



Autorégulation
Ledy Rivas Zannou

Lex Electronica
Volume 29-3

**Dictionnaire
de la
norme** Formaliser
l'informel

Sous la direction de
Vincent Gautrais

AUTORÉGULATION

Ledy Rivas ZANNOU¹

¹ Professeur au Département de droit - Université du Québec en Outaouais. Courriel : ledyrivas.zannou@uqo.ca

Notice importante : Le projet de *Dictionnaire de la norme* est initié et soutenu par la Chaire L.R Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique. La Revue scientifique *Lex Electronica* du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal accueille ce projet en lui consacrant un dossier spécial ouvert. Outre la version numérique, le projet paraîtra également en format papier.

Août 2024

(Version 0.1)

Table des matières

En guise d'introduction : remarques générales sur l'autorégulation	5
1. L'autorégulation comme source normative	7
1.1 La dimension normative de l'autorégulation	7
1.2 Les effets juridiques de l'autorégulation	9
2. L'autorégulation comme source normative supplétive et complémentaire de la régulation juridique	10
2.1 La fonction supplétive de l'autorégulation	11
2.2 La fonction de complémentarité de l'autorégulation	12
En guise de conclusion : l'autorégulation, un outil de démocratisation réglementaire ?	14

Synonymie et similitude. Autoréglementation² ; autocontrôle ; autodiscipline.

EN GUISE D'INTRODUCTION : REMARQUES GÉNÉRALES SUR L'AUTORÉGULATION

[1] Définition. *Sens 1.* Régulation [d'une fonction, d'un processus, d'une machine] par l'organisme, par l'ensemble fonctionnel lui-même, sans intervention extérieure (LAROUSSE, 2023). *Sens 2.* Elle vise l'élaboration et le respect volontaires de normes et de préceptes par ceux qui prennent part à une activité, sans autre forme de caractère obligatoire et contraignant (BERLEUR et ALL, 2002, p. 15). Toutefois, certains engagements volontaires peuvent s'avérer contraignants et sanctionnés en cas de non-respect (C.A PARIS, Affaire Erika, 2010). L'autorégulation décrit aussi l'autodiscipline de sa propre conduite par une régulation individuelle, prise à l'échelle d'une entreprise, ou comme membre d'un groupe d'entreprises qui s'autodisciplinent (BLACK, 1996, p. 26). En définitive, c'est l'essence privée des mécanismes d'autorégulation qui caractérise fondamentalement l'autorégulation des acteurs (PRIEST, 1997) et leur évolution par rapport à la régulation publique.

[2] Régulation et autorégulation. Préalablement au traitement de l'autorégulation, il sied de poser la distinction qu'elle entretient avec la régulation qui d'ailleurs, lui sert de cadre de référence. En effet, la régulation est une notion empruntée à la cybernétique qui désigne la capacité d'un système à se maintenir dans un état d'équilibre (DEPOVER, MÉLOT, STREBELLE et TEMPERMAN, 2016, p. 1). Elle s'opère à l'intervention d'un mécanisme de rétroaction orienté par les buts, tout du moins dans un système finalisé (WIENER, 1954). L'autorégulation quant à elle fait référence « aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité » (TRUDEL, 1989, p. 251). Elle se caractérise par l'initiative et le contrôle exercés par les acteurs privés dans la production, la diffusion et l'effectivité de la norme autorégulée.

[3] Théorie du droit et autorégulation. La compréhension de l'autorégulation doit s'entendre de prime abord sous l'angle d'une théorie du droit indistinctement des acteurs et des secteurs d'intervention. Ainsi,

la référence à l'autorégulation s'inscrit dans le contexte des sociétés hypercomplexes et du droit de l'État social. Certains y voient l'issue aux impasses respectives du droit positif contemporain : la "formalisation" et la "matérialisation" du droit. Du point de vue plus systématique, l'autorégulation est une composante de l'autopoïèse et participe alors d'un nouveau paradigme du droit, c'est-à-dire d'une manière d'observer et de décrire l'auto-conservation et l'auto-reproduction des sociétés hypercomplexes au travers des formes du droit positif (LIBOIS, 1998, p. 25).

[4] Suivant cette articulation théorique, il convient de s'interroger sur les besoins auxquels répond l'autorégulation. En effet, deux perspectives – l'une négative et l'autre positive – sont énoncées pour y répondre. Sur le plan négatif,

² Elle a une portée moins large et moins générique que l'autorégulation.

le mot d'ordre de l'autorégulation est censé contourner, du point de vue interne au droit positif, le double écueil de la juridictionnalisation et de la réglementation ; du point de vue externe au droit, l'autorégulation prétend dépasser les limites de la régulation strictement économique et de la moralisation immédiate des contenus et des conduites (LIBOIS, 1998, p. 26).

[5] D'un point de vue positif, l'autorégulation prétend répondre aux problèmes fonctionnels de régulation d'un secteur particulier de la société.

[6] **Crise de la modernité juridique et formes plurielles de régulation.** Les défis découlant de la complexité et des mutations sociales mettent en évidence tant la crise de la puissance normative de l'État que celle de ses instruments juridiques classiques – lois, décisions et contrats – de régulation. Évidemment, ces « nouvelles » dynamiques sociales s'accommodent difficilement de la conception pyramidale (KELSEN, 1962), hiérarchisée, autoritaire et unitaire de la régulation (FLÜKIGER, 2004, p. 166). En réalité, cette crise traduit la concurrence à laquelle se trouve confronté le droit de l'État puisque les centres d'impulsion normative se sont démultipliés avec l'émergence de nouveaux acteurs normatifs et la constellation organisée autour de la figure du réseau (OST et van de KERCHOVE, 2002 ; CHEVALIER 2003, p. 89 et s. ; MORAND 1999 ; ARNAUD, 1998, p. 147 et s.). Ainsi, on observe l'émergence de formes de régulation ne relevant pas directement du droit – et se qualifiant d'ailleurs de « non-droit » (CARBONNIER, 1979, p. 14) –. Parmi elles, on peut relever trois types d'autorégulation : le premier se déploie sous la forme d'autodiscipline en assurant un rapport de confiance qui ne peut s'instaurer que lorsque les acteurs concernés s'imposent une discipline. Le second quant à lui opère comme un relai visant à garantir et assurer le respect des lois et enfin, le troisième s'intègre comme une proposition ou un cadre contractuel en investissant le champ contractuel à la fois comme instrument de gestion des risques et de responsabilisation.

[7] **Technique régulatrice et champ d'application.** L'autorégulation fait partie des techniques de réglementation (TRUDEL, ABRAN, BENYEKHEF et HEIN, 1997, p. 3-1) qui rendent compte de la complexité de la régulation dans certains domaines. À titre d'illustration, elle se présente comme une alternative plus souple, plus adaptée aux environnements électroniques que la réglementation étatique (BERLEUR, et ALL, 2002, p. 12). Son développement, non strictement réduit à l'affichage de déclarations de devoirs et de droits professionnels et de certificats de qualité, correspond également à un changement dans la fonction du droit : la « conversion de l'hétéro-régulation juridique en contrôle d'autorégulation » (TEUBNER, 1996, p. 97. Cité par LIBOIS, 1998, p. 27). L'examen de son champ d'application *ratione personae* met en lumière des acteurs privés pour la plupart notamment, des associations privées dans plusieurs secteurs d'activité qui développent des principes déontologiques ou des normes techniques volontaires (TRUDEL, ABRAN, BENYEKHEF et HEIN, 1997, p. 3-34). Son champ d'application *ratione materiae* quant à lui, permet de relever que les domaines de mobilisation et d'intervention de l'autorégulation sont aussi divers et variés allant de la vente, de la publicité jusqu'au cyberspace qui fut à bien des égards, le domaine de son expérimentation et de sa révélation – renseigne sur la philosophie normative articulée autour de la « souveraineté de l'utilisateur » (TRUDEL, 1989, p. 190 et s.) ou de

l'acteur. Ainsi, l'autorégulation soumet une prise de pouvoir des acteurs dans la réglementation sectorielle

au point de point de le[s] placer au sommet de la hiérarchie des acteurs de la production normative (SCHULTZ, 2005, p. 57).

[8] Celle-ci s'exprime à travers des codes de conduites, des chartes ou lignes directrices conclus localement pour réglementer un secteur d'activité.

[9] Rôles fonctionnels de l'autorégulation. Les phénomènes de privatisation réalisés aux plans législatifs et juridictionnels renseignent sur le glissement des buts poursuivis par l'autorégulation c'est-à-dire, d'un but corporatif vers un but d'intérêt général ou les deux à la fois. Ainsi, nous soumettons le dépassement de la compréhension de l'autorégulation à partir de la seule fonction de défense des intérêts corporatifs. Il va sans dire que les fonctions de l'autorégulation varient suivant le domaine sectoriel retenu. Pour en faire la démonstration, notre réflexion sur l'autorégulation se limitera aux environnements numériques où elle opère avant tout comme un véhicule de réglementation. Elle est d'une part, une source normative (1) répondant de critères spécifiques. D'autre part, et d'un point de vue fonctionnel, elle se positionne tantôt comme une source suppléante dont les caractéristiques et les manifestations prétendent à bien des égards au remplacement de la régulation juridique et tantôt comme une source assurant une fonction complémentaire à la régulation juridique (2). En ce sens, elle s'inscrit dans une perspective de coopération réglementaire pour préciser et appliquer les dispositifs de la régulation juridique.

1. L'AUTORÉGULATION COMME SOURCE NORMATIVE

[10] Modalités opératoires. En tant que « technique juridique selon laquelle des règles de droit ou de comportement sont créées par des personnes auxquelles ces règles sont destinées à s'appliquer, soit que ces personnes les élaborent elles-mêmes soit qu'elles soient représentées à cet effet » (VAN OMMESLAGHE, 1995, p. 232), l'autorégulation est une source de normativité dont le centre d'impulsion est contrôlé par les acteurs privés. Suivant cette considération, comment opère cette source normative et quelle est sa valeur de ce pouvoir normatif ? Pour y répondre, il convient de revenir successivement sur les modalités opératoires de l'autorégulation à savoir : sa dimension normative (1) ainsi que ses effets (2).

1.1 LA DIMENSION NORMATIVE DE L'AUTORÉGULATION

[11] Nature normative de l'autorégulation. Faire état de la nature normative de l'autorégulation suppose de prime abord de convoquer celle de la régulation juridique provenant de l'État afin d'établir une comparaison utilitariste. Pour ce faire, il faut référer à l'ordre juridique étatique qui, pour la régulation sociale, comprend des dispositifs de régulation et de normalisation qui engendrent des institutions incarnant la contrainte ainsi que la mobilisation des ressources donnant corps à celle-ci (BOISMENU et GLEIZAL, 1988, p. 105). Cette référence fait valoir le caractère prescriptif, obligatoire et sanctionnateur de la norme juridique. Or, l'autorégulation procède d'une nature volontaire c'est-à-dire qu'elle produit des normes volontaires et acceptées par les

membres d'un secteur d'activité. En tant que tel, ces normes bien que non obligatoires revêtent pourtant à la fois une composante descriptive et une composante prescriptive. En effet, la composante descriptive de la norme autorégulée se traduit par la formalisation d'une façon de faire au sein de la communauté alors que la composante prescriptive se rapporte aux limites d'action des membres dans le domaine sectoriel visé et aux sanctions en cas de transgression. Ainsi, malgré le caractère volontaire qui prédomine dans cette technique réglementaire, elle dégage une nature normative et est soumise à certains critères de validité.

[12] Critères de validité. Comme tout système normatif, l'autorégulation tire sa validité de trois critères qui se rapportent à la légitimité des auteurs de la norme, à la conformité des normes élaborées – codes de conduites par exemple – aux normes supérieures nationales ou internationales et à leur effectivité.

[13] Légitimité des auteurs de la norme. En règle générale, les auteurs des règles de conduite sont les associations privées corporatives. Elles élaborent les règles de conduites ou normes qui régulent les secteurs d'activités dans lesquels la régulation juridique est inopérante. En effet, l'autorégulation se fonde sur un mode d'élaboration participative des règles qui suppose l'implication et l'adhésion des destinataires « naturels » de la norme ou de ses représentants. Ainsi, la légitimité des auteurs découle de la reconnaissance de leur compétence normative par les destinataires de la norme. Or, le constat est qu'en pratique, la légitimité se fonde sur l'échelle de représentativité des acteurs de la norme qui se mesure à la place ou au rôle de l'organisation dans le domaine sectoriel concerné. Il suffit que l'association qui énonce la règle comptabilise le plus grand nombre d'adhésion de membre dans le secteur. Autrement dit, la part de marchés que détient l'ensemble des membres de l'association confère implicitement à celle-ci une légitimité représentative voire normative. En conséquence, les auteurs peuvent donc s'en prévaloir pour justifier leur légitimité. Cependant, se limiter aux seuls critères de l'influence et de la part de marché des auteurs de la norme pour acter leur légitimité pourrait porter atteinte à l'idée de participation sous-jacente à l'autorégulation. En effet, la légitimité de la norme et de ses auteurs devrait trouver sa source dans

une consultation active des parties intéressées à propos du partage des responsabilités, à toutes les étapes du développement et de l'implémentation de ces systèmes. Sans l'implication de tous les acteurs concernés, un mécanisme autorégulateur ne reflétera pas entièrement leurs besoins, ne sera pas efficace dans les comportements (standards) qu'il promeut, et échouera à instaurer la confiance (LAZARO, 2002, p. 165).

[14] Il est clair que la pratique de la norme découlant du processus d'autorégulation tranche avec le processus de délibération démocratique qui caractérise la réglementation juridique. Le défaut de participation ou de concertation effective des acteurs intéressés par l'autorégulation sectorielle est de nature à induire une crise de légitimité des auteurs et ce faisant, celle de la norme édictée.

[15] Conformité de la norme. La recherche d'un juste équilibre et la représentativité des intérêts corporatifs ne doivent pas constituer un prétexte pour l'élaboration de normes ou de règles contraires aux normes supérieures. Bien que l'origine de la norme

autorégulée soit privée, elle ne s'émancipe pas dans sa formulation des limites restrictives tracées par les normes juridiques. Ainsi, une exigence de conformité aux législations nationales ou supranationales est attendue de la norme autorégulée en dépit de la marge de manœuvre qui lui est reconnue notamment dans le domaine du numérique. En ce sens d'ailleurs, l'autorégulation propose des solutions plus ou moins originales que la régulation publique reprend parfois à son compte (voir les effets juridiques de l'autorégulation (INFRA, 1.2)).

[16] Effectivité de la norme. Il est évident que la norme autorégulée ne bénéficie pas d'office de la même force contraignante que la norme juridique. En revanche, deux mécanismes lui permettent de se voir reconnaître une force d'application. Il s'agit notamment du caractère public de son existence d'une part et du caractère contraignant et efficace des modes de contrôle et de sanction qui lui sont associés d'autre part (LAZARO, 2001, p. 166). Le premier mécanisme permet de rendre public et de façon transparente le processus d'élaboration ainsi que les différentes parties prenantes impliquées. Cette publicité permet de divulguer la norme non seulement auprès de ses destinataires mais aussi du public en général – y compris l'État lorsqu'il n'a pas avalisé la norme autorégulée. Cette publicisation est aussi une façon de porter à la connaissance des destinataires la norme autorégulée et implicitement, de lui d'annoncer son existence dans l'univers normatif sachant que ce sont les destinataires de celle-ci qui constituent les relais de cette diffusion. Enfin, cette publicisation de la norme autorégulée lui permet d'obtenir la reconnaissance des membres de la communauté. Le second mécanisme sur lequel s'appuie l'effectivité de la norme autorégulée mobilise les instruments de contrôle et de sanction lors de sa formulation. En d'autres termes, les auteurs de la norme doivent prévoir les modalités de contrôle ou de sanction en cas de non-respect faute de quoi, la norme ne constituera qu'une simple déclaration de politique ou déontologique dont la transgression n'est pas suivie de conséquence. D'ailleurs, ce reproche est formulé à l'endroit de la norme autorégulée qu'une certaine doctrine considère comme un simple corps de règles morales sans sanction. Si ce reproche se justifie à certains égards, sa généralisation sans nuance occulterait le fait que la sanction de la norme autorégulée réside dans sa capacité à mettre hors du jeu les acteurs qui ne souscrivent pas aux règles établies notamment dans les communautés unicatégorielles. En termes d'efficacité, cette sanction est opérante tant sur le plan économique que réputationnel car, l'exclusion d'une communauté ou corporation peut affecter la survie financière du membre exclu.

[17] Au-delà de la dimension normative de l'autorégulation, ses effets juridiques. Certes, l'origine de cette technique de réglementation, est de source privée c'est-à-dire qu'elle provient du milieu de la pratique ou de l'industrie. En tant que source normative, elle produit évidemment des effets dont certains revêtent un caractère juridique. Bien que cela puisse paraître surprenant en raison des oppositions quasi-systématiques entre la régulation publique et l'autorégulation, cette dernière s'intègre bien dans l'ordre juridique par des processus de légitimation que nous mettrons en perspective.

1.2 LES EFFETS JURIDIQUES DE L'AUTORÉGULATION

[18] D'une régulation extra-étatique aux effets juridiques. Le lien entre l'autorégulation et le champ juridique est étroit malgré la dichotomie qui semble

prévaloir. En effet, la norme autorégulée quoique d'origine volontaire entretient des connexions significatives avec le système juridique. Ces connexions se réalisent par le truchement de la « réception » des normes autorégulées aussi bien dans les textes de lois – au sens large – que par la jurisprudence. Ces deux points d'entrée permettent à la norme autorégulée de produire des effets de droit (TRUDEL, 1989, p. 262).

[19] Réception de la norme autorégulée dans la loi. L'intégration de la norme autorégulée dans la loi ou dans les règlements procède soit par voie directe ou soit par renvoi. L'intégration par voie directe suppose une reprise dans la lettre des textes juridiques le corpus de la norme autorégulée. Dès lors le texte adopté, la norme autorégulée incorporée produit automatiquement des effets de droit. Par ailleurs, cette approche d'intégration directe fait courir au texte juridique le risque d'une caducité rapide eu égard aux évolutions techniques et technologiques du domaine visé par la norme autorégulée (TRUDEL, 1989, p. 269). L'intégration par renvoi intervient lorsque le législateur réfère ou délègue expressément « à un corpus normatif qui demeure en dehors du texte législatif afin de caractériser ce que doit être un droit ou une obligation » sachant que cette approche d'intégration peut emprunter une voie explicite ou implicite (TRUDEL, 1989, p. 269).

[20] Réception de la norme autorégulée dans la jurisprudence. La norme autorégulée est introduite dans la jurisprudence lorsque les juges y réfèrent pour trancher des litiges ou interpréter les textes législatifs. Contrairement aux modalités de réception qui prévalent dans le domaines des textes juridiques avec la production d'effet juridique direct, la référence à la norme autorégulée par la jurisprudence ne lui confère pas systématiquement un effet juridique. De façon générale, la référence à la norme autorégulée par la jurisprudence intervient dans un contexte de quête d'éclairage ou de compréhension des habitudes ou pratiques sectorielles. En ce sens, la norme autorégulée sert de boussole ou de repère aux juges pour dégager l'existence d'usages pratiqués dans une activité professionnelle déterminée ou technique déterminée (TRUDEL, 1989, p. 277).

[21] Plus qu'une simple source normative... L'autorégulation est définitivement une source normative puisqu'elle permet de produire des normes volontaires qui organisent un domaine sectoriel. Elle se fonde sur la responsabilisation des acteurs et leur capacité à énoncer leurs propres règles (LAROUER, 2018). En ce sens et en tant que technique réglementaire, l'autorégulation répond de deux prétentions fonctionnelles dans l'univers du pluralisme normatif qui suppose alternativement, une indépendance normative et une interdépendance normative.

2. L'AUTORÉGULATION COMME SOURCE NORMATIVE SUPPLÉMENTAIRE ET COMPLÉMENTAIRE DE LA RÉGULATION JURIDIQUE

[22] Fonctions régulatrices de l'autorégulation. Les fonctions de l'autorégulation dans l'univers normatif dépendent de sa typologie. À ce propos, deux principales catégories de normes autorégulatoires sont retenues et se rapportent à « l'autoréglementation intégrale » et à « l'autoréglementation contrôlée » (ISSALYS, 2001, p. 178 et s.). La première catégorie commande « d'écarter toute référence à

l'imposition de normes d'origine étatique pour s'en remettre exclusivement à l'émergence spontanée d'un encadrement issu du milieu social générateur d'une activité » alors que la seconde quant à elle, « repose sur une délégation par l'État de son pouvoir de réguler à une autre autorité qui ne relève pas de l'appareil public » (GAGNÉ, 2006, p. 92 et s.). Suivant cette catégorisation, nous dégagerons deux fonctions dévolues à l'autorégulation à savoir d'une part, une fonction supplétive voire de comblement dans les situations d'inexistence ou de silence législative ou réglementaire. D'autre part, sur la base d'une délégation implicite ou explicite, elle assure donc une fonction complémentaire à la régulation juridique.

2.1 LA FONCTION SUPPLÉTIVE DE L'AUTORÉGULATION

[23] Autorégulation et fonction supplétive. La fonction supplétive de l'autorégulation se donne à voir lorsque le domaine sectoriel développe de manière autonome ses propres règles. Il s'agit pour la plupart du temps, d'hypothèses dans lesquelles l'autorégulation comble les apories ou relègue la régulation étatique au second plan c'est-à-dire, se substitue à elle.

[24] Causes de supplétivité. Les causes de la supplétivité de l'autorégulation à la régulation étatique trouvent leur origine dans diverses situations mais nous nous les regrouperons en deux grandes familles explicatives de la posture supplétive de l'autorégulation : la première cause se localise dans les constats d'insuffisance de la régulation juridique alors que la seconde est engendrée par cette dernière pour des fins utilitaires c'est-à-dire, dans le but d'atteindre les objectifs fixés.

[25] Défaillance de la régulation étatique. L'inexistence ou l'insuffisance de la régulation étatique s'entend ici largement. Elle englobe aussi bien les silences législatifs, les difficultés applicatives que les « vides réglementaires » (SHORT, 2013, p. 23). Ainsi, on peut conclure à la défaillance de la régulation étatique dès lors que celle-ci échoue à atteindre ses propres objectifs ou lorsque l'atteinte de ceux-ci engendrent des coûts élevés pour le marché (AWESO, 2024, para. 16). L'autorégulation se positionne comme une réponse proposant de corriger ces défaillances soit par la mise en commun des informations permettant une synergie créatrice entre les différents acteurs de la régulation (COHEN, 2010, p. 362). Il convient de rappeler que d'autres causes – dont nous ne traiterons pas – peuvent être à l'origine de la défaillance de la régulation étatique : il s'agit des causes politiques et socio-culturelles. Le rôle supplétif de l'autorégulation s'observe davantage dans l'environnement d'un marché concurrentiel où la régulation étatique peine ou tarde à organiser les règles du jeu. En ce sens, l'autorégulation apparaît « comme un moyen d'atteindre les objectifs stratégiques plus rapidement ou à moindre coût que des exigences contraignantes » (Considérant 18 de la *Directive n° 2009/125/CE* du 21 octobre 2009). Par cette disposition, le législateur – européen en l'occurrence – reconnaît qu'elle est une approche réglementaire capable d'accompagner les progrès rapides de la technologie et de faciliter son évolution de manière souple et adaptée. L'autorégulation est, de ce point de vue, une approche plus pertinente et plus performante capable que la régulation étatique. D'ailleurs, l'autorégulation a accompagné l'émergence et le développement des environnements numériques à travers l'adoption de code de conduite, charte, déclaration ou autres documents réglementaires volontaires alors que

les droits étatiques ne réglementaient pas encore ces nouveaux environnements (FRYDMAN, 2024).

[26] Supplétivité engendrée par la régulation étatique. La supplétivité de l'autorégulation peut être provoquée par la régulation étatique elle-même aux fins d'orienter les comportements (AWESO, 2024, para 19) des acteurs dans un domaine sectoriel donné. En effet, les autorités publiques peuvent tirer avantage du développement de l'autorégulation en exploitant les ressources du domaine régulé sans intervention directe. De ce fait, l'autorégulation permet de « rassurer politiquement » sur l'absence de régulation sans que les autorités publiques n'aient à engager leur responsabilité politique (AWESO, 2024, para. 19). Cela peut se traduire par l'incitation dans certaines législations à l'adoption des codes de conduite. Comme l'indique la doctrine,

l'autorégulation porte sur un éventail de pratiques, de règles communes, de codes de conduite, et concerne aussi les accords volontaires que les acteurs privés concluent pour réguler et organiser leurs activités. Sur le plan européen, la Commission considère qu'il peut être jugé préférable de ne pas présenter de proposition législative lorsque de tels accords existent et peuvent servir à atteindre les objectifs recherchés (AWESO, 2024, para 22).

[27] Suivant une perspective d'analyse économique, les gains de l'autorégulation sont plus intéressants que ceux de la régulation du domaine sectoriel concerné puisqu'elle coûterait moins chère (PRIEST, 1997, p. 269 et s.). Par exemple, dans le domaine de l'encadrement de l'intelligence artificielle, on a pu constater que l'autorégulation a précédé la réglementation publique et que les règles de l'*IA Act* au niveau européen se sont inspirées de certaines chartes, déclarations et codes de conduites provenant des acteurs privés. Ainsi,

la réglementation par les autorités publiques n'est efficace que si celles privées, entendues dans le sens le plus large, ont déjà « préparé le terrain » en proposant un certain nombre d'orientations et de prescriptions » (DÉCHAUX, 2024, p. 9).

[28] Ce faisant, l'autorégulation a contribué à affiner la réflexion sur la réglementation publique de l'IA. Par conséquent, il est possible d'entrevoir à travers cette contribution de l'autorégulation qu'elle constitue pour la régulation publique une fenêtre d'observation et de compréhension du comportement des acteurs aux fins de dimensionner efficacement les normes contraignantes en temps opportun.

[29] Si la fonction supplétive semble prédominer dans le traitement de l'autorégulation, il convient de ne pas occulter la fonction de complémentarité qu'elle remplit auprès de la régulation publique.

2.2 LA FONCTION DE COMPLÉMENTARITÉ DE L'AUTORÉGULATION

[30] Acception duale de la fonction complémentaire. La fonction de complémentaire de l'autorégulation recouvre deux acceptions : la première renvoie à une coordination structurée du processus régulateur entre les acteurs privés et publics alors que la seconde se rapporte à l'intervention du régulateur public dans les mécanismes d'autorégulation dans le but de les garantir.

[31] Coordination régulatoire pour une complémentarité normative. Dans bien de cas, l'autorégulation complète la régulation publique dans le but de préciser son contenu et ses fonctions aussi bien dans une seule phase régulatoire (fixation des standards, surveillance [*monitoring*], ou exécution [*enforcement*]) (CAFAGGI, 2004, p. 28). Dans cette configuration, il s'opère selon le cas des répartitions de rôle et de pouvoirs entre ces deux types de régulation à savoir que : « dans certains cas, les régulateurs publics définissent les finalités et les régulateurs privés les moyens ; dans d'autres, les premiers fixent les résultats (*output*) et les seconds les instruments (*input*). De plus, dans certains cas, la régulation publique détermine des standards minima, et l'autorégulation ne peut qu'en élever le niveau ou les diversifier – notamment lorsque le risque d'une course vers le bas est tel qu'il incite le régulateur public à intervenir. Le régulateur public définit un standard minimal, du fait que plusieurs régulateurs privés en concurrence – au moins partielle – peuvent élargir ou élever leurs standards. Ceci leur permet d'attirer plus de régulés, ou d'avoir meilleure réputation à l'égard des tiers. La diversification garantit ainsi quelques formes de compétitivité dans les marchés, nées de l'adhésion à différentes réglementations » (CAFAGGI, 2004, p. 28).

[32] Renforcement réciproque des réglementations. Lorsque l'autorégulation remplit une fonction de complémentarité auprès de la régulation publique, elle n'adopte pas une posture concurrentielle c'est-à-dire, qu'elle assure les délégations qui lui sont faites par le droit législatif. Ce pairage complémentaire induit une équivalence de force et d'efficacité aussi bien de la régulation publique que de l'autorégulation et conduit par ailleurs à un renforcement réciproque des deux. En ce sens, l'autorégulation vient en soutien à la régulation publique pour opérationnaliser son application effective à travers ses normes privées (*soft law*).

[33] Intervention du régulateur public dans les mécanismes d'autorégulation. En raison de la diversité des intérêts catégoriels, il y a autant de normes ou codes autorégulés. Autrement dit, dans une communauté, il est possible de dénombrer autant de codes autorégulés qu'il y a d'acteurs privés et de philosophie d'autorégulation. C'est notamment le cas par exemple dans le domaine de la gouvernance d'Internet, de la normalisation technique, etc. Une telle situation oblige le régulateur public – législateur (FRISON-ROCHE, 2001, p. 610), les autorités de régulation et surtout, le juge-régulateur (LEPETIT, 2004 ; QUÉMÉNER, 2016 ; FRISON-ROCHE, 2018) – à intervenir pour arbitrer entre les différents modèles et codes d'autorégulation. Cette intervention peut prendre plusieurs formes à savoir notamment : la médiation entre les différents mécanismes d'autorégulation, l'encadrement et le « cautionnement » des systèmes d'autorégulation. Lorsqu'elle intervient comme « médiatrice », la régulation procède à un arbitrage entre les différents mécanismes d'autorégulation, sans forcément décrédibiliser celles qu'elle considère comme étant moins efficaces (CAFAGGI, 2004, p. 29). Ainsi, le régulateur oriente par son intervention le marché vers le mécanisme d'autorégulation qu'il considère comme étant le plus efficace. La deuxième forme d'intervention – l'encadrement – consiste pour le régulateur de faciliter l'élaboration et l'application des mesures d'autorégulation en publiant par exemple des lignes directrices qui prévoient que lesdites mesures doivent respecter, *a minima*, certaines conditions spécifiques. Ces règles permettent de considérer que les mesures d'autorégulation sont de valables alternatives aux mesures

d'exécution (AWESO, 2024). Concernant le cautionnement par le régulateur, il opère par reconnaissance d'accords entre les acteurs sectoriels ou par recommandation.

EN GUISE DE CONCLUSION : L'AUTORÉGULATION, UN OUTIL DE DÉMOCRATISATION RÉGULATOIRE ?

[34] Privatisation du droit : un phénomène inévitable ! Le droit contemporain offre le spectacle de l'émergence de normes provenant d'acteurs privés et qui parfois, entrent en concurrence avec le pouvoir normatif des États. Ce phénomène qu'il est convenu de qualifier de privatisation du droit s'explique par la volonté des acteurs privés de prendre part à la régulation des interactions. Pour ce faire, ils cherchent à surplomber l'État – instances et acteurs publics – dans la création normative afin d'en déterminer la coloration et le contrôle. Évidemment, dans cette relation concurrentielle, les normes issues de la régulation publique ont un rythme plus lent et souvent « en retard » sur les innovations et évolutions sociales contrairement aux normes privées qui se caractérisent par leur anticipation, leur adaptabilité, leur flexibilité et très généralement, leur capacité effective d'application. Ce rappel de l'état des lieux régulateur est instrumental : il vise à rappeler le caractère inévitable du phénomène de privatisation du droit en raison de la complexification des rapports sociaux et du désengagement – affaiblissement – de l'État dans certains domaines. Suivant ce positionnement, nous sommes favorables à la coexistence aux côtés de la régulation publique, celle issue du privé mais avec une délimitation claire des champs de compétence. Cela participe, d'un point de vue pragmatique, à la valorisation de la démocratie régulateur.

[35] Démocratie régulateur : veiller à l'intérêt général ! Démocratiser la régulation, c'est admettre le fait de la pluralité régulateur et veiller à leur déploiement à partir des principes d'indépendance, d'impartialité et d'intérêt général. Évidemment, certains domaines sectoriels requièrent une régulation souple et moins contraignante alors que d'autres le contraire. Le maillage entre les différentes formes de régulation pour l'atteinte des objectifs d'une politique législative, réglementaire, administrative, économique ou sociale est une nécessité pour appréhender effectivement les complexités inhérentes à la société. Quelle que soit la forme de régulation – mais principalement l'autorégulation en ce qui nous concerne – en jeu, il convient de rappeler qu'elle ne doit pas exclusivement servir les intérêts catégoriels ou sectoriels mais elle doit intégrer et veiller à l'intérêt général.



BIBLIOGRAPHIE

ARNAUD, A.-J., *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, coll. « Droit et société », LGDJ, 1998, 185 p

AWESSO, D. E. T., « De la régulation à l'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique » (2024) *Amplitude du droit*

BERLEUR, J. et T. E. de WESPIN, « Gouvernance de l'Internet : réglementation, autorégulation, corégulation ? », dans Cahiers du CRID, *Gouvernance de la société d'information*, Bruylant et Presses universitaires de Namur, Bruxelles, 2003

BLACK, J., « Constitutionalizing Self-Regulation » (1996) *Modern Law Review*, 24-55

BOISMENU, G. et J.-J. GLEIZAL (dir.) *Les mécanismes de régulation sociale : la justice, l'administration, la police*, Boréal/Presses universitaires de Lyon, Montréal/Lyon, 1988, 256 p.

CA Paris, 11^e ch., 30 mars 2010, RG n°08/02278

CAFAGGI, F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée » (2004) 109 *Revue française d'administration publique*, 23-35

CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 1979

CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, coll. « Droit et société », L.G.D.J., Paris, 2003

COHEN, A. J., « Governance legalism: Hayek and Sabel on reason and rules, organization and law » (2010) 2 *Wisconsin Law Review*, 357-388

DÉCHAUX, R., « La privatisation de la régulation du droit de l'intelligence artificielle. Entre éthique, communication et autorégulation », dans VERNAZ, S., K., OKYAY et J. LELIEUR (dir.), *La privatisation de la norme au prisme du droit comparé*, Coll. « Droit et science politique », Mare & Martin, Paris, 2024 [À paraître]

DEGRAVE, E., « “ Mieux légiférer ” : la corégulation et l'autorégulation dans la politique législative européenne » (2007) 142 *Journal de droit européen*, 232-238

Dictionnaire Larousse, Éditions Larousse, Paris, 2023

FLÜCKIGER, A., « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires » (2004) 123-2 *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 159-303

FRISON- ROCHE, M.-A., *Les 100 mots de la régulation*, P.U.F, Paris, 2011

FRISON-ROCHE M.-A., 2001, « Le droit de la régulation » (2001) 7 *D.*, 610-616

GAGNÉ, M., « Réflexions sur l'ensemble normatif dans lequel s'organise la régulation des médicaments » (2006) 37 *R.D.U.S.*, 59-140

ISSALYS, P., *Répartir les normes : le choix entre les formes d'action étatique* [Rapport de recherche], Société de l'assurance automobile du Québec, 2001

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, traduction française par Ch. EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962

LAROUER, M., *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, Paris, 2018

LAZARO, C., « Synthèse des débats », dans BERLEUR, J. et al. (dir.), *Gouvernance de la société de l'information. Actes du séminaire*, Namur, les 15 et 16 juin 2001, coll. « Cahiers du CRID », numéro 22, Académia/Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 153-197.

LEPETIT, J.-F., « État, juge et régulateur », dans M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation*, Vol. 1 : Les régulations économiques : légitimité et efficacité, Presses de Sciences Po, Paris, 2004, p. 118-127

LIBOIS, B., « Autorégulation ou démocratisation » (1998) 9 *Recherches en communication*, 25-32

DEPOVER, C, L. MÉLOT, A. STREBELLE & G. TEMPERMAN, « Régulation et autorégulation dans les dispositifs d'apprentissage à distance » dans B. NOEL & CARTIER, C. (dir.), *De la métacognition à l'apprentissage autorégulé*, Bruxelles, De Boeck, 2016.

MAISTRE R.-O., « Quels buts monumentaux pour le régulateur dans un paysage audiovisuel et numérique en pleine mutation », dans M.-A. FRISON – ROCHE (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, Paris, 2022, p. 47-54

MORAND, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et Société », L.G.D.J., Paris, 1999, 224 p.

OST, F. et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 597 p.

PRIEST M., « The privatization of regulation: Five models of self-regulation » (1997) 29-2 *Ottawa Law Review*, 233-302

SHORT, J. L., 2013, « Self-regulation in the regulatory void: “Blue moon” or “bad moon”? », (2013) 649 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 22-34

SCHULTZ, T., « La régulation en réseau du cyberspace » (2005) 55-2 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 31-90

TRUDEL, P., « Les effets juridiques de l'autoréglementation » (1989) 19 *R.D.U.S.*, 247-286

TRUDEL, P., K. BENYEKHFLEF, F. ABRAN et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Éditions Thémis, Montréal, 1997, 1296 p.

VAN OMMESLAGHE, P., « L'autorégulation. Rapport de synthèse », dans DIEUX, X. et al. (dir.), *L'autorégulation*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 247 p.

WIENER, N., *Cybernétique et société (The Human Use of Human Beings)*, traduction de Pierre-Yves MISTOULON, Éditions UGE, Paris, 1954.