



**SciencesPo.**

Chaire  
M.A.D.P.

## La Lettre de la Chaire

Trimestriel d'information de la Chaire *Mutations de l'Action Publique et du Droit Public* (MADP)

**N°5 – 2011**

### EDITORIAL

**Pr. Jean-Bernard Auby**  
*Directeur de la Chaire MADP*

#### Réflexivités

Groupama, l'un des principaux assureurs des communes, vient de passer un accord avec Predict Services, une société qui a mis au point un outil d'aide à l'anticipation et à la gestion des risques d'inondation. Les 18.000 communes que Groupama assure vont bénéficier de ce dispositif, ainsi que d'une aide à l'élaboration de leurs plans communaux de sauvegarde (outil de protection lié aux plans de prévention des risques) (Les Echos, 17 mars 2011, p. 14).

La mode, dans l'univers de l'entreprise, est à ce que les anglo-saxons qualifient de « *compliance* » et que la pratique française appelle « *conformité* » : de grandes entreprises consacrent des moyens humains, financiers, considérables à vérifier qu'elles sont bien en règle avec toutes les sortes de normes (légales, ou au sens de la normalisation, de la certification, du contrôle de qualité...) auxquelles leur activité est soumise (v. par exemple : dossier « *Conformité réglementaire et performance de l'entreprise* », Cahiers de droit de l'entreprise, nov.-déc. 2009).

Soucieuses de leur responsabilité sociale, certaines entreprises adoptent volontairement des politiques anti-discriminatoires dans leurs recrutements, et leurs carrières : il existe entre autres une « charte de la diversité en entreprise » par le biais de laquelle elles peuvent formaliser leurs engagements dans ce sens.

Qu'y a-t-il de commun entre ces trois observations ? Elles montrent que, de plus en plus souvent, dans nos sociétés, l'intérêt public est servi spontanément par les acteurs privés, selon un mode plus ou moins autorégulatoire.

Spontanément, mais sous incitation. Demain, peut-être, l'assureur modulera les primes des communes en fonction des précautions qu'elles prennent contre les risques d'inondation. Les contrôles de conformité aident à éviter les sanctions qui sont attachées à diverses règles dont ils vérifient le respect. L'adhésion à des schémas de responsabilité sociale sert l'image de l'entreprise.

Spontanément néanmoins en ce sens que l'intérêt général (la prévention des risques, le respect des normes diverses qui régissent les activités économiques, la lutte contre les discriminations) se trouve servi par des voies qui ne procèdent pas directement de l'ordre de la loi.

On sait, notamment depuis Ulrich Beck et sa « société du risque », que l'une des caractéristiques de nos sociétés post-modernes est leur caractère « réflexif » : confrontée à toute une série de risques (des inondations au chômage) dont on découvre bien vite qu'ils ne lui sont jamais extérieurs, la société est conduite à se fabriquer elle-même, voire à se repenser elle-même. Cela imprime au fonctionnement social une sorte de circularité, dont le droit vient à porter la trace, et cette révolution affecte notamment le droit public, si imbu de sa verticalité classique.

Le droit public de la société postmoderne se trouve coproduit par les institutions publiques et la société. Il devient lui-même quelque chose comme un droit réflexif. C'est une évolution à laquelle il faut être très attentif : d'autant plus que les réalités qu'elle recouvre sont très éloignées de nos schémas de pensée habituels.

## **COLLOQUE « L'AVENIR DU MODELE FRANÇAIS DE DROIT PUBLIC EN EUROPE » (CONSEIL D'ETAT, 11 MARS 2011)**

Ce colloque organisé par la Chaire « Mutations de l'action publique et du droit public », avec le soutien de la Mission de recherche « Droit et Justice » et sous le Haut patronage du Conseil d'Etat s'est tenu le 11 mars dernier dans la salle de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat.

Il faisait suite à la publication de « [L'influence du droit européen sur les catégories du droit public](#) », recherche pilotée par la Chaire MADP et publiée par les éditions Dalloz en juillet 2010. Une journée entière donc, à scruter le droit public français, étant entendu que ce droit public français se comprenait comme un *modèle* dont la force et la valeur subissent actuellement l'épreuve de l'Europe et de la globalisation.

