

Études et Documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État.

Yves ROBINEAU, Bernard STIRN, Marie-Dominique HAGELSTEEN, Michel PINAULT, Olivier SCHRAMECK, Henri TOUTÉE, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, présidents de section, Christophe DEVYS, secrétaire général du Conseil d'État.

Jacky RICHARD, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

Directeur de la publication : Olivier SCHRAMECK, président de la section du rapport et des études

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY, secrétaire de la section du rapport et des études

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Rapports publics du Conseil d'État dans la Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- *Les autorités administratives indépendantes* (EDCE, n° 52), 2001.
- *Collectivités publiques et concurrence* (EDCE, n° 53), 2002.
- *Perspectives pour la fonction publique* (EDCE n° 54), 2003.
- *Un siècle de laïcité* (EDCE n° 55), 2004.
- *Responsabilité et socialisation du risque* (EDCE n° 56), 2005.
- *Sécurité juridique et complexité du droit* (EDCE n° 57), 2006.
- *L'administration française et l'Union européenne :
Quelles influences ? Quelles stratégies ?* (EDCE n° 58), 2007.
- *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*
(EDCE n° 59), 2008.
- *Droit au logement, droit du logement* (EDCE n° 60), 2009.
- *L'eau et son droit* (EDCE n° 61), 2010.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- *La norme internationale en droit français*, 2000.
- *L'influence internationale du droit français*, 2001.
- *La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, 2001.
- *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, 2002.
- *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, 2004.
- *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social*, 2004.
- *Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales*, 2006.
- *Inventaire méthodique et codification du droit de la communication*, 2006.
- *Pour une politique juridique des activités spatiales*, 2006.
- *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, 2007.
- *Le droit de préemption*, 2008.
- *L'implantation des organisations internationales sur le territoire français*, 2008.
- *Les recours administratifs préalables obligatoires*, 2009.
- *La révision des lois bioéthiques*, 2009.
- *Les établissements publics*, 2010.
- *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, 2010.
- *Réflexions sur l'institution d'un parquet européen*, 2011.



Consulter autrement, participer effectivement

Avant-propos

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État..... 9

Introduction 13

Première partie

Les progrès et les limites de l'administration consultative 19

Deuxième partie

Des principes directeurs pour consolider de nouvelles formes de consultation 57

Troisième partie

Vers l'« administration délibérative »..... 91

Conclusion 131

Récapitulatif des mesures proposées..... 133

Annexes

Annexe 1

Liste des organismes consultatifs les plus significatifs créés postérieurement au décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives (au 31 décembre 2010)..... 139

Annexe 2

Le *Better Regulation Executive* 143

Annexe 3

La Commission nationale du débat public (CNDP) 147

Annexe 4

Éléments de bilan des consultations, concertations et référendums dans les collectivités territoriales 157

Annexe 5

**Un exemple de consultation pour l'élaboration de la réglementation :
le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques.....** 165

Annexe 6

La Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) 169

Contributions

**Consultation publique : aspects légaux et pratiques
de l'expérience brésilienne.....** 173

*Contribution de l'Advocacia-Geral da União de la république fédérative du Brésil,
sous la direction de Luís Inácio LUCENA ADAMS Avocat général de l'Union*

Quelques observations sur l'administration « délibérative » 185

*Jean-Bernard AUBY, professeur de droit public, directeur de la chaire
« Mutations de l'action publique et du droit public » (MADP)*

Délibération et participation..... 195

*Jacques CHEVALLIER, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris-II),
directeur du CERSA-CNRS*

**Le « code » de procédure administrative non contentieuse
en Allemagne.....** 207

*Aurélien RACCAH, docteur en droit de l'institut universitaire
européen de Florence, enseignant-chercheur à l'université catholique de Lille*

Liste des abréviations et des acronymes 221



Consulter
autrement,
participer
effectivement

Avant-propos

Jean-Marc Sauvé
Vice-président du Conseil d'État

Le choix du thème du rapport public 2011 du Conseil d'État, *Consulter autrement, participer effectivement*, marque le retour, après deux études approfondies consacrées en 2009 et 2010 à des politiques publiques sectorielles, à une question transversale centrée sur le renouvellement des procédures et intéressant l'ensemble de l'activité de l'administration, comme cela avait été le cas avec le thème *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes* du rapport public 2008.

