



Charlotte DENIZEAU

**L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne Bibliothèque de droit public Tome 239
LGDJ, 2004 (recension : Annuaire de droit européen 2004)**

Depuis une quinzaine d'années, l'intégration européenne a suscité nombre de réflexions relatives à son incidence sur un concept clé du droit administratif : le service public. Il n'est que de considérer l'intitulé de quelques-unes de ces études (F. Moderne : « Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen », Mélanges J. Mas, Université de la Réunion, Connaissance du droit, 1996, p.239. Y. Gaudemet : « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès », Mélanges B. Jeanneau, Dalloz, 2002, p.473) pour comprendre que la thèse de Charlotte Denizeau vise à combler un déséquilibre en constituant un exercice symétrique pour un autre concept clé, non seulement du droit administratif, mais plus largement du droit public : la puissance publique. Le parallèle a cependant ses limites, la mise en cause des services publics présentant une dimension pratique indéniable, en termes de politiques publiques, alors que la mise à l'épreuve de la puissance publique constitue un débat plus théorique.

L'ampleur de la réflexion est, en tous cas, évidente, dans la mesure où cette puissance publique, curieusement prise ici en tant qu'« idée », ce qui semble signifier une systématisation, une représentation abstraite des classiques « prérogatives », entretient des liens évidents avec les notions d'Etat, de constitution, ou de souveraineté, ce qui, dans le contexte actuel, révèle immédiatement le double enjeu de la thèse : il s'agira non seulement d'apprécier l'atteinte portée par l'intégration européenne à la substance étatique des Etats membres, mais aussi de se demander dans quelle mesure ne se dégage pas une puissance publique européenne et les conséquences que pourrait avoir ce phénomène.

Le « détour » conceptuel par la puissance publique permet d'aborder plus commodément, sinon de manière plus féconde, certaines questions épineuses ou franchement polémiques : le partage de la puissance

publique est probablement moins dérangeant que le partage de la souveraineté, de même que l'expression « puissance publique » peut certainement s'appliquer à la Communauté elle-même, ce qui permet d'éviter le débat sur une éventuelle dimension étatique. A cet égard, cette thèse se présenterait comme une voie nouvelle (au sens « alpiniste » du terme) permettant de gravir plus aisément certains aspects abrupts de l'intégration européenne, par rapport à des « faces Nord » plus acrobatiques telles que celle ouverte par Florence Chaltiel (« La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français, recherches sur la souveraineté de l'Etat membre », LGDJ, 2000).

On appréciera spécialement, sur un tel sujet, que la thèse soit celle d'un publiciste, plus que d'un communautariste. C'est donc à juste titre que la thèse est publiée dans la Bibliothèque de droit public et non dans la Bibliothèque de droit international et communautaire. En effet, si les problèmes de droit communautaire pur donnent lieu à des analyses pertinentes, ils sont presque systématiquement mis en miroir avec des approches fondamentales, classiques, de droit public, ce qui permet à l'auteur de prouver une authentique culture publiciste, mise au service d'une intelligence certaine du phénomène communautaire. On se plaira également à constater que, de plus en plus, c'est un équipement théorique de publiciste interniste qui doit être utilisé pour l'exploration du phénomène communautaire.

Ce va et vient constant (du moins dans les première et troisième parties) entre les notions classiques, l'éclairage qu'elles offrent sur les configurations communautaires originales, et la manière dont ces phénomènes nouveaux peuvent ou non influencer sur les notions elle-mêmes est une dominante de la thèse et cet exercice est, de manière générale, brillamment maîtrisé.

La première partie présente **l'idée de puissance publique en tant que résistance à « l'emprise libérale de l'Union européenne »**. Malgré cette accroche assez peu juridique, cette partie, peut-être la plus séduisante de la thèse, offre un exemple de « recherche fondamentale » au soutien de laquelle sont mobilisées des analyses approfondies de droit matériel.

La question des emplois dans l'administration publique fait ainsi l'objet d'un traitement particulièrement détaillé et informé. Le critère essentiel de ces emplois, cependant, c'est à dire la détermination des activités spécifiques à l'administration proprement dite, est un peu négligé, de même qu'un paramètre particulier, celui de la correspondance du critère fonctionnel à l'essence même de l'emploi en cause. Ceci peut être regretté, d'autant que des projections intéressantes auraient pu être faites avec le secteur des règles de concurrence et la référence aux activités typiques de prérogatives de puissance publique.

L'investigation en droit communautaire de la concurrence en révèle une bonne connaissance. On pourra cependant regretter l'absence de distinction, s'agissant de l'opposabilité des règles de concurrence destinées aux entreprises aux autorités étatiques, entre le raisonnement « à deux étages » et l'intéressante situation dans laquelle est retiré le caractère étatique de la réglementation.

La conclusion est ici que l'idée de puissance publique, cœur de l'activité étatique, résiste en tant que telle aux libertés économiques communautaires, mais il n'y aurait pas d'analogie à établir entre la notion communautaire et l'idée telle qu'elle peut exister en droit interne : en droit communautaire, l'idée de puissance publique ne désigne pas un mode d'action exorbitant, ni le pouvoir d'Etat, mais un ensemble d'activités régaliennes, les activités souveraines de l'Etat. Pour la Cour, l'exercice de la puissance publique correspond à la fois à l'exercice de la souveraineté (activités régaliennes) et à l'exercice de prérogatives de puissance publique. La perspective est donc différente de celle du droit administratif français limitant la puissance publique au sens de prérogative, de moyen d'action exorbitant.

La thèse s'interroge ensuite sur les effets de cette consécration-concession sur la notion dans l'ordre interne : réhabilitation qui ferait que le droit administratif se reconstruirait autour d'elle au détriment d'un service public davantage mis à mal par le droit communautaire ?

L'auteur répond par la négative. L'autonomie de la notion de puissance publique en droit communautaire (sens et fonction particuliers) empêchant toute réhabilitation nationale.

En revanche, le fait que le droit communautaire de la concurrence fasse une distinction entre les activités de puissance publique, qu'il n'appréhende pas, et les actes de puissance publique, qui lui sont soumis, a eu une conséquence en droit administratif, avec une soumission des actes de puissance publique au droit de la concurrence (arrêt CE 3/11/97, Million et Marais), ce qui emporte une forme de banalisation de l'idée de puissance publique.

2° partie : l'adaptation de l'idée de puissance publique aux fins de l'Union européenne. Il ne s'agit plus ici de solliciter l'idée de puissance publique en tant que dérogation au droit communautaire, mais pour la mise en œuvre et l'effectivité du droit communautaire. Cette partie est sans doute moins innovante que la première, en ce qu'elle se situe dans le sillon de nombreux travaux antérieurs, qui ont pu étudier le rôle des Etats membres dans l'exécution du droit communautaire. On se réjouira, cependant, que cette thèse mette, elle aussi, l'accent sur ce rôle majeur des Etats membres, en tant qu'Etats, et en tant que membres de la Communauté. Il est en effet illusoire de vouloir comprendre l'intégration européenne en réduisant les Etats membres à des assujettis ou des structures dépassées, vouées à la disparition. Le pragmatisme mais aussi et même surtout l'originalité et la subtilité de cette intégration ne se peuvent saisir qu'avec cette prise de conscience que les Etats sont des rouages, des relais, des acteurs du système communautaire, sans que ceci en fasse pour autant des structures communautaires : C. Denizeau a raison de le souligner, même si ceci avait souvent été fait, c'est en tant qu'organes des Etats, et non en tant qu'organes communautaires que les autorités des Etats membres assurent l'effectivité du droit communautaire.

L'idée est ici que le système d'exécution du droit communautaire correspond à l'exigence pour les Etats membres de mettre la puissance publique au service de l'effectivité de ce droit, ce qui serait à la fois une légitimation et une instrumentalisation de ces expressions de la puissance publique.

Contrairement à la première partie, qui voyait le recours à l'idée de puissance publique consacrer une conception stricte des activités de l'Etat, c'est ici une notion extensive (« maximaliste ») de l'Etat qui est soutenue par l'idée de puissance publique.

On pourra regretter ici quelques faiblesses ponctuelles, notamment quant à l'article 10 CE pourtant abondamment étudié, mais dont les rapports avec des principes tels que la bonne foi ou la fidélité fédérale semblent assez approximativement déterminés, et se demander si l'angle d'attaque choisi renouvelle finalement la réflexion sur le système d'exécution du droit communautaire.

3° partie : les transformations de l'idée de puissance publique par le partage de son exercice.

Le propos change ici d'objet et, partant, de tonalité. Est envisagée ici l'« idée d'une puissance publique européenne », c'est à dire que les Etats, sans se départir de leur puissance publique, auraient doté la Communauté (plus que l'Union) de prérogatives normatives et juridictionnelles lui permettant de mener à bien ses missions.

On peut avoir la curieuse impression que c'est dans cette dernière partie de la thèse que la notion même de puissance publique est étudiée, identifiée, dans sa signification, dans sa substance, ce qui est finalement explicable : dans les développements antérieurs, tout partait de la puissance publique des Etats membres, le propos se situant en aval (atteinte à..., utilisation de...), alors qu'ici, est vraiment en cause l'existence même d'une puissance publique, la puissance publique européenne.

Le pouvoir normatif communautaire, en ce qu'il se traduit par la production d'actes impératifs et d'effet direct, est analysé comme l'expression de la puissance publique communautaire. S'agissant de l'impérativité, on sera cependant d'accord avec l'auteur pour admettre que la puissance publique est, là, « une notion dont on peut faire l'économie conceptuelle ». L'analyse de l'intégration immédiate et de l'effet direct comme les deux volets d'une sorte de « privilège du préalable » est plus originale.

La notion de puissance publique n'est pas opératoire non plus pour l'analyse de la hiérarchie des actes communautaires.

De même, on peut rester sceptique quant à l'apport de la revue des compétences contentieuses et interprétatives du juge communautaire sous l'angle de la manifestation d'une prérogative de puissance publique communautaire.

C'est finalement sans surprise que l'on apprend aussi que cette puissance publique européenne caractérisée par son pouvoir de commandement unilatéral ne se retrouve pas dans le deuxième pilier, et n'apparaît dans le troisième que par sa partielle communautarisation. La puissance publique européenne est donc une puissance publique communautaire.

Mais ce ne serait là qu'une puissance publique car il n'y aurait pas d'identité avec la puissance publique étatique. La puissance publique européenne serait inachevée et souffrirait de deux lacunes en termes de légitimité et de pouvoir de coercition.

Sur la légitimité, on peut regretter l'absence de connaissance de quelques thèses récentes consacrées à la question de la légitimité de l'Union européenne ou de sa légitimité démocratique (thèse de Thibault Graffin par exemple : « La démocratie communautaire : étude théorique de la contribution du Parlement européen à l'émergence de la démocratie dans l'Union européenne », 2000, Montpellier), la question de la légitimité « de la puissance publique européenne » ne différant guère, somme toute, des études portant plus classiquement sur la légitimité de l'Union elle-même. Les développements sont ici, cependant, intéressants, même si l'aspect « démocratie participative » est quelque peu négligé, que la démonstration reste courte quant à la légitimation par le discours fondateur de l'Etat de droit, et que la référence à la légitimation par la poursuite d'un intérêt général communautaire aurait pu être heureusement appuyée par une mise en perspective avec l'article 10 CE et la deuxième partie de la thèse.

Cette même mise en perspective aurait pu être faite s'agissant de questions vues ensuite, qu'il s'agisse de la lacune en matière de pouvoir coercitif, de « force publique », ou de la « désétatisation » de la puissance publique.

Au total, cette démonstration, à la timidité perceptible dans la conclusion du chapitre ouvrant la troisième partie (il s'agissait de « déceler l'émergence de l'idée d'une puissance publique communautaire ») est effectivement d'un apport modeste, mais l'essentiel était pour elle de constituer le vecteur propulsant une charge plus ambitieuse : la projection de cette « émergence » sur les liens classiquement établis entre puissance publique et Etat d'une part, puissance publique et constitution d'autre part.

On ne pourra se départir ici de l'impression de retrouver des débats finalement assez classiques et convenus sur la nature de l'Union et la nature des traités communautaires.

S'agissant d'abord de la coupure conceptuelle entre puissance publique et Etat, elle avait déjà été montrée avec force par d'autres (Franck Moderne par exemple), et les deux résultats obtenus ici laissent perplexe.

L'aboutissement se fait, en effet, en termes de « pouvoir public commun » : c'est là une notion que l'on s'accordera à trouver tout à fait intéressante mais cette analyse n'est pas vraiment originale, et certains, qui l'ont approfondie, ont même pu montrer qu'à certains égards, la référence au « pouvoir public » est plus riche, conceptuellement, que l'utilisation de la notion voisine de « puissance publique », ne serait-ce que parce que la dimension organique du « pouvoir public » ou encore, d'ailleurs, de l'« autorité publique » est plus évidente (cf. ainsi, J. Molinier : « La notion de pouvoir public commun et la nature des Communautés européennes », Mélanges en hommage à Guy Isaac, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 1, p.191).

La deuxième conclusion, selon laquelle la coupure conceptuelle entre puissance publique et Etat ne vaudrait pas condamnation de l'Etat lui-même, aurait gagné à être mieux reliée aux deux premières parties de la thèse, qui s'emploient justement à montrer que l'intégration européenne préserve, par voie de dérogation ou d'utilisation, la puissance publique des Etats membres.

Le dernier problème envisagé, celui des liens entre la puissance publique et la notion de constitution, offre le même visage de démonstrations bien construites, mais abordant des questions classiques sans véritable originalité, ce que confirme la conclusion : la puissance publique européenne n'est pas vraiment dépourvue de lien avec la dimension constitutionnelle, puisque reposant sur les constitutions des Etats membres et parce que favorisée par la constitutionnalisation de l'Union.

En conclusion, l'angle d'attaque choisi et la distinction, à faire, entre puissance publique et souveraineté permettrait d'affirmer que la souveraineté des Etats membres n'est pas atteinte, qu'elle reste intacte, seule la puissance publique est divisée (mise en commun, partagée).

L'objet de la thèse, le CQFD concernerait-il finalement moins la puissance publique que la souveraineté ?

Au total, il s'agit là d'une thèse fort stimulante, d'une relecture transversale de l'ensemble du droit communautaire général et de pans importants du droit matériel, servies par une culture juridique particulièrement large, par une écriture toujours claire, et par un encadrement pédagogique efficace du propos, toujours annoncé, situé, expliqué et conclu avec précision.

L'appareil scientifique excellent (avec spécialement une remarquable bibliographie, combinant les vertus de la démarche thématique et les commodités de l'ordre alphabétique) renforce encore la conclusion selon laquelle il s'agit là d'un ouvrage de référence, justement honoré du prix Pierre-Henri Teitgen et du prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas.

Si l'approche en termes de puissance publique ne nous apparaît finalement peut-être pas comme la plus fructueuse pour l'analyse du phénomène communautaire, il faut reconnaître que là n'était pas l'essentiel du projet, lequel était même plutôt l'inverse ; pour autant, cette démarche jette sur l'intégration européenne des lumières qui devront désormais être prises en considération.