Le vice-Président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, a pu d'emblée situer le problème : les concepts directeurs du droit public français, de l'intérêt général, du service public et de la puissance publique ont porté la construction de la République et soudé une relation de l'individu à l'Etat tout à fait spécifique ; une relation très dynamique dans laquelle l'un ne se tient jamais très loin de l'autre, l'un se situant souvent dans l'autre. Cette relation et la synthèse de droit qu'elle produit s'est trouvée confrontée à l'édification d'une Europe sur des bases toutes autres, où l'individu semble soudain distancié d'une puissance publique dont il faut contenir les empiètements. Le modèle français de droit public, expression d'un modèle social très intégré, fait le pari des formes nouvelles de séparation. Non qu'il n'ait largement contribué à les dessiner et qu'il y contribue encore, mais ce pari européen n'est pas qu'un pari français, et Jean Bernard Auby d'en fournir la donne par l'inventaire des grandes manières d'être du modèle français de droit public, manières qui sont autant de ligne de front désormais.

Quatre grands enjeux avaient été identifiés pour porter la journée : intervention publique, contrôle de l'action publique, identité constitutionnelle et rapport citoyen-puissance publique. Leur compte rendu détaillé pourra être consulté bientôt sur le site de la Chaire. Qu'il en soit dit pourtant deux mots car les thèmes retenus ne sont autres que les principaux tableaux sur lesquels tout Etat contemporain durable se déploie et s'engage.

L'intervention publique, sous entendue par ce colloque dans l'économie, n'a plus les mêmes traits depuis la liberté des prix et la libre circulation dans l'Union. De nouveaux modèles d'entreprise pour le service public, de nouveaux modèles d'administration pour les marchés. Loin d'en vouloir au principe même de l'intervention publique, le droit européen tend essentiellement à exiger des Etats une certaine forme de sincérité avec le libre échange. Les monopoles sur les jeux d'argent donnent de cette exigence un très bon exemple : il y a monopole pour la santé publique, non pour couvrir une politique commerciale conquérante. Si l'Etat veut jouer le jeu du marché, il dépouille alors ses attributs. Plus exactement, il les conserve dans la correction proportionnée du marché et redécouvre peut-être ce qu'il pensait perdu sous l'expression des agences de régulations.

Le contrôle de l'action publique dans l'Etat de droit est une vérification du rapport aux normes juridiques. Le champ de celles-ci s'est sensiblement étoffé depuis qu'il s'y dénombre du droit européen. Passée la crispation des souverainetés, des espaces se créent pour une articulation des droits internes et européens. La France trouve son équilibre, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel s'y attachent dans leurs rapports avec les Cours de Luxembourg et de Strasbourg. Des principes européens de droit public en naissent et continueront d'en naître. Le concret des Etats fait terreau.

L'identité constitutionnelle de la France s'est découverte comme l'ultime à opposer à la règle européenne, mais se trouve suffisamment relative pour laisser au constituant le soin d'y renoncer (2006-540 DC du 27 juillet 2006). Autour de cette identité, il fut difficile de tomber véritablement d'accord sauf à en dénoncer l'affirmation sous pareille forme. Qu'en adviendra-t-il ? Une lecture casuiste, fonctionnelle, de cette identité serait tenter le siège de l'assiégeant en même temps que de graves conflits internes. Une réorientation s'impose. La doctrine allemande des droits fondamentaux offrira sans doute de vraies perspectives.

Démocratie administrative... semblait souffler aux participants du dernier acte le thème des « rapports entre les citoyens et la puissance publique ». Démocratie car droits opposables à la puissance publique, des droits individuels. Sous l'influence du droit européen, le recours pour excès de pouvoir développe le contrôle de proportionnalité des atteintes qui leurs seraient portées, dans des domaines autrefois réservés au seul contrôle des buts poursuivis. Des pistes s'ouvrent également hors le prétoire pour un modèle français encore discret vis-à-vis de sa procédure administrative non contentieuse. L'administration a son juge, elle a aussi son usager. Là aussi l'Europe agit.

Au terme de ces échanges ressortait un modèle de droit public français dont l'avenir dira la part dans la construction de l'Europe. Sabino Cassese, concluant la journée portait déjà à son crédit d'avoir su s'enrichir au contact de l'Europe et d'avoir pu, en retour, lui prêter les concepts décisifs de la puissance publique et du service public.

PM

## ACTUALITE DE LA RECHERCHE

L'actualité de la recherche est tenue par les chercheurs intéressés par ses travaux. N'hésitez pas à vous faire connaître et à proposer vos chroniques des séminaires et autres rencontres.

### **Le séminaire de droit public comparé, européen et global : « Les pouvoirs administratifs d'investigation »**

Le 16 février s'est tenue la 23<sup>ème</sup> session du séminaire de Droit public comparé, européen et global.

Sous la présidence de Monsieur Bernard Stirn, président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, c'est un sujet original et inédit qui réunissait six contributeurs d'Europe et d'Asie : Jean-Bernard Auby (Sciences Po), Gordon Anthony (Queens University de Belfast), Charlotte Denizeau (Université Paris II), Carmen Plaza Martin (Université de Castille La Mancha à Tolède), Yukio Okitsu (Université de Kobe) et Wang Fanglei (EHESP-Université Tsinghua de Pékin).

Ce sujet, ou plutôt cet objet, ce sont les « pouvoirs administratifs d'investigation », soit les moyens dont usent les administrations pour se procurer des informations, *ex officio* si nécessaire. Sur la base d'un questionnaire édité à l'occasion d'une récente rencontre Chine - Europe sur ce thème à l'Université d'Utrecht, les participants rendirent compte de ce que leurs systèmes d'étude comprenaient sous le terme « *administrative investigation* ».

Sur ce seul point déjà, les résultats étaient édifiants. Parmi les systèmes interrogés (France, Chine, Japon, Royaume Uni, Espagne, Union Européenne) seul le Japon a développé une théorie de ces investigations. Plus encore, contrairement au système américain, riche en procédure non contentieuse, et d'où le terme « *administrative investigation* » est issu, aucun des systèmes interrogés ne connaît à proprement parler un droit de l'investigation administrative. Pourtant, ces questions relèvent du service courant, du fonctionnement quotidien des administrations. Il y a partout pléthore de régimes d'investigation, bien souvent des règles sectorielles, tout particulièrement en matière fiscale, de droit de la concurrence, de droit des transports... mais il n'y pas de principes généraux de l'investigation administrative. Le constat valait découverte d'un objet dont la théorie est à faire.

Quel est le champ de ces investigations, quels sont leurs buts ? Contrôle des particuliers, contrôles de l'administration ? Au delà des spécificités de secteurs, l'investigation administrative relève de la dynamique générale de la transparence de l'action publique, souligne Gordon Anthony et du devoir de rendre compte au public. L'idée même d'investigation administrative peut ainsi renvoyer à des réalités tout à fait variées, qui vont de l'administration non ou précontentieuse, à la procédure pénale.

Cette approche pénale est privilégiée par le rapport Chinois. Wang Fanglei consacre son rapport au pouvoir « *stop and search* », c'est-à-dire la garde à vue, comprise ici comme gestion de la criminalité liée au vagabondage dans les grandes villes. Le cas chinois mettait ainsi en avant le droit fondamental à la sûreté dans son rapport aux exigences de la sécurité publique, des personnes et des biens. Un tel point de vue pouvait surprendre des esprits marqués par une séparation nette des matières administratives et pénales. A vrai dire, la dimension pénale, au sens large du moins de l'action répressive de l'Etat, n'était jamais loin d'aucun des systèmes présents ce jour. L'investigation administrative trouve aujourd'hui un terrain d'exercice particulièrement fertile dans les secteurs soumis au contrôle d'agences indépendantes. Dotées de pouvoirs de sanction très énergiques, elles peuvent aux fins de cette répression saisir des pièces chez les particuliers, souvent sous le contrôle et avec la participation des autorités judiciaires. Pour l'essentiel cependant, c'est à l'idée de l'action administrative comme distincte de l'action pénale que renvoyaient les contributions avec, à cet égard, des doctrines d'avancement inégal.

La contribution japonaise fut particulièrement utile et appréciée car depuis quelques dizaines d'années déjà, les auteurs disposent d'un classement des types d'investigation selon le degré de contrainte qu'elles comportent. Les sources et les contrôles de ces pouvoirs sont fonction du degré de contrainte et permettent de couvrir un champ très large d'investigations, alors même qu'aucune loi générale n'existe sur l'investigation administrative : de la simple visite consentie à la perquisition en règle, en passant par le recueil d'informations sous peine d'amende. Autour du Président Stirn, plusieurs intervenants usèrent en direct de cette classification japonaise pour mieux comprendre leurs propres données nationales ou systémiques. Cette émulation comparative, le séminaire cherche à la soutenir le plus souvent possible. Elle trouvait là une parfaite expression.

Quoiqu'il en soit, la multiplicité des types d'investigation s'accompagne d'une très grande variété de régimes qu'il faut pouvoir discipliner. Face aux enjeux que soulèvent ces investigations en termes de garanties des droits, c'est souvent par le recours aux principes généraux du droit, tels celui de proportionnalité au niveau communautaire et celui de *reasonableness* pour le Royaume Uni que se règlent les questions fondamentales des conditions d'usage des pouvoirs d'investigation.

A signaler enfin, et c'est encore là une « influence du droit européen sur les catégories du droit public », le rapport espagnol mettait en avant les conséquences à tirer de la directive Service, objet d'un précédent séminaire de la Chaire. En effet, les mécanismes d'investigation administrative devraient s'accroître dans leur dimension transfrontalière. La coopération des administrations nationales pour l'ouverture des services exigera de développer de nouveaux modes d'information.

Les « pouvoirs administratifs d'investigation » se sont construits durant ce séminaire comme un objet d'étude plus systématique, en réponse à un besoin de doctrine encore un peu assourdi par l'étendue des problèmes à saisir. Il faut donc souhaiter que le vœu du Président Stirn, de thèses et de contributions sur les investigations administratives soit satisfait en France et hors de France. Elles aideraient à mieux comprendre qu'après tout, et pour conclure avec Jean-Bernard Auby, les Etats sont des « grands stocks d'informations »...

Les actes de ce séminaire feront l'objet d'une publication chinoise et européenne. Les versions provisoires des contributions sont en ligne sur le site de la [Chaire MADP](#).

PM

### ***Athanasios Psygkas: From the “democratic deficit” to a “democratic surplus”. Enhancing participatory regulatory processes in France***

In his May 11<sup>th</sup> presentation, Athanasios Psygkas (Yale-Sciences-Po v. [Newsletter n°3](#)) will seek to demonstrate the effect of EU mandates on the adoption of participatory regulatory processes in France.

The case study will be the regulation of electronic communications: the paper will present how these participatory processes have operated on the ground with a focus on the French regulatory agency, the *Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes* (ARCEP).

More specifically, it will try to explain to what extent and how this agency has carried out these consultation processes so as to allow public input into the regulatory enterprise. It will also discuss the possible longer-term implications of these procedures on the French democratic model trying to see whether we could start talking about a shift from the traditional republican model to a more open and participatory system of administrative governance.

Due to a very limited number of seats available, the persons who would like to attend this presentation are pleased to write to [chaire.madp@sciences-po.fr](mailto:chaire.madp@sciences-po.fr)

## **A PROPOS...**

### **Claire Mongouachon : *Abus de position dominante et secteur public***

Claire Mongouachon a récemment soutenu à l'Université Aix-Marseille III, une thèse intitulée « *Abus de position dominante et secteur public* ». Elle nous rend compte de ce travail qui a justifié sa qualification aux fonctions de Maître de conférences des Universités.

Parce qu'en France, le secteur public est traditionnellement organisé sous la forme d'un régime d'exception au droit commun, les conditions de sa soumission au droit de la concurrence y font l'objet d'une attention toute particulière. Pourtant, l'analyse systématique du contrôle des comportements anticoncurrentiels émanant du secteur public par les autorités nationales et européennes de concurrence a été largement délaissée. Or, les abus de position dominante occupent, d'un point de vue quantitatif, une place essentielle au sein des avis et décisions de l'Autorité de la concurrence relatifs au secteur public. Par ailleurs, les réflexions engagées autour du processus de modernisation de la mise en œuvre de l'article 102 TFUE confèrent à la matière un intérêt évident. L'actualité et l'abondance des données en présence expliquent l'objectif de la thèse. Face au foisonnement des sources décisionnelles, un travail de systématisation devait être mené. L'une des questions principales réside dans la recherche d'une éventuelle spécificité dans le contrôle des abus de position dominante des opérateurs publics. De la production décisionnelle des autorités de concurrence, il ressort en effet une certaine tension entre, d'une part, une tendance à la conformité des solutions mises en œuvre à l'égard du secteur public avec celles qui prévalent à l'égard de tout opérateur privé (le droit

commun), et, d'autre part, l'apparition d'incriminations et de raisonnements inédits en présence d'opérateurs publics (un droit spécifique). C'est cette contradiction que la thèse se propose d'élucider par le recours à l'analyse conceptuelle du modèle de l'Union européenne. Ce modèle éclaire en effet les solutions en vigueur dans le droit positif, qui restent fondamentalement structurées par la politique européenne de la concurrence.

La confrontation des fondements du modèle européen du droit des abus de position dominante à son application particulière au secteur public permet de dégager deux propositions essentielles. En premier lieu, ce modèle est doté d'une grande effectivité pour résoudre les problèmes de concurrence posés par la présence d'opérateurs publics sur le marché. La règle de droit est souvent mobilisée (Partie 1). Les outils de contrôle sur lesquels repose le modèle de concurrence de l'Union, façonnés par une pensée ordolibérale intransigeante à l'égard du pouvoir de marché, saisissent adéquatement les comportements économiques du secteur public. En second lieu, ce modèle est capable d'aménagements considérables lorsqu'il se heurte aux avantages et contraintes inhérents à l'activité économique publique. Car la règle de droit est alors modelée (Partie 2). Des mécanismes de renforcement du contrôle se mettent en place, des techniques d'assouplissement se dessinent, secrétant dans les deux cas des règles spécifiques. Si originales soient-elles, ces règles ne génèrent pas pour autant un droit autonome du droit commun de la concurrence (une sorte de « droit public de la concurrence »). La dynamique qui est à l'œuvre dans les aménagements constatés repose bien au contraire sur les concepts et les catégories juridiques qui sous-tendent le modèle européen du droit des abus de position dominante. Capable d'appréhender la situation spécifique des opérateurs publics, ce modèle d'obédience ordolibérale, se révèle être, en définitive, d'une réelle efficacité.

Claire Mongouachon

## **AGENDA**

### **Colloque « *Collectivités locales et décentralisation – Les impensés de la réforme* »**

Le 3 mai 2011, de 9h à 17h en l'Amphi Chapsal du 27 rue Saint-Guillaume, se tiendra le Colloque annuel « Rendez-vous du local ». Une journée préparée par les étudiants du Master Affaire Publique.

Autour de la récente réforme du 16 décembre 2011, élus, patriciens et universitaire débattront de son apport et de ses impensés.

De plus amples renseignements de programme et d'inscription seront bientôt en ligne sur le site de la Chaire MADP.

### **24<sup>ème</sup> Séminaire de droit public comparé européen et global : « *Extra-territorialité III* »**

Le 27 juin prochain, de 17 à 20 h en Salle Goguel (56 rue des Saint-Pères) se tiendra le troisième séminaire de droit public consacré aux problèmes d'extraterritorialité en droit administratif.

Sous la présidence de Marie Gautier, en compagnie d'intervenants privatistes et publicistes, français et européen, les thèmes suivants seront débattus : conceptions nationales des actes transnationaux, application extraterritoriale du droit de la concurrence, techniques et problématiques du droit international privé appliqué au droit administratif.

Le détail des intervenants sera très prochainement communiqué. Leurs contributions, comme toujours, mises en lignes une semaine avant le séminaire.

Inscriptions et renseignement : [chaire.madp@sciences-po.fr](mailto:chaire.madp@sciences-po.fr)

### **3<sup>ème</sup> Séminaire Public Law & Economics : « *Corruption et conflits d'intérêts* »**

En partenariat avec la [Fondation pour le droit continental](#), le prochain séminaire d'analyse économique du droit public, Public Law & Economics se tiendra durant la première semaine du mois de juillet.

Toujours tenu en langue anglaise, il aura cette fois-ci pour thème la corruption et les conflits d'intérêts.

De plus amples informations quant à la date et au programme vous seront prochainement communiquées.