Le choix d'un intitulé plus volontariste qu'analytique, *Consulter autrement, participer effectivement*, est inspiré par deux préoccupations. La première manifeste la volonté de ne pas se limiter à un rapport sur les commissions administratives. S'il s'agissait uniquement de traiter la question de leur nombre, réputé excessif, de leur rôle, estimé peu utile, et de l'adaptation des procédures de consultation, jugées longues et peu sûres, l'étude se trouverait limitée à l'évaluation des réformes qui ont abouti aux décrets des 7 et 8 juin 2006 et du 4 juin 2009 qui sont relatifs à la réduction du nombre, à la simplification et au fonctionnement des commissions administratives. Si, à l'inverse, il a été estimé que le sujet justifierait l'exercice thématique annuel du Conseil d'État, c'est qu'une interrogation générale sur les modifications des relations entre l'administration et ses interlocuteurs et sur le processus d'ensemble préparatoire à la décision publique était, dans un nouveau contexte social et technologique, nécessaire. La deuxième préoccupation tient à ce que le Conseil d'État estime que le temps est venu, au vu du foisonnement des expériences et des incertitudes qui affectent leur contenu, d'une analyse ordonnée et d'une réflexion prospective. Les suites effectives données aux préconisations du rapport annuel 2006 du Conseil d'État¹ en faveur d'une loi organique sur les études d'impact², l'implication du Conseil d'État, dans son activité tant de conseil du Gouvernement que juridictionnelle, la vocation naturelle de la section du rapport et des études, valident pleinement la conduite de ces

1. *Sécurité juridique et complexité du droit*, Études et documents, n° 57, La Documentation française, mars 2006.

2. Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

investigations, utiles aux administrations qui pratiquent ces consultations et auxquelles la représentation nationale a manifesté encore récemment son intérêt ³.

Aussi le choix de ce libellé a-t-il été retenu pour signifier la volonté de dépasser la question du « mille-feuilles » consultatif et explorer les potentialités de nouvelles formes de consultation publique qui, dans un contexte politico-institutionnel très évolutif, ont de plus en plus cours mais dont la pertinence en termes de régulation de la décision publique n'a jamais été réellement étudiée. Il était sans doute possible de trouver un autre intitulé qui aurait tout aussi bien rendu compte des intentions du Conseil d'État. *Gouvernance publique et administration consultative* était certainement l'un d'entre eux. Mais ne fallait-il pas montrer que le Conseil d'État, au-delà d'une conception trop figée de l'administration consultative, se préoccupe de mesurer la portée et l'efficacité du principe de participation, celle du public, c'est-à-dire du citoyen, de l'administré, de l'usager ? Il ne s'agit nullement d'une participation à la décision au sens d'une codécision ; la décision reste le fait de l'autorité légitimement habilitée à la prendre et à l'assumer. Il s'agit de la participation à l'élaboration de la décision, à la dynamique ainsi créée. Dans les sociétés modernes, marquées par une élévation générale du niveau d'éducation des citoyens et par la rapidité de la diffusion de l'information, il est de plus en plus difficile d'admettre des décisions prises dans le secret et qui s'imposeraient par leur seule force intrinsèque. Les décisions sont certainement d'autant mieux acceptées et, partant, appliquées et sécurisées qu'elles ont été largement discutées, concertées, voire négociées en amont, dès le départ du processus.

De plus, *consulter autrement* ne signifie pas que toutes les consultations actuelles soient mauvaises. Il serait tout aussi erroné d'opposer les formes de consultation plus classiques à celles, plus ouvertes, des consultations que l'on dénommera de type « débat public ».

Le sujet invite donc, d'une part, à l'analyse de la pertinence des organes consultatifs, des procédures y afférentes, de leur formalisme, des conséquences juridiques que l'on a pu en tirer et, d'autre part, à la découverte de nouvelles formes consultatives, plus ouvertes et interactives. Il conduit aussi à évaluer l'effet produit par les mesures déjà préconisées par le Conseil d'État, notamment celles relatives aux études d'impact, mises en place en 2009, et dont on cherchera à apprécier les effets concrets, forcément récents, et surtout les potentialités. L'approche choisie, loin d'opposer deux formes de consultation, l'une traditionnelle, l'autre plus nouvelle, est d'identifier les lignes de compatibilité et de continuité qui relient ces deux modèles de procédure préalable à la décision.

L'étude du Conseil d'État ne se limite pas à l'analyse des procédures administratives, mais s'efforce d'enraciner ses fondements et problématiques dans les travaux de recherche en droit et en science politique et administrative qui se sont interrogés sur les moyens de remédier à la crise de représentativité dans notre société contemporaine. Elle s'efforce de tester la crédibilité des nouveaux critères de légitimité qui fondent la décision publique.

3. Voir le rapport du président de la commission des lois, Jean-Luc Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, La Documentation française, juin 2009, p. 39. Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dite loi Warsmann.

Enfin, elle doit permettre de dessiner les traits d'une nouvelle figure de l'administration que le Conseil d'État appelle de ses vœux : une administration qualifiée de « délibérative » parce qu'elle cherche à mettre en place de nouvelles procédures, caractérisées par la transparence, l'ouverture, le débat, l'itération et le compte rendu.

Par sa réflexion sur la consultation et son incidence sur notre modèle d'administration, le rapport s'inscrit ainsi dans la nécessaire démarche de réforme de l'État à laquelle il apporte sa contribution.

Le rapport public 2011 *Consulter autrement, participer effectivement* a été rédigé par Jacky Richard, rapporteur général et président adjoint de la section du rapport et des études. Il a été adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le 12 mai 2011.

Dans le cadre de leur stage à la section du rapport et des études, Élisabeth Baizet, Cyriaque Bayle et Émilie Marcovici ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport. Ont également apporté leur concours Yacine Baïta, Sophie Kamaropoulos et Delphine Leclère. Qu'ils en soient vivement remerciés.

Introduction

Dans ses Considérations générales de 2008, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, le Conseil d'État notait que : « *La contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l'action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité* » et il ajoutait que : « *[La] montée en puissance [du contrat] est en effet allée de pair avec la remise en cause plus ou moins forte de l'exclusivité de la loi et de la prééminence de l'État central [...] et plus largement des modes d'actions fondés sur le commandement et la contrainte.* »

Le Conseil d'État, attentif aux interactions des évolutions de la société et des besoins de l'administration, souhaite revenir sur cette question de l'autorité et du consentement, du commandement et de la négociation. Mais, cette fois-ci, il privilégie le versant des actes unilatéraux afin d'en déceler les évolutions et les permanences, en tant que moyen d'action des autorités publiques. Le contrat ne permet pas de répondre à toutes les attentes des citoyens-usagers. De plus, les personnes publiques, ne pouvant disposer de leurs compétences, sont souvent tenues d'agir de façon unilatérale et pas seulement en matière de police administrative. La doctrine a toujours su trouver des expressions fortes pour marquer le caractère spécifique de l'acte unilatéral. René Chapus explique que l'« *on se représente aisément l'administration comme une institution commandante, imposant sa volonté, c'est-à-dire agissant unilatéralement*⁴ ». Maurice Hauriou, quant à lui, parle de « *privilège du préalable*⁵ » : la décision s'impose de par la seule volonté de son auteur et par conséquent n'est pas déterminée par le consentement de ceux qu'elle concerne.

Mais la décision publique, emblématiquement traduite dans l'ordre administratif par l'acte administratif unilatéral, s'est progressivement transformée. Trois étapes successives sont identifiables.

Longtemps, l'administration a été perçue comme le « bras armé » du décideur politique ou comme un fournisseur de services destinés à l'administré. Ce dernier est, dans une relation subordonnée et distante, réduit à recevoir ou réclamer, à subir et se soumettre. L'administration occupe une position spécifique, dans la mesure où c'est elle qui est chargée d'« *instrumenter la contrainte* », selon l'expression de Jacques Chevallier ; « *le Parlement vote les lois, le Gouvernement fixe les orientations, la justice tranche les litiges ; c'est l'administration qui concrètement les met en pratique, en rendant la présence de l'État tangible. Sans*

4. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^e édition, 2001, p. 400.

5. L'expression figure dans l'ouvrage de 1899 *La Gestion administrative. Étude théorique du droit administratif*, éditions Larose, p. 30.

*l'administration, lois, décrets, jugements sont voués à rester purement symboliques et dénués d'action sur le réel*⁶».

Or si le fonctionnement même de l'administration n'a pas fait, pendant longtemps, l'objet d'études poussées de science administrative ou politique, les premières réflexions doctrinales en la matière portent précisément sur une figure différente de l'administration classique et verticale, l'« administration consultative ». Ce concept a été forgé par Maurice Hauriou dès les premières éditions de son *Précis de droit administratif*⁷. Il distinguait trois modes d'administration ; l'administration exécutive (une même autorité cumule le pouvoir de décision et le pouvoir d'exécution), l'administration délibérante (une autorité qui est forcément une assemblée prend une décision exécutoire par délibération, mais n'a pas le pouvoir de passer elle-même à l'exécution) et l'administration consultative (une assemblée délibère sur une décision à prendre, mais sans pouvoir exprimer autre chose qu'un avis). Le principal organe de l'administration consultative est, selon lui, le Conseil d'État.

Les réflexions doctrinales ont évolué progressivement vers la formulation d'un autre concept avec Jean Rivero, dans les années 1960. Avec le recul du temps et l'éclairage des travaux de la recherche en droit et science administrative, il est possible de dire que l'œuvre de Jean Rivero donne très tôt les fondements de ce qu'il est aujourd'hui convenu et banal de dénommer la « démocratie administrative »⁸.

Les années 1960 sont marquées, à la suite de Jean Rivero, par des développements de la science administrative sur le sujet, parmi lesquels il convient de citer les

6. J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, 4^e édition, 2007, p. 96.

7. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 9^e édition, 1919.

8. Le caractère fécond des travaux de J. Rivero, dès la publication de sa thèse en 1934, provient de ce que, dans sa vision du droit administratif, il ne raisonne pas seulement à partir de l'auteur de l'acte administratif mais qu'il prend constamment en considération le destinataire de celui-ci. Il impose une sorte d'inversion copernicienne de la relation administration-administré. Parmi ses nombreux écrits, on retiendra évidemment sa thèse (*Les Mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Sirey, 1934), dans laquelle il soutient que la procédure assure une fonction de garantie au profit des particuliers, et l'importante contribution qu'il donna aux *Mélanges J. Savètier* de 1964 sous le titre « À propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration », dans laquelle il reconnaît une citoyenneté administrative à l'administré du fait de la participation de ce dernier à la préparation de l'acte administratif. À la fois réaliste et visionnaire, il affirme dès 1965 que « *c'est l'efficacité même de l'action qui condamne l'État, dans le domaine économique et social, à choisir la voie du dialogue, la voie de la participation, la voie de l'explication* » (« Syndicalisme et pouvoir démocratique », *Droit social*, n° 3, mars 1965). On retrouve dans la conclusion de son *Précis de droit administratif* la position originale et novatrice qui fut toujours la sienne, ainsi résumée : « *L'inspiration démocratique exige [...] non pas la soumission passive de l'administré à une décision qui, élaborée dans le secret, s'impose à lui par la seule contrainte, bien plutôt, la recherche de l'adhésion raisonnée qui transforme le sujet en citoyen.* » Les écrits de Jean Rivero ont trouvé leur consécration dans l'adoption de dispositions législatives telles que celles résultant de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ou, plus tard, celles résultant de la loi n° 2000-322 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

contributions de Roland Drago⁹, d'André Mathiot¹⁰ et la thèse d'Yves Weber¹¹, dans laquelle sont démontés, pour la première fois, les mécanismes de consultation et présentés les enjeux que l'auteur de la thèse détaille de manière approfondie.

Pendant cette première période qui va jusqu'au milieu des années 1970, bien que les pratiques administratives évoluent et montrent une tendance à l'ouverture, les fondements juridiques demeurent stables et l'administration impose toujours ses décisions à ses destinataires qui ne sont pas véritablement associés à leur préparation. La participation est conçue strictement : elle a été consacrée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui fait mention du droit du citoyen de concourir personnellement ou par ses représentants à la formation de la loi, comme un droit politique de « première génération », avant de figurer dans l'alinéa 8 du Préambule de 1946 qui la conçoit comme étant rattachée aux droits créances de « seconde génération » concernant, comme on le sait, les travailleurs. Toutefois, si le citoyen se voit reconnaître des droits, l'administré n'a pas d'existence dans le processus décisionnel.

Dans un deuxième temps, à partir du milieu des années 1970, sous l'effet du renouvellement de la pensée doctrinale amorcé pendant la période précédente, l'administration est désormais perçue en contact direct avec les citoyens, d'autant que la représentation politique est, par ailleurs, marquée par une crise de légitimité récurrente. La doctrine développe et conforte le concept de « démocratie administrative¹² » apparu plus tôt. Forte de ce positionnement plus autonome, l'administration consulte, s'entoure de conseils, sollicite l'avis d'experts, encourage la participation de ses agents, s'emploie à rechercher une certaine « transparence administrative » pour reprendre le titre de l'ouvrage de Bruno Lasserre, Noëlle Lenoir et Bernard Stirn¹³. La fin des années 1970 est marquée par une

9. R. Drago, « L'administration consultative en France », *Revue internationale des sciences administratives*, 1959 ; « La participation des citoyens à l'activité des organes administratifs », *SLC*, 1969 ; « La participation des particuliers aux tâches administratives », *Travaux et recherches de l'institut de droit comparé*, 1970.

10. A. Mathiot, « Bureaucratie et démocratie », *EDCE*, 1961, dans lequel il décrit une administration affectée par différentes pathologies : « manies, myopie, paranoïa et frigidité » et appelle de ses vœux l'ouverture de l'administration « qui serait cette communication constante et réciproque que la démocratie exige (et réalise parfois si mal) entre gouvernants et gouvernés, cette confrontation des intérêts et des opinions qui devrait précéder toute décision, accompagner toute réalisation. Ces formules connues ont pris, dans le cadre de l'administration consultative, un assez grand développement et ont donné des résultats variables, souvent décevants. [...] On n'empêchera pas qu'en démocratie l'administré demande des explications. Si le pouvoir ne lui en donne pas, il en obtiendra ailleurs et l'on ne compte plus les malentendus générateurs de mécontentements et de résistances qui ont été provoqués par certains silences. On craint que les intérêts privés, mis au courant des projets gouvernementaux, ne s'organisent pour les combattre, [...] entretiennent l'inquiétude, préparent, à tout hasard, une opposition qu'il sera difficile de désarmer par des démentis tardifs. Si l'opinion avait été assez tôt clairement avertie, ses réactions auraient pu donner à l'exécutif l'appui dont il a besoin contre les groupes de pression ».

11. Y. Weber, « L'administration consultative », *LGDJ*, *Bibl. de droit public*, t. 82, 1968.

12. A. Mestre, « La démocratie administrative », in *Mélanges P. Couzinet*, université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561.

13. N. Lenoir, B. Lasserre, B. Stirn, *La Transparence administrative*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, 256 p.

efflorescence de lois protectrices¹⁴. Elle culmine avec l'adoption de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui élève l'administré, jusqu'ici passif, à la figure du citoyen responsable, exigeant et protégé. La tradition de l'État en surplomb de la société et de l'administration est complètement remise en cause ainsi que celle de l'exercice du pouvoir solitaire de l'administration. Ces évolutions sont contemporaines de mutations technologiques introduisant massivement les traitements et les données numériques dans le processus productif administratif. La vigilance du législateur et du juge, garants des libertés fondamentales, dont la loi sur l'informatique et les libertés est une traduction marquante, doit être à la hauteur des énormes potentialités de ces nouvelles technologies qui révolutionnent le travail administratif et le rapport aux usagers. La prolifération de ces « technologies indiscrètes », selon les termes adoptés dans les Considérations générales du Conseil d'État de 1995, a impliqué de redéfinir les termes de la dialectique classique de la transparence et du secret. Ces innovations ont ainsi impulsé des avancées sur le plan juridique concernant la protection des libertés publiques, mais également une reconnaissance des droits du public. Les administrés sont rapprochés de l'administration, qui a dû faire preuve d'une plus grande ouverture à leur égard¹⁵.

Le troisième temps de cette évolution est celui de la participation à l'élaboration de la décision, qui a débuté au tournant de la fin des années 1990-début des années 2000¹⁶. En effet, à partir de cette époque, il apparaît de plus en plus nettement que la transparence ne peut plus suffire. La participation au débat public, le droit à l'information, la contestation des points de vue officiels, comme celui des experts, conduisent à ouvrir la consultation, à mettