* intègre un principe de motivation⁴⁷ alors que celui né de la *natural justice* anglaise n'en comporte pas et qu'il a fallu attendre une modification du *Tribunals and Inquiries Act* en 1971⁴⁸ pour que l'expression des motifs en droit administratif soit exigée outre-Manche. La conception consubstantielle du droit d'être entendu et de l'obligation de motiver observée aux États-Unis se distingue aussi du régime français, lequel n'établit de lien entre les deux

⁴⁴ Il s'agit des agences situées au sein des ministères.

⁴⁵ Bien qu'à leur tête figure un administrateur passible de révocation discrétionnaire, elles ne sont pas insérées dans un ministère.

⁴⁶ D. CUSTOS, *Agences indépendantes de régulation américaines et autorités administratives indépendantes françaises*, Politiques et Management Public, 2002, n. 1, p.85.

⁴⁷ *Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 254 (1970).

⁴⁸ *Wade Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 547 et 934.

exigences procédurales que depuis le décret du 28 novembre 1983 et la loi du 12 avril 2000, d'une part, et la jurisprudence Bodin de 1990⁴⁹, d'autre part.

Par conséquent, bien avant l'intervention de l'APA, cette garantie essentielle des droits du citoyen face à l'administration est consacrée avec une valeur juridique suprême. Le *Due Process* étant inapplicable à la matière réglementaire⁵⁰, c'est l'APA qui étend le droit à une audition administrative à la confection des règlements. Pour ceux résultant d'une procédure dite formelle (*formal rule making*)⁵¹, ledit droit se concrétise en principe⁵² à travers une audition pure et simple, c'est-à-dire de forme orale. Cet élargissement du champ d'application du droit d'être entendu présente une innovation significative puisqu'elle sous-entend que la qualité de titulaire d'un tel droit peut exister pour l'action administrative en général, qu'elle soit individuelle ou réglementaire. Le caractère innovant de cette quasi-généralisation semble être passée inaperçue à l'étranger. Mais, au vu de la jurisprudence de la CJCE, elle est certainement digne d'intérêt théorique, malgré la sous-utilisation du *formal rule making* dans les faits. En effet, elle opère dans un sens contraire à la prise de position de la juridiction européenne qui a refusé d'établir un lien entre le droit à audition dans le cadre d'un acte individuel et le droit à participation dans le cadre d'un acte réglementaire⁵³. En outre, pour les autres règlements, ceux issus d'une procédure dite informelle ou *informal rule making*⁵⁴, la loi de 1946 consacre un principe général de motivation ainsi qu'un droit de participation à la procédure réglementaire, synonyme de *paper hearing* ou d'audition écrite⁵⁵.

En effet, la relation entre l'administration et l'administré a intégré, relativement tôt, des impératifs de démocratie administrative. Depuis un peu plus d'un demi-siècle, l'administré fait donc moins figure d'assujéti que de citoyen. La consécration du pouvoir réglementaire est révélatrice à cet égard. Dans le cadre d'une constitution qui, tout en confiant au Président l'exécution des lois, n'attribue pas de façon explicite le pouvoir réglementaire, le pouvoir d'émettre des règles générales et impersonnelles

⁴⁹ CE. 19 janvier 1990, *Mme Bodin*, Lebon, p.553, AJDA, 1990, p. 93.

⁵⁰ C. KOCH, « *Some kind of hearing in England* », 23 *William and Mary Law Review*, 219-250, 1981.

⁵¹ 5 U.S.C. & 553 (c) et 554. Le *rate-making* ou réglementation des prix est qualifié de *rule-making* par la section 551(4) de l'APA; dans la plupart des cas, la loi de délégation l'associe à une procédure de *formal rulemaking*.

⁵² La section 556 (d) rend possible, par exception, la procédure écrite.

⁵³ P. CRAIG, « *Process Rights in Adjudication and Rulemaking: Legal and Political Perspectives* », in J. ZILLER, « *Quoi de Neuf en Droit Administratif Européen* », EUI Working Papers, 2005/10. p. 25 et s.

⁵⁴ 5 U.S.C. & 553 .

⁵⁵ La section 553 (c) mentionne la possibilité d'une participation de forme orale.

reconnu aux agences est analysé comme un pouvoir quasi-législatif ou législatif. Dès lors, la question de la constitutionnalité de son attribution par le législateur présente une nuance par rapport au droit français. En effet, il ne s'agit pas tant de savoir si la compétence pour attribuer un pouvoir normatif général et impersonnel distinct du pouvoir législatif revient au Parlement ou au Constituant. Il s'agit surtout de savoir si le législateur a le droit de déléguer le pouvoir législatif que lui a confié le constituant. Dans un cas, l'accusation implicite d'usurpation à l'adresse du législateur que recèle la question concerne un pouvoir autre et inférieur à celui de l'auteur présumé de l'usurpation. Dans l'autre, elle a trait au pouvoir même de l'accusé. Tandis que le Conseil constitutionnel est invité à se prononcer sur la compétence du Parlement pour élargir le cercle des autorités réglementaires, la Cour Suprême est appelée à déterminer la validité de la délégation du pouvoir législatif par son titulaire attitré. Non seulement l'approche américaine place l'administration comme concurrente directe du Congrès mais encore elle désigne celle-ci comme exerçant un des trois pouvoirs constitutionnels. En outre, de l'autre côté de l'Atlantique, cette question se pose pour toutes les agences et pas seulement pour l'équivalent fonctionnel des AAI⁵⁶. Aux États-Unis, la dispersion des compétences normatives, qui est dénoncée comme une source de distorsion de l'ordre constitutionnel, n'est donc pas due à l'attribution de compétences aux seules agences indépendantes, qui occupent une place exceptionnelle au sein du système politico-administratif, mais également aux dotations normatives généreuses dont bénéficient, au cœur même des pouvoirs publics, les agences exécutives, et qui dépouilleraient aussi le législateur.

La nuance importe, car, perçue en termes de partage du pouvoir réglementaire, la question comporte des implications bien différentes de celles qui découlent de la perception en termes de partage du pouvoir législatif. Le régime de ce pouvoir législatif délégué est donc tout entier empreint de la nécessité d'entourer son exercice de garanties propres à compenser le fait qu'il est placé entre des mains autres que celles des représentants du peuple. Par conséquent, outre-atlantique, la construction du pouvoir normatif général et impersonnel des agences tend à suivre de plus près celle du pouvoir législatif du Congrès. L'exigence de démocratie administrative affleure ainsi aisément, comme un prolongement naturel de la démocratie politique. Il est en fait question d'assurer une démocratie de substitution devant les agences en tant que législateurs délégués. Le mécanisme constitutionnel de la loi adoptée par le Congrès sert de modèle à

⁵⁶ D. CUSTOS, « The rulemaking power of American independent regulatory agencies, U.S. report to the 2006 International Congress of Comparative Law », vol. 54 (Supp.) *American Journal of Comparative Law*, 615, 2006.

l'établissement des règles de confection de l'acte législatif d'origine administrative. Ainsi, l'APA organise la participation à l'acte législatif émis par les agences, dit *informal rulemaking* ou *notice and comment rulemaking*, sur la base d'une sorte de transposition des règles du débat législatif se déroulant au sein du Congrès. Le public, dûment informé du projet d'acte, peut argumenter par voie de commentaires (*comments*) écrits⁵⁷ en faveur ou en défaveur du projet pendant une période précise, tentant ainsi de recréer la discussion entre parlementaires. Cette participation directe du public sous forme de commentaires s'ajoute par conséquent à la consultation d'experts et de représentants de la société civile qui, quant à elle, est également pratiquée dans l'Hexagone.

En précisant chacune des étapes de l'*informal rulemaking*, la jurisprudence a considérablement renforcé ce droit de participation à la procédure réglementaire⁵⁸. La publication (*notice*) du projet d'acte doit ainsi comporter toutes les données fondamentales ayant informé la proposition. Le droit de commenter le projet de l'agence ne se limite pas seulement à la soumission de données, à l'énoncé de points de vue mais encore à la capacité de remettre en cause ledit projet. L'explication de la décision finale, autrement dit la motivation, qui, selon l'APA, devait être « concise et générale »⁵⁹, devient une longue présentation du raisonnement retenu et du fondement du rejet des commentaires les plus conséquents. Dans son souci d'éviter que la procédure de publication et des commentaires ne devienne un exercice de pure forme, la jurisprudence a adopté la posture exigeante dite du *hard look* et en est arrivée à accuser, jusqu'à la caricature, le concept d'audition écrite inspirant l'APA. Derrière l'oxymoron se cache la distorsion de la motivation, la transformation d'une procédure voulue légère en un acte de pesanteur administrative et l'usage de la discipline procédurale comme mode de rationalisation des choix administratifs. Sous l'effet d'une interprétation jurisprudentielle illustrant remarquablement le rapport entre loi et juge, l'inspiration législative initiale cède le pas à la juridictionnalisation de la procédure administrative réglementaire. Tel semble le prix à payer pour que l'intervention en amont des administrés ait un impact réel sur le travail administratif.

En réaction, les agences ont développé une stratégie d'évitement de la procédure réglementaire informelle à travers le recours à des *interpretive rules*, c'est-à-dire à des actes qui en principe n'affectent pas l'ordonnancement juridique et que l'APA lui-même a exempté des exigences procédurales propres au règlement informel⁶⁰. La jurisprudence

⁵⁷ Ils prennent une forme électronique à partir des années 1990.

⁵⁸ *U.S. v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F. 2d 240 (2d Cir. 1977).

⁵⁹ 5 U.S.C. & 553 (c).

⁶⁰ 5 U.S.C. & 553 (b).

américaine, dans un élan semblable à celui de son homologue français à propos des directives ou des circulaires, s'efforce de démasquer ces entreprises réglementaires déguisées, rétablissant au profit des citoyens les impératifs de la démocratie administrative⁶¹.

Il reste que le mimétisme procédural initialement recherché entre acte législatif du Congrès et acte réglementaire de l'agence rencontre des limites. En particulier, si les élections assurent une représentation à tous les citoyens, dans les faits, l'usage effectif des commentaires dans le cadre de la procédure administrative ne profite qu'à ceux d'entre eux qui disposent de l'expertise suffisante. En outre, l'accès inégal à Internet au sein de la société civile à l'âge électronique a des effets multiplicateurs sur ce phénomène. Enfin, il convient de ne pas perdre de vue que le recours aux commentaires peut offrir un terrain propice à la capture. En effet, lorsque seules les entreprises régulées sont en mesure de se prévaloir du droit de participer à l'élaboration de l'acte administratif, l'autorité administrative risque fort de subir de façon excessive l'influence des socio-professionnels. Néanmoins, les dissensions entre les différentes branches d'une industrie régulée dans un contexte concurrentiel ainsi que l'élargissement du cercle des participants à des associations de protection des consommateurs sont des facteurs de rupture, sinon de réduction, de la tendance captive intrinsèque du tête-à-tête initial entre agences régulatrices et entreprises régulées⁶².

En comparaison, la pratique française des consultations publiques par les autorités administratives indépendantes et par certains ministères fait doublement pâle figure, bien qu'elle soit potentiellement une voie d'importation de la procédure américaine de publication et de commentaires. D'abord, parce qu'elle est récente, elle ne peut prétendre constituer un trait profond de culture administrative pareil à celui qu'ont créé six décennies d'application aux États-Unis. Ensuite et surtout, parce qu'elle repose sur l'initiative des autorités concernées, elle est dépourvue de fondement juridique. En cela, elle ne jouit pas d'une codification qui, à travers l'uniformisation, généraliserait et accélérerait l'institutionnalisation. Elle ne peut davantage être sanctionnée par le juge, lequel pourrait par ailleurs utilement compléter l'œuvre législative. Il demeure donc que, quand bien même la démocratie administrative française intègre la transparence à l'instar de la démocratie administrative américaine⁶³, elle présente un retard

⁶¹ *Community Nutrition Institute v. Young*, 828 F. 2d 943 (DC Cir. 1987). R. PIERCE, « Distinguishing Legislative Rules from Interpretive Rules », 52 *Administrative Law Review*, 547, 2000.

⁶² D. CUSTOS, *La Commission Fédérale des Communications à l'Heure de Régulation des Autoroutes de l'Information*, L'Harmattan, Paris, 1999, p. 217.

⁶³ Freedom of Information Act ou FOIA en 1966, Federal Advisory Committee Act ou FACA en 1972, Privacy Act en 1976, Government in Sunshine Act en 1976.

sur le plan de la participation à la confection de l'acte réglementaire qui constitue le fleuron, pour l'heure inégalé, du premier âge de la citoyenneté administrative outre-Atlantique. D'ailleurs, outre la participation et la transparence, le droit administratif non contentieux américain comporte une procédure dite de la réglementation négociée qui non seulement réduit, comme les deux autres acquis procéduraux, la teneur hiérarchique de l'acte administratif, mais ébranle la nature unilatérale de ce dernier. La réglementation négociée codifiée en 1990⁶⁴ dans le cadre d'une procédure préalable à celle de l'*informal rule-making*, n'autorise l'administration et les destinataires du règlement qu'à marchander le contenu du projet d'acte administratif. Mais la logique de la négociation étant que l'administration, ravalée au rang de négociatrice, tienne les promesses faites à ses interlocuteurs, l'acte formellement unilatéral prend une forte allure d'acte plurilatéral. Cette technique négociée n'a pas encore, à proprement parler, été importée en France mais elle s'inscrit dans un mouvement de déréglementation et de brouillage de la distinction public-privé que l'Hexagone a embrassé dans son ensemble. D'autres formes de déréglementation à l'américaine consistent en la discrétion laissée à l'autorité administrative de suspendre l'application de la règle, et en l'auto-régulation volontaire ou requise.

B. - *Le contentieux administratif*

Malgré l'intensité associée à la posture dite du *hard look*, le contrôle du pouvoir discrétionnaire⁶⁵ de l'administration ne concerne, en principe, que la procédure. Il n'affecte pas la substance du choix fait par l'autorité administrative, encore que l'on puisse se demander si les exigences procédurales ainsi que la minutie de l'examen de la procédure suivie n'aboutissent pas à handicaper exagérément l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle approfondi qui conduit le juge administratif français à invalider une décision touchant aux libertés pour défaut de proportionnalité fait figure d'équivalent fonctionnel de cette approche juridictionnelle américaine. Mais, par delà l'identité des résultats, à savoir l'invalidation de l'acte administratif, il convient de ne pas perdre de vue deux facteurs distinctifs. D'abord, tout en s'interdisant l'un comme l'autre de substituer leur propre jugement à celui de l'agence ou de l'autorité administrative au nom de l'assignation constitutionnelle des rôles respectifs,

⁶⁴ Negotiated Rulemaking Act, 29 nov. 1990, Pub. L. n. 101-648, 104 Stat. 4969.

⁶⁵ Selon l'APA (5 U.S.C. & 704), le contrôle du pouvoir discrétionnaire peut être exempt de contrôle.

les juges en cause procèdent de fondements différents. Le juge américain, en ne sanctionnant qu'une imperfection procédurale, semble formellement plus respectueux dudit partage constitutionnel. Le juge français, en s'attaquant au contenu de l'acte proprement dit, frise l'usurpation. Néanmoins, le juge américain se réserve la possibilité de sanctionner la décision administrative sur le fondement d'« une erreur manifeste d'appréciation »⁶⁶, et s'autorise ainsi une incursion furtive sur le fonds de l'acte attaqué. Ensuite, la portée du fondement du jugement doit s'apprécier au regard du champ d'application de chacune des formes de contrôle juridictionnel. Le champ d'application du *hard look* est plus large qui couvre la procédure administrative en général, tandis que le contrôle approfondi pratiqué par le juge français est circonscrit à la matière des libertés.

L'appréciation de l'intensité du contrôle juridictionnel ne saurait se limiter au sort fait au pouvoir discrétionnaire. Lorsque, dans le cadre du contrôle de l'exercice du pouvoir réglementaire, il est question d'apprécier l'interprétation des termes ambigus de la loi constitutive de l'agence⁶⁷, les cours américaines observent une forte déférence à l'égard de l'expertise de l'agence promulguant des règlements ayant force de loi, ou *legislative rules*⁶⁸. Le juge s'efface devant l'interprétation de l'agence pour autant que celle-ci lui paraisse raisonnable. Au regard de cette condition de la déférence, il y aurait, par conséquent, une place potentielle pour une annulation pour erreur manifeste d'appréciation à la française quoique le contentieux américain n'en offre pas d'exemple saillant. Cette fidélité à l'expertise administrative est pratiquée même quand le juge a livré sa propre appréciation avant l'autorité administrative, comme l'a récemment décidé la Cour Suprême⁶⁹. En d'autres termes, la parole postérieure de l'interprète administratif prévaut sur la parole antérieure de l'interprète juridictionnel. Dans ses développements de 2005 la célèbre jurisprudence *Chevron* de 1984 tient ainsi en échec le *stare decisis* dans la mesure où le précédent interprétatif arrêté par le juge ne revêt qu'une valeur juridique temporaire, jusqu'à l'adoption d'une interprétation administrative. Une fois

⁶⁶ L'expression employée par la Cour Suprême des États-Unis est celle de « *clear error of judgment* » : *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971).

⁶⁷ Cette hypothèse de l'expertise administrative triomphante doit être distinguée de l'interprétation de l'APA où le juge retrouve ses droits d'interprète authentique.

⁶⁸ *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-845 (1984); *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 226-227 (2001); *Gonzalez, Attorney General v. Oregon*, 546 U.S. (2006), 126 S. Ct. 94 (2006). En revanche, les *interpretive rules* n'ont droit qu'à une faible déférence en fonction du caractère convaincant de l'interprétation: *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

⁶⁹ *National Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. (2005); 125 S. Ct. 2688 (2005). D. CUSTOS, L'Interprétation de la Loi aux États-Unis : le Triomphe de l'Expertise Administrative sur le *Stare Decisis*, Droit Administratif, oct. 2006, p. 13.

l'interprétation administrative énoncée, elle réduit à néant l'interprétation juridictionnelle. Par conséquent, l'arrêt *Brand X* de 2005 parachève le transfert de la compétence d'interprétation de la loi de délégation ambiguë du juge à l'agence tel qu'il avait été inauguré par l'arrêt *Chevron*.

Le sort respectif du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir d'interprétation de la loi de délégation qui ressort de la jurisprudence sur la mise en œuvre du pouvoir réglementaire semble paradoxal. En effet, l'acharnement procédural du juge là où, précisément, l'agence jouit de la liberté de choix, et l'abdication au profit de l'agence de la compétence d'interprétation de la loi constitutive, terrain pourtant habituellement considéré comme chasse gardée juridictionnelle, offrent une curieuse inversion des rôles. En réalité, l'acharnement procédural est révélateur de l'importance de la procédure non contentieuse dans le dispositif d'encadrement de l'action administrative. Il s'agit d'imposer à l'administration un modèle décisionnel qui, parce qu'elle organise de manière sophistiquée la participation des destinataires de l'acte, brise la tentation purement hiérarchique de la pratique réglementaire, et dès lors, reflète et simultanément renforce la qualité de citoyens desdits destinataires. Il s'agit de contraindre l'administration à une discipline réglementaire, de la forcer à une rationalisation procédurale propre à déboucher sur une décision précisément raisonnable. La forme étant, en l'occurrence, porteuse du fond, le pouvoir discrétionnaire de l'administration se trouve aiguillé vers la bonne administration sans pour autant que, formellement, le pouvoir judiciaire ne lui impose son propre choix. L'assignation à l'agence plutôt qu'au juge de la fonction d'interprète de l'ambiguïté législative dénote la vocation globalisante de l'expertise administrative. La qualité d'experte de l'agence justifie une dotation de compétences qui, faisant fi de la séparation constitutionnelle des pouvoirs, confond sans complexe entre les mains de celle-ci compétences relevant en principe du législatif, exécutif et du juridictionnel. Au titre de cette dernière catégorie, l'attribution englobe la fonction d'interprète suprême de tout énoncé ambigu du texte de loi. La confusion des pouvoirs associée à la régulation pratiquée à l'américaine comporte non seulement l'exercice d'un pouvoir de sanction par l'agence, comme cela est unanimement reconnu, mais encore, et cela semble passer inaperçu, l'exercice d'un pouvoir d'interprétation de la formulation ambiguë de la loi constitutive. Ceux-ci, par leur effet combiné, dépouillent apparemment le juge américain plus sérieusement que le juge français. Du moins, suggèrent-ils quelques-uns des termes du débat sur l'adaptation du contrôle juridictionnel des autorités de régulation et organismes spécialisés en France.

