



**SciencesPo.**

Chaire  
M.A.D.P.

## **La Lettre de la Chaire *Mutations de l'Action Publique et du Droit Public* (MADP)**

**N°4 - 2011**

### **EDITORIAL**

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

#### **Observer les mutations du droit public**

A quoi servent donc les Chaires ? Ma réponse est qu'elles servent à cristalliser, dans de petites unités soudées par des liens personnels, des capacités d'ouverture, d'étonnement, de questionnement, non sur des tranches de savoir, mais sur des problématiques, des interrogations d'aujourd'hui, des mutations. C'est bien ainsi que la Chaire MADP comprend sa fonction, dans ses activités récurrentes, comme dans celles qu'elle est en train de leur ajouter.

Son séminaire de « Droit Public Comparé, Européen et Global » aborde les questions « vues de l'extérieur », avec toujours des intervenants étrangers et une règle du jeu de bilinguisme français-anglais (chacun s'exprime, à son choix, dans l'une de ces deux langues). Sa dernière session, qui s'est tenue le 29 octobre, abordait « *les acteurs non étatiques dans la globalisation juridique* », sa prochaine, qui se tiendra le 16 février, se penchera sur « *les pouvoirs administratifs d'investigation* », qu'elle appréhendera sous un angle comparatif et européen.

Son séminaire « Public Law & Economics » se tient, lui, en anglais seulement, et s'efforce de réunir spécialistes et idées autour de l'analyse économique du droit public. Sa deuxième session, dont il est question plus loin, s'est déroulée le 24 novembre, et portait sur la question des « *Regulatory Impact Assessments* ».

Les contributions aux manifestations de la Chaire sont en général disponibles sur son site. La plupart d'entre elles trouveront à terme le chemin de l'édition papier. La publication des contributions aux différents séminaires est en cours. Le Réseau « Contrats Publics dans la Globalisation Juridique », qu'anime la Chaire, vient de voir sortir sa première production : le *Traité de droit comparé des contrats publics*, dirigé par Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens, et publié aux éditions Bruylant.

Intellectuellement comme matériellement, les Chaires ne peuvent fonctionner de façon correcte qu'en étant connectées avec l'univers de la pratique (pour les juristes : le Barreau, les entreprises, les administrations, etc...). Consciente de cette exigence, la Chaire est maintenant au centre d'un « *Club MADP, Club Droit Public de Sciences Po* ». Fondé avec Veolia, partenaire historique, et trois cabinets d'avocats (Allen & Overy, Eversheds et Linklaters) le Club a vocation à accueillir des entreprises et des collectivités souhaitant créer des liens particuliers avec la Chaire et échanger sur les questions de droit public qui conditionnent le développement de leurs activités. Son lancement a eu lieu lors d'une réunion-débat, tenue le 30 novembre, au siège d'Allen & Overy, sur le thème « La jurisprudence et les PPP ». De plus amples informations seront bientôt données à son sujet sur le site de la Chaire.

Le travail de la Chaire n'a de sens que si, parfois, il aide un peu à comprendre de quoi le futur du droit public est fait, s'il apporte quelque chose à la réflexion sur les « mutations de l'action publique et du droit public ». Dans notre Lettre n°3, nous avons rendu compte de la publication de l'ouvrage « *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* », issu d'une recherche pilotée par la Chaire, et financée par la Mission Droit et Justice. Le 11 mars prochain, se tiendra au Conseil d'Etat, selon des modalités qui seront bientôt précisées, un colloque consistant dans une discussion des analyses livrées dans cet ouvrage, et ce autour de la question de « *l'avenir du modèle français de droit public en Europe* ». De plus amples informations seront également bientôt données sur cette opération.

Le souhait de la Chaire est d'attirer notamment de jeunes chercheurs, de jeunes collègues, de jeunes enthousiastes, vers cette réflexion distanciée, comparative, européenne, globale, prospective dont elle souhaite faire sa marque de fabrique. La seule lecture de la Lettre nous semble montrer qu'autour de notre travail des cercles concentriques d'intérêt prometteurs à cet égard se sont d'ores et déjà constitués et s'étoffent. Que l'on nous identifie comme un - parmi d'autres, mais comme l'un- des observatoires des mutations du droit public dont l'activité mérite d'être surveillée, comblerait les uns et les autres.

Nous le devons d'ailleurs à Sciences Po, sans la dynamique collective de qui nous ne pourrions rien faire d'efficace, dont la puissance de feu intellectuelle dans le domaine de l'analyse de l'action publique est déjà si considérable, et dont l'Ecole de Droit naissante a besoin de voir ses contreforts de droit public renforcés.

## **ACTUALITE DE LA RECHERCHE**

L'actualité de la Chaire est tenue par les jeunes 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 acteurs non étatiques dans la globalisation juridique* »**

Le séminaire organisé le 29 octobre 2010 était le second consacré au rôle que jouent les acteurs non-étatiques dans la globalisation juridique. Il était pleinement ancré dans le constat, désormais classique, selon lequel les acteurs non-étatiques transnationaux jouent un rôle croissant dans la régulation supranationale, de sorte que l'organisation juridique à l'ère de la globalisation ne se comprendrait plus sans une analyse approfondie de leur physionomie et de l'articulation de leur action avec celle des États.

Sous la présidence du Professeur Fabrizio CAFAGGI (Institut universitaire européen de Florence) et, études de cas à l'appui, les interventions ont mis en évidence la diversité du phénomène. Ainsi, au rang des acteurs non-étatiques jouant un rôle dans la globalisation juridique ont pu être évoqués aussi bien les coalitions d'ONG (Gianluca SGUEO, Italie, Présidence du conseil des ministres), que l'Union européenne pour les pays tiers (Francesco MAIANI, Suisse, Institut des hautes études en administration publique de Lausanne), les institutions d'organisation du sport au niveau mondial ou olympique (Bernard FOUCHER, France, Président de la Cour administrative d'appel de Douai, Président de la conférence des conciliateurs du Comité National Olympique Français) – dont il a été souligné qu'elles étaient à l'origine « d'un véritable ordre juridique sportif transnational », ou encore les acteurs non-étatiques tous azimuts (philanthropes, multinationales, ONG...) intervenant dorénavant dans les activités diplomatiques (Wilfried BOLEWSKI, Ambassadeur d'Allemagne, Professeur à Sciences Po).

*L'on retiendra en outre que l'influence dont disposent ces acteurs non-étatiques sur la globalisation juridique passe par des canaux diversifiés et se manifeste dans des circonstances différentes.* Certains contributeurs ont placé la focale sur le rôle des acteurs non-étatiques en amont de la détermination de la lettre ou de l'esprit des règles inter- ou supranationales (influence sur l'ordre du jour, sur l'interprétation des règles de Droit adoptées, fixation de standards ayant vocation à être appliqués par les organisations internationales ou les organismes qui les financent, etc.) ; d'autres ont insisté sur le rôle de ces acteurs dans l'incitation à la mise en œuvre par les États des règles adoptées (« naming and shaming », *amicus curiae*, pétitions, procédures judiciaires) ; d'autres enfin, se sont intéressés à l'impact sur les ordres juridiques de normes ainsi formulées ailleurs que dans l'État (mécanismes et logiques sous-jacentes au rayonnement du droit communautaire dans le droit suisse ; rapprochement des standards administratifs de prise de décision respectifs de l'espace européen et de l'ordre juridique global).

En dépit de cette diversité apparente, d'une intervention à l'autre se dégageaient nettement des lignes de résonance, voire une grande convergence autour notamment, d'une part, de la remise en question de l'opposition binaire qui voudrait que public rime avec légitimité et privé avec efficacité et, d'autre part, de la nécessaire complémentarité entre régulations publique et privée, étatique et non-étatique, dont resterait alors à échafauder les modalités (M. CAFAGGI).

Quant au premier point, il a en particulier été mis en évidence que l'association des acteurs privés à la prise de décision ne conduisait pas nécessairement à un surcroît d'efficacité, en raison des difficultés induites par la consultation d'un grand nombre d'interlocuteurs dispersés et dotés de moyens inégaux. Le postulat selon lequel l'association d'acteurs non-étatiques à la prise de décision garantirait, à l'inverse, aux instances publiques un surcroît de légitimité a également été remis en question, étant donné leur déficit d'« accountability » et de légitimité. Ces acteurs non-étatiques transnationaux, pour l'essentiel, s'auto-régulent. De sorte que l'intérêt qu'il y aurait à voir les instances de décision inter- ou transnationales s'associer le concours, sous une forme ou sous une autre, de ces acteurs serait fortement conditionné par l'émergence de méta-coalitions représentatives des acteurs non-étatiques transnationaux d'une part, et par un renforcement de la transparence et de la responsabilité de ces derniers.

Sur le second aspect, cette « intrusion » d'acteurs non-étatiques dans les sphères de compétence des États, jusqu'aux plus régaliennes (comme la diplomatie), participe à l'évidence d'un pluralisme normatif. Ce pluralisme, s'il est susceptible d'aboutir à une heureuse synergie entre les règles adoptées, est également lourd de risques de conflits (M. FOUCHER). *En outre, il conduit à déstabiliser les frontières entre le public et le privé : ces acteurs seraient privés quant à leur forme mais poursuivraient des objectifs de nature publique. Dès lors, une logique fonctionnelle commanderait de trouver les instruments juridiques permettant de les soumettre aux valeurs et principes que les institutions publiques, au premier rang desquelles les États, en sont venus à s'auto-imposer (respect des droits fondamentaux ou de la défense, transparence...).*

Certaines pistes ont été esquissées à cet égard, comme par exemple la régulation des coalitions d'ONG par leurs pairs, leurs percepteurs et leurs créanciers, lesquels disposeraient de fait d'une faculté à influencer leur degré de transparence.

A l'évidence, la mise en lumière des complémentarités entre régulation publique et régulations privées et de leurs éventuels conflits ouvre la voie à des réflexions nouvelles quant aux contours d'une organisation (hiérarchisation ?) efficace de leur coordination.

#### **Aude-Solveig Epstein**

Doctorante en droit privé, Université de Nice-Sophia Antipolis, CREDECO/GREDEG, Allocataire ADEME

Courriel : [aude.epstein@sciences-po.org](mailto:aude.epstein@sciences-po.org)

### **Le séminaire Public Law & Economics - « *Regulatory impact assessments* »**

Le 24 novembre 2010, le Séminaire « *Economic Analysis of Public Law and Policies* », que la Chaire "Mutations de l'Action Publique et du Droit Public" organise avec le soutien de la [Fondation pour le droit continental](#), tenait sa deuxième session, consacrée aux « Regulatory Impact Assessments ».

Sous la Présidence de François Lévêque (Mines ParisTech) la matinée fut ouverte par Susan Rose-Ackerman (Henry R. Luce Professor of Jurisprudence, Yale Law School), dont les analyses ont notamment permis de mettre en évidence les limites de ce type d'instruments d'évaluation. Susan Rose-Ackerman appelle en effet à repenser le rôle de l'étude d'impact face aux nouveaux enjeux politiques auquel l'État doit faire face : « Le changement climatique, les risques liés aux accidents nucléaires ou la préservation de la biodiversité ont un impact à très long terme qui peut générer des effets catastrophiques et irréversibles ». Or, ces risques ne sont pas par nature quantifiables et ne peuvent donc rentrer facilement dans le moule de l'étude coûts-avantages.

La discussion qui s'est ensuite engagée avec Bertrand du Marais (Conseiller d'État, professeur à l'Université Paris-Ouest), a permis de prendre conscience de la différence qui sépare les études d'impact américaines du mécanisme introduit en France. En effet, les études d'impact américaines concernent uniquement les actes réglementaires et sont, de surcroît, dépourvues de sanction. Sur le fond, Bertrand du Marais opère une distinction entre le principe de l'étude d'impact et ses modalités de mise en œuvre. Alors qu'il défend, de manière générale, le principe de l'étude d'impact qui pourrait s'appliquer à toute sorte de politiques, afin de pouvoir comparer les instruments utilisés ; il reconnaît que ses modalités de mise en œuvre peuvent être améliorées.

Anthony Ogus (Professeur émérite des Universités de Manchester et de Rotterdam) a poursuivi l'analyse d'un point de vue politico-économique, insistant sur les limites du procédé : tant du point de vue normatif et qu'en raison des incertitudes concernant les données utilisées dans sa mise en œuvre, l'étude d'impact ne peut avoir un poids déterminant dans le processus législatif. Néanmoins, cela ne doit pas remettre complètement en question son utilité pour éclairer le législateur. L'intérêt de l'étude d'impact tient à l'information qu'elle fournit aux décideurs, lesquels peuvent ensuite faire leurs choix de manière plus consciente, ainsi qu'au surcroît de transparence qu'elle induit dans le processus de décision dans l'Administration.

Le débat s'est ensuite poursuivi avec Frédéric Marty (CNRS, OFCE - Sciences Po) et Emmanuel Breen (MCF Paris-Sorbonne et Sciences-Po). Le premier s'est attaché à montrer les relations entre les études d'impact et la pensée Law & Economics. Le second a soulevé plusieurs problèmes méthodologiques relatifs aux études d'impact et mis en évidence la difficulté de transcrire de manière adéquate les nuances du droit positif dans l'analyse économique.

L'après-midi fut dédiée à des études de cas sous la Présidence de Suzan Rose-Ackerman.

La pratique pris d'abord la parole. Edward Donelan du projet SIGMA (OCDE/UE) scrute les nouveaux Etats membres de l'Union dans leur effort pour adopter les principes de la « meilleure réglementation » ([better regulation](#)). La mise en place d'une évaluation systématique des politiques n'est pas un exercice aisé. Le soutien politique, l'existence de ressources dédiées, d'une équipe pluridisciplinaire, des liens avec une université et, enfin, la formation des administrateurs à l'évaluation, sont des facteurs cruciaux pour la réussite d'une démarche administrative visant à mieux réglementer.

Jean Maïa, Chef du département « Législation et qualité de la norme » au Secrétariat général du gouvernement, a proposé un bilan de l'expérience française récente en matière d'études d'impact. Selon lui, l'intérêt essentiel de l'étude d'impact est de permettre de structurer le débat et surtout d'objectiver les nombreux paramètres de la décision publique. Martina Conticelli (Chercheur, Université de Rome "Tor Vergata") a révélé le rôle des organisations internationales dans le développement des mécanismes d'évaluation des politiques publiques. Alberto Alemanno (Professeur Associé, HEC Paris) lui, a étudié la « justiciabilité » de ces documents, se demandant si les études d'impact ne pourraient pas, à l'avenir, fournir un levier de contrôle de la légalité des actes de l'Union par la Cour de justice de l'Union européenne. Pour Georges Dellis (MCF, Université d'Athènes) l'absence en Grèce de mécanismes d'évaluation de la réglementation tels que les études d'impact, permet d'expliquer une situation caractérisée par une réglementation largement inefficace quand elle ne manifeste pas l'existence d'une réelle corruption.

Plusieurs conclusions peuvent être formulées à l'issu de cet atelier.

D'abord, les mêmes termes ne recouvrent pas les mêmes réalités dans les différents ordres juridiques concernés. Il y a notamment une différence importante entre l'étude d'impact française et les mécanismes existants dans les pays anglo-saxons. Alors que ces pays peuvent à juste titre parler de « *regulatory impact assessments* », il faudrait davantage parler en France de « *legislative impact assessment* », puisque c'est bien la loi qui est ici en cause. Susan Rose-Ackerman a d'ailleurs confirmé qu'une étude d'impact des projets de loi serait impensable dans le système constitutionnel américain.

Ensuite, les interventions ont bien mis en évidence le rôle important, mais nécessairement limité de cet outil. Important, car il est un facteur de bonne administration : il permet d'améliorer la transparence de l'action publique, de formaliser les débats, d'objectiver les positions. Toutefois, l'étude d'impact manifeste aussi ses limites face à certaines valeurs par définition inquantifiables. Même si certains économistes ont tenté de quantifier le coût du changement climatique (*The Stern Review on the Economics of Climate Change*), ce n'est pas cette base qui peut fournir le fondement des décisions politiques. Tant Susan Rose-Ackerman qu'Anthony Ogus se rejoignent enfin pour affirmer que l'étude d'impact ne peut être utilisée comme un moyen de préempter le processus démocratique.

**Thomas Perroud**

ATER à l'Ecole de droit de la Sorbonne

## **RESEAU « CONTRATS PUBLICS »**

### **La journée du 17 décembre sur les contrats de concession**

Le 17 décembre, le Réseau [Contrats publics dans la globalisation juridique](#) a tenu sa réunion semestrielle autour du contrat de concession, contrat par lequel l'autorité publique charge un tiers d'exercer une mission ou de réaliser une opération relevant d'une compétence de cette autorité. L'occasion pour les membres du réseau venus en nombre d'Europe (Italie, France, Grèce, Allemagne Portugal), d'Afrique (Rwanda) et d'Amérique (Brésil, Canada) de poser leur regard sur un contrat public dont le classicisme n'est qu'apparent.

Le type même de la concession n'est pas pleinement partagé en Europe. Si la France est historiquement une terre d'élection de la concession, c'est le droit communautaire qui l'a assez récemment réactivée en Allemagne ou en Angleterre, pays où les activités publiques tendent à s'organiser selon des formes unilatérales telles la licence ou l'autorisation. La concession ne jouit pas non plus nécessairement d'une très bonne presse, certaines rigidités conduisant le Canada à lui préférer d'autres solutions contractuelles de partenariat public-privé. Tout au contraire, en Amérique latine, *l'intuitu personae* du modèle concessif fait peser un risque de corruption et se trouve alors tempéré par une passation semblable à celle des marchés publics.

Des traits essentiels sont cependant constants comme la nature publique de l'autorité concédante, la retenue vis-à-vis des activités régaliennes encore largement tenues hors concession, les activités reposant sur d'importantes infrastructures qu'elle permet d'organiser... Autour de ces constantes, la concession s'affirme comme un modèle central de contrat public. Ce caractère central a nourri les réflexions des trois continents invités, avec un regard tout particulier porté sur l'harmonisation du droit des concessions en Afrique par la CEDEAO et de la CEMAC.

La journée s'est achevée par le lancement de l'ouvrage « [Droit comparé des contrats publics](#) » dirigé par les professeurs Rozen Noguellou et Ulrich Stelkens. Sous la présidence du Professeur Michel Fromont, une table ronde commenta et discuta l'apport de cette somme. « Droit comparé des contrats publics » réunit en effet près de cinquante auteurs pour éclairer d'une part, les lignes de force du phénomène de globalisation des contrats publics et, d'autre part, faire connaître les différentes compréhensions du contrat public dans le monde à travers une trentaine de monographies nationales couvrant sur les cinq continents.

## **AGENDA**

### **Le 18 janvier 2011 de 9h à 17h – Colloque IGD/MADP « *Le droit communautaire des concessions : une construction inachevée ?* »**

Sous le parrainage du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'emploi, ce colloque IGD/Chaire MADP poursuivra deux principaux objets. Faire le point sur les incidences du droit de l'Union en matière de concessions, et réfléchir sur les projets de réglementation des concessions qu'envisage actuellement la Commission européenne.

Le colloque se tiendra le 18 janvier 2011, de 9h à 17h en l'Amphithéâtre Jacques Chapsal de Sciences Po, 27 rue Saint Guillaume, 75006 Paris.

Le programme et les inscriptions sont sur le site de la [Chaire MADP](#).

### **Le 16 février 2011 de 17h à 20h - Séminaire de droit public comparé européen et global « *Les pouvoirs administratifs d'investigation* »**

La prochaine session du séminaire bilingue de droit public comparé, européen et global sera consacrée au problème des « *pouvoirs administratif d'investigation* ».

La manière dont les autorités administratives collectent les informations nécessaires à la poursuite de leur mission pose tout particulièrement problème lorsque cette collecte a lieu *ex officio*. De quels pouvoirs ces autorités, parmi lesquelles de plus en plus d'« *agences* », sont-elles en mesure d'user pour établir des preuves, le cas échéant en urgence ? Quelles sont leurs limites et les sources que les individus peuvent opposer en garantie de leurs droits ?

Une rencontre euro-asiatique sera l'occasion d'éclaircir cette question à la sensibilité grandissante et peu traitée en France.

Sous la Présidence de **Monsieur Bernard Stirn**, Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, des rapports des deux continents seront ainsi présentés par :

**Charlotte Denizeau**, Maître de conférence à l'Université Paris II (droit de l'Union Européenne)  
**Lingjiun Yu**, Professeur à l'Université Tsinghua de Pékin, représenté par Melle Wang Fanglei (droit chinois)  
**Gordon Anthony**, *Reader* à l'Université de Belfast, Irlande (droit du Royaume-Uni)  
**Jean-Bernard Auby**, Professeur de droit public à Sciences Po, directeur de la Chaire MADP (droit français)

Le séminaire se tiendra le **16 février 2011 de 17h à 20h** en Salle des conseils, 13 rue de l'Université, 75007.

Les papiers des intervenants seront en ligne une semaine avant la tenue du séminaire.

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

## PARUTIONS

### Comparative administrative Law

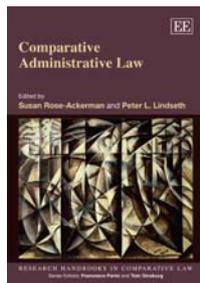
Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth (ed.)  
Edgar Elward, Nothampton MA, 2011, 688 p. , \$40-265 (paperback/hardback)

This is to announce the publication of the edited volume based on the conference on Comparative Administrative Law that Professors Susan Rose-Ackerman and Peter Lindseth organized at Yale Law School in May 2009.

The chapters in this book represent a broad, multi-method approach combining perspectives from history and social science with more strictly legal analyses. Comparisons of the United States, continental Europe, and the British Commonwealth are complemented by contributions that focus on Latin America, Africa, and Asia. The work aims to stimulate comparative research on public law, reaching across countries and scholarly disciplines.

Beginning with historical reflections on the emergence of administrative law over the last two centuries, the volume then turns to the relationship of administrative and constitutional law, with an additional section focusing on the key issue of administrative independence. Two further sections highlight the possible tensions between impartial expertise and public accountability, drawing insights from economics and political science as well as law. The final section considers the changing boundaries of the administrative state – both the public-private distinction and the links between domestic and transnational regulatory bodies such as the European Union. In covering this broad range of topics, the book illuminates a core concern of administrative law: the way individuals and organizations across different systems test and challenge the legitimacy of public authority.

### Akis Psygkas



### Droit comparé des contrats publics

Dirigé par Rozen Noguellou et Ulrich Stlekens, avec le concours de Melle Hanna Schröder  
A Bruxelles, aux Editions Bruylant, 2010, 1012 p. 185 €



## **APPEL A CONTRIBUTION**

### **6<sup>ème</sup> Rencontre franco-allemande de jeunes chercheurs en droit public comparé : Berlin, 23-25 juin 2011**

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, l'Université de Strasbourg, l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brigau et l'Ecole des sciences administratives de Spire (DHV Speyer) organisent le **6<sup>ème</sup> séminaire franco-allemand de jeunes chercheurs en droit public comparé les 23, 24 et 25 juin 2011**.

**Le thème général** du séminaire porte comme les années précédentes sur les **développements récents du droit public comparé en Europe**.

Les projets de contribution sont à faire parvenir au plus tard le 15 février à l'adresse suivante : [cdfa.2011@gmail.com](mailto:cdfa.2011@gmail.com)

Pour en savoir plus : <http://www.jus-publicum.eu>