



SCIENCES PO

Chaire Mutations de l'Action
Publique et du Droit Public

Troisième session du Séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global »

L'émergence d'un droit administratif global

***La théorie du droit administratif global :
Brève présentation critique***

*Jean-Bernard Auby
Professeur de Droit Public à Sciences Po Paris
Directeur de la Chaire « Mutations de l'Action
Publique et du Droit Public »*

Version provisoire

Une science un peu bizarre est en train de s'installer dans notre paysage : celle du « droit administratif global », à laquelle on peut s'initier par la lecture de la version française, récemment parue, d'un article de Sabino Cassese¹. On y découvre une construction intellectuelle qui tend à appliquer les concepts du droit administratif à l'examen d'institutions et de mécanismes internationaux, d'institutions et de mécanismes globaux.

Le propos du présent texte est de présenter sommairement la théorie², et de livrer quelques impressions toutes personnelles sur l'intérêt qu'elle présente, ainsi que sur les limites que l'on peut lui imputer.

Commençons par la situer dans le temps et dans l'espace. Même si elle présente quelque parenté avec la théorie ancienne du droit administratif international telle qu'elle a prospéré au tournant des XIX^e et XX^e siècles dans la foulée de la création des premières organisations internationales de services - comme l'Union

¹ Le droit administratif global : une introduction, Dr.adm., mai 2007, Etude p.

² Pour en savoir plus, on se référera à l'article de S. Cassese qui vient d'être cité (ainsi que, du même auteur, si on lit la langue de Dante, à : Gamberetti, tartaruge e procedure. « Standards » globali per i diritti amministrativi nazionali, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 2004, n°3, p. 657), et à ce qui constitue la référence de base de la théorie : Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard Stewart, Jonathan Wiener, The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems, vol. 68, Summer-Autumn 2005, n°3-4. Voir également le numéro spécial de l'European Journal of International Law de février 2006, « Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order », dirigé par Nico Krisch et Benedict Kingsbury. ET la bibliographie systématique fournie à la fin de l'article de Sabino Cassese cité note 1

Télégraphique Internationale ou l'Union Postale Internationale³ -, la théorie du droit administratif global s'est établie très récemment sur ses bases particulières.

Elle est née des réflexions conjuguées de juristes de la New York University⁴ et de juristes italiens emmenés par Sabino Cassese. Parmi eux, des administrativistes, comme ce dernier, et Richard Stewart, et des internationalistes, comme Benedict Kingsbury. On comprendra plus loin assez bien l'intérêt que les uns et les autres ont trouvé à se rejoindre.

Je vais m'efforcer d'expliquer ce que me paraissent être les bases de la théorie (I), puis ce qu'elle prétend faire à propos de l'objet qu'elle a défini (II). J'indiquerai ensuite ce qui, selon moi, fait l'intérêt de la théorie du droit administratif global (III), mais aussi ce que me paraissent être ses limites – dans son état actuel tout au moins - (IV).

I

Les **bases de la théorie du droit administratif global** peuvent être résumées de la manière suivante. Partant de l'idée qu'il existe des entités administratives globales (1°), la théorie s'efforce de décrire leur physionomie particulière (2°), ainsi que les mécanismes originaux par lesquels ces entités se trouvent articulées avec les appareils publics nationaux (3°). Elle fait apparaître enfin que les institutions administratives globales recèlent souvent des mécanismes de contrôle, voire de recours, qui ne sont pas sans analogie avec ce que connaissent les droits administratifs nationaux (4°).

1°. Dans l'immense constellation des institutions internationales d'aujourd'hui, on trouve des organes à qui l'appellation d'administratifs convient bien. Pourquoi ? Parce qu'ils remplissent des fonctions de type administratif : ils décident sur des questions concrètes de caractère économique, environnemental, sanitaire, etc... Parce que leur configuration les apparente à des organes administratifs : ils sont animés par des techniciens, qui sont d'ailleurs parfois des fonctionnaires nationaux. Parce qu'ils exercent eux-mêmes, ou sont soumis à, des contrôles qui évoquent les recours administratifs ou les procédures du contentieux administratif.

Les exemples donnés sont nombreux et variés. Ils concernent, dans le domaine maritime, l'Organisation Maritime Internationale, l'Autorité Internationale des Fonds Marins, le Tribunal International du Droit de la Mer. Dans le domaine de l'environnement, l'Organisation Météorologique Mondiale, les organismes en charge de l'application de la Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques, et du Programme sur l'Environnement des Nations Unies. Dans le domaine économique et financier, le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale, le Comité de Bâle – en charge de la régulation internationale des banques-, le Comité sur les Systèmes de Paiement et de

³ Par exemple : P. Kazansky, Théorie de l'administration internationale, R.G .D.I.P., 1902-23

⁴ voir note 2. Pour être très précis, Nico Krisch est une pièce rapportée : à l'époque de la publication du texte cité note 2, il relevait de l'Université d'Oxford (Merton College), il a rejoint ensuite la London School of Economics

Règlement, le Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux, l'Organisation internationale des Commissions de Valeurs mobilières, l'Association Internationale des régulateurs des Assurances, le Conseil International des Normes de Comptabilité, etc...

2°. La physionomie de ces entités administratives globales varie, mais certaines caractéristiques relativement constantes se repèrent tout de même.

Les organes administratifs globaux sont souvent secrétés par des institutions internationales existantes, qui parfois s'allient pour les constituer. Il arrive d'ailleurs que telle ou telle institution internationale ayant fait naître un organe de ce type le mette à la disposition d'autres régimes internationaux que celui dont elle est normalement gardienne. C'est ce qui se produit pour le CIRDI, créé par la Banque Mondiale pour se prononcer sur les litiges concernant les investissements aidés par elle, et qui est mis à disposition dans d'autres situations.

L'organisation des entités administratives globales est variable, et d'ailleurs souvent marquée par une certaine flexibilité des structures et de la distribution des rôles. On trouve en général : un collège dans lequel tous les membres de l'institution sont représentés, un collège plus restreint, élu, un exécutif, et une série de comités d'experts.

3°. Une caractéristique très remarquable des entités administratives globales est qu'elles sont en général en rapport étroit avec les appareils publics nationaux.

Non seulement leurs instances d'expertise sont fréquemment constituées de fonctionnaires nationaux mais elles remplissent en réalité souvent une fonction d'interface entre les administrations nationales et l'organisation internationale dont elles relèvent. Comme l'écrit Sabino Cassese⁵, elles constituent une sorte de zone grise, qui « *sert de temps en temps, et quelquefois en même temps, aux Etats pour faire entendre leur voix dans le système global, et à ce dernier pour pénétrer dans les Etats et atteindre la société civile et le territoire, éléments qui sont absents dans les pouvoirs publics globaux* ».

4°. Un autre aspect très intéressant de la configuration juridique des organes administratifs globaux est qu'ils abritent souvent des mécanismes de contrôle, voire de recours, qui ne sont pas sans analogie avec ce que connaissent les droits administratifs nationaux.

Le Tribunal International du Droit de la Mer tranche des litiges qui ressemblent à s'y méprendre à des litiges administratifs – ils peuvent concerner des problèmes très concrets concernant les droits de pêche-. Le CIRDI, quant à lui, peut être conduit à connaître de litiges entre entreprises et autorités publiques d'un autre Etat.

Il arrive d'ailleurs, et ce n'est pas le moins intéressant, que, dans le cadre de ces mécanismes de recours, puissent être mises en cause des décisions administratives nationales : l'Organe des Règlements des Différends de l'OMC peut par exemple

⁵ Le droit administratif global : une introduction, précité

être conduit à examiner si une décision administrative nationale a été suffisamment motivée – au regard des principes qui autorisent, dans le cadre du droit de l'OMC, des restrictions à la liberté des échanges.

En somme, on est dans un univers juridique qui n'est pas du tout dépayasant pour le droit administratif.

II

Que prétend faire la théorie du droit administratif global à propos de l'objet ainsi cerné ? Trois séries de choses en vérité : analyser la physionomie juridique des entités administratives globales, et les configurations institutionnelles dans lesquelles elles sont placées (1°), déterminer si et dans quelle mesure ces entités sont soumises au droit, au respect des principes de l'Etat de droit, tel que nous le jugeons indispensable dans l'ordre interne (2°), et examiner leur niveau d'«accountability», c'est-à-dire la mesure dans laquelle elles rendent des comptes aux pouvoirs politiques légitimes et aux citoyens.

1°. Le propre des entités administratives globales est qu'en général, leur physionomie juridique, et les configurations institutionnelles dans lesquelles elles sont placées, s'apparentent à ce que l'on trouve dans les appareils gouvernementaux et administratifs contemporains. On y trouve le même genre de complexité, d'enchevêtrement des structures, de juxtaposition d'entités technocratiques et d'autres, plus politiques. On y trouve la même attirance pour le modèle de l'agence plus ou moins indépendante, comme moyen à la fois d'isoler le pouvoir d'expertise et d'éviter certains conflits d'intérêt.

Ces réalités sont, pour le droit administratif contemporain, devenues familières. Même s'il éprouve parfois quelques difficultés conceptuelles, voire principielles parfois, avec elles, il les connaît bien, car elles sont aujourd'hui fortement développées dans les appareils publics nationaux. Cela est tout particulièrement vrai quant on parle des droits administratifs américain et italien, qui ont, de ce que sont ces appareils, une vision moins monolithique que le droit administratif français traditionnellement, et qui sont donc plus habitués à penser l'appareil étatique comme plural.

La théorie du droit administratif global va s'appuyer sur les concepts dégagés dans l'analyse des institutions publiques nationales pour éclairer l'organisation des institutions administratives globales.

2°. Ce dont, en second lieu, va se préoccuper la théorie du droit administratif global – et cela constitue un de ses aspects très importants- est d'examiner dans quelle mesure et de quelle manière, les organes administratifs globaux sont contraints au respect des principes de l'Etat de droit, si quelque chose les y contraint.

A partir du moment où ces organes prennent des décisions pouvant avoir un fort impact sur la vie quotidienne et les intérêts des citoyens, des entreprises, des

Etats..., il devient fort important de savoir quelles garanties procédurales leur sont imposées – motivation de leurs décisions, droits de la défense, etc... -, et de savoir quels standards de fond, de l'ordre par exemple de la proportionnalité, de la rationalité..., ils sont tenus de respecter.

Cela vaut de la même manière lorsque l'on a affaire à des organes administratifs globaux ayant le pouvoir de contrôler des décisions. Il est également important de savoir à quelles règles procédurales et substantielles leur contrôle doit être accordé : au second degré si l'on peut dire, car de la censure qu'ils exerceront, ou de la confirmation qui viendra d'eux, peut dépendre la mise en cause d'intérêts de divers acteurs nationaux.

La théorie du droit administratif global est tout à fait à son aise ici, évidemment, car ces questions sont exactement symétriques de celles qui constituent le cœur du droit administratif national. Le droit administratif apporte ici sa maintenant vieille expérience du contrôle des décisions publiques. Il apporte aussi son bagage de mécanismes et de principes concernant la procédure administrative non contentieuse. Avec d'ailleurs une efficacité particulière lorsqu'il puise dans les arsenaux américain et italien, qui sont particulièrement riches sur ce deuxième terrain.

3°. Un autre aspect essentiel de la théorie du droit administratif global est sa façon de poser le problème de l'«accountability» des organes administratifs globaux, c'est-à-dire de s'interroger sur la mesure dans laquelle ils rendent des comptes aux pouvoirs politiques légitimes et aux citoyens.

On voit bien l'enjeu de la démarche. Ces organes administratifs globaux sont autant qu'il est possible éloignés du regard des citoyens, des acteurs privés ordinaires – autres que ceux qui, parfois, se trouvent impliqués dans leur fonctionnement- : ils le sont en tous les cas davantage que les organes administratifs nationaux. Or, ils prennent parfois des décisions ayant de grandes conséquences concrètes pour toutes sortes d'intérêts.

Ils sont de la même façon souvent un peu abrités du regard des gouvernements nationaux, à l'écart desquels on les aura souvent placés volontairement – dans un système plus ou moins d'agence-. Ils sont donc soustraits plus ou moins au contrôle des pouvoirs publics légitimes.

D'où la question de savoir comment on peut leur imposer des règles de transparence, si on ne peut pas parfois organiser la représentation des citoyens auprès d'eux, comment on organise leurs rapports avec les gouvernements de façon à ce que des comptes clairs leurs soient rendus.

La théorie du droit administratif global puise ici dans l'expérience qu'a le droit administratif national de ces questions, qui se posent de manière aigüe dans les appareils publics nationaux d'aujourd'hui. Elle propose les recettes qu'elle connaît en matière d'accès à l'information publique, en matière de participation des citoyens aux décisions publiques, en matière d'évaluation de l'action publique, etc...

III

Quelques observations, maintenant, sur **l'intérêt que présente la théorie du droit administratif global**, sur l'apport scientifique et pratique qui est le sien. Disons tout bêtement que cet intérêt, cet apport, tiennent à ce qui, dans la théorie, est l'aspect global (1°), et l'aspect administratif (2°).

1°. La théorie du droit administratif global est une précieuse porte d'entrée dans l'analyse de la globalisation juridique.

Son apport le plus évident à cet égard réside dans les outils qu'elle nous fournit pour connaître et comprendre l'architecture institutionnelle du monde aujourd'hui.

Elle éclaire notre connaissance des dispositifs institutionnels internationaux en faisant apparaître, ou en montrant à quel point, ils s'éloignent aujourd'hui souvent du modèle diplomatique classique de la conférence d'Etats, rendue plus ou moins permanente, pour devenir de vraies structures administratives de superposition, dotées des caractéristiques habituelles de ce type de structures.

En outre, en mettant le doigt sur les connexions importantes qui existent entre les appareils publics internationaux et les appareils publics nationaux, elle nous montre d'une autre manière combien l'architecture institutionnelle du monde s'éloigne de la situation classique dans laquelle s'opposaient clairement les gouvernements et les administrations nationaux en charge de la marche courante des affaires publiques, et les institutions internationales, lieu de la concertation – parfois de l'action commune, mais dans un registre limité- des gouvernements sur le nombre relativement réduit de questions qui pouvaient être considérées comme constituant les affaires du monde.

Tout ceci est du plus grand intérêt pour comprendre l'organisation juridique du monde à l'ère de la globalisation. La théorie rejoint notamment ici les analyses par ailleurs faites sur les rapports nouveaux entre droit international et droit interne : ces analyses qui font apparaître que le droit international, dans son objet, dans le contenu de ses règles et la fonction de ses institutions, s'intéresse de plus en plus souvent aux questions qui appartiennent traditionnellement au droit interne, cependant que c'est de plus en plus au sein des droits internes qu'il trouve de plus en plus les ressorts de son application, les moyens de son effectivité. Sous l'angle institutionnel, la théorie du droit administratif global nous renseigne bien sur ces ruses de l'histoire dans la globalisation.

Par ailleurs, tout le travail que fait la théorie pour analyser et perfectionner les instruments de la soumission au droit et de l'«accountability» des entités administratives globales est un apport considérable à la réflexion sur les disciplines de la globalisation juridique. A l'ère de la globalisation, l'organisation juridique du monde est plus que jamais éclatée, pluraliste, animée par une pluralité de producteurs de normes – publics ou privés...-. Elle est à la recherche de ses régulations, et, sans aucune doute, une part de celles-ci se trouvent dans les

disciplines juridiques auxquels sont soumises ces instances que l'on peut qualifier d'administrations globales.

2°. Ceux qui font métier de s'intéresser au droit administratif national auraient grand tort de penser que ce à quoi s'intéresse le droit administratif global ne les concerne pas. Ils doivent au contraire tenir cet objet pratique et scientifique nouveau pour particulièrement utile dans leur champ.

Il en va ainsi, tout d'abord, tout simplement, parce que, dans le corpus juridique qu'appréhende la théorie du « droit administratif global », il y a des éléments que l'on doit considérer comme intéressent directement le droit administratif national. Lorsque des décisions administratives nationales sont appréciées par des instances administratives globales, le droit administratif national est directement concerné, même si ce ne sont pas ses mécanismes propres qui sont mobilisés. Parce que des actes qui relèvent de lui sont en cause, parce qu'aussi le contrôle ainsi exercé de l'extérieur peut introduire dans le droit administratif national des solutions dont il devra s'accommoder (de même que, par exemple, le droit administratif européen fait entrer des principes comme la confiance légitime dans les droits administratifs nationaux lorsqu'ils sont en position de mise en œuvre du droit communautaire).

Il en va ainsi au moins pour une autre raison. Elle tient à ce qu'il est de grand intérêt pour le droit administratif national de savoir que des organes internationaux se posent exactement les mêmes problèmes – de motivation, de proportionnalité, de respect des droits acquis, par exemple - que lui. Parce qu'il en va parfois ainsi, en effet, le droit administratif global peut être une source d'inspiration, d'enrichissement intellectuel, pour le droit administratif national. Inversement, d'ailleurs, il n'est aucunement interdit aux constructions du droit administratif national d'inspirer celles du droit administratif global lorsque ces constructions sont suffisamment performantes pour persuader le concert juridique des nations de les adopter.

IV

Je voudrais terminer en formulant **quelques réserves**, qui n'équivalent aucunement à une mise en cause de la théorie dans son principe, mais contiennent le souhait que des certaines précisions conceptuelles soient données en son sein, et que certains rapprochements avec d'autres analyses soient davantage faits.

1°. Comme d'autres approches voisines, la théorie du droit administratif global éprouve quelques difficultés compréhensibles à définir de façon tout à fait claire ce que son objet a de « global », et d' « administratif ».

Apparemment, la théorie tend à considérer que toutes les institutions internationales mondiales doivent être tenues pour globales. Elle hésite manifestement en ce qui concerne les organisations régionales : si l'Aléna, par exemple, semble bien rentrer dans son champ, en revanche, la théorie éprouve des réticences à inclure dans son objet les institutions de l'Union Européenne.

Tout cela peut évidemment faire discussion. Toutes les institutions universelles sont-elle vraiment des institutions de la globalisation ? L'Union Européenne ne présente-t-elle pas toutes les caractéristiques d'un espace de globalisation, et d'un opérateur de globalisation – même si elle est sûrement par ailleurs un agent de régulation de la globalisation- ? Les analyses de la globalisation juridique ne sont pas encore suffisamment systématisées pour donner des réponses catégoriques à ce genre de questions.

La théorie du droit administratif global ne se préoccupe pas outre mesure, non plus, de définir les critères en fonction desquels on pourra décider qu'une entité globale est de nature administrative. Elle s'en tient à l'idée d'entités qui prennent des décisions de même ordre que les décisions administratives internes, qui exercent des fonctions de mise en œuvre ou de contrôle, et non des fonctions de législation.

Cela étant, la pierre ne doit pas être trop vite jetée. A titre de comparaison, la science un peu plus ancienne du droit administratif européen a aussi des difficultés avérées pour déterminer ce qui, au sein des organes et des actes communautaires, a le caractère administratif. Et l'on comprend pourquoi : l'organisation des institutions européennes et la typologie des actes communautaires ne répondent pas aux canons habituels des droits publics internes. Ces raisons valent évidemment aussi dans le cadre des institutions qu'analyse la théorie du droit administratif global.

2°. Sur le fond des choses, deux réserves peuvent être exprimées, qui sont en vérité des souhaits de rapprochement avec d'autres analyses, auxquels, d'ailleurs, selon ce que je sais, les promoteurs de la théorie adhèrent.

Même si la théorie du droit administratif global retient en fin de compte la position selon laquelle les institutions européennes ne peuvent pas être considérées comme des entités globales, on ne peut que souhaiter qu'elle se rapproche de la théorie du droit administratif européen, et lui emprunte quelques-unes de ses constructions. Pour des raisons qui se comprennent bien, la théorie du droit administratif global a tendance à puiser dans le droit américain les concepts et les méthodes qu'elle propose d'appliquer à l'analyse des institutions administratives globales et à l'amélioration de leur fonctionnement. Cela est on ne peut plus légitime aussi longtemps qu'il est question de mécanismes procéduraux, domaine dans lequel le droit administratif américain est d'une richesse incontestable. Mais il est un registre dans lequel, sans aucun doute, le droit administratif européen est plus solidement développé : c'est celui de principes généraux du droit administratif – égalité, proportionnalité, sécurité juridique et confiance légitime, précaution, etc...La théorie devrait sans doute davantage regarder de ce côté là dans ce registre.

Par ailleurs, il ne faudrait pas que la robustesse de la théorie du droit administratif global voile le fait que les rapports entre le droit administratif et la globalisation ne se résument pas à ce qu'elle analyse. Ce n'est pas le lieu de se lancer dans une discussion sur ce qu'est la globalisation du droit. Je propose d'admettre, de façon assez simple, que le phénomène recouvre une évolution dans le sens d'un brassage croissant, d'une interpénétration croissante des espaces normatifs et que

cette évolution affecte aussi bien les rapports verticaux entre droit international et systèmes juridiques nationaux que les rapports horizontaux entre ces derniers. Si cette définition est exacte, alors les transformations que la globalisation introduit dans les réalités qu'aborde le droit administratif sont de trois ordres au moins : elles consistent dans un mouvement d'internationalisation des droits administratifs internes – de plus en plus souvent influencés par des normes internationales-, dans un mouvement d'administrativisation du droit international – qui se préoccupe de plus en plus de questions concernant le droit administratif, et secrète de plus en plus d'institutions présentant un caractère administratif-, et dans un mouvement d'interpénétration et de développement des influences horizontales en droits administratifs nationaux.

C'est sur la deuxième de ces transformations que la théorie du droit administratif global concentre son attention, avec une grande force de percussion intellectuelle. Il lui reste sans doute à rentrer davantage en connexion avec les autres aspects. Parce que la globalisation juridique est un mouvement en quelque sorte circulaire, en quelque sorte tous azimuts, et que l'on n'en perce bien les secrets que si l'on se persuade qu'elle a son siège aussi bien dans le « petit » marché public qu'une commune française ou italienne passe avec un fournisseur japonais de matériel informatique que dans les « grandes » décisions que prend l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC ou le Comité de Bâle.

Le 3 mai 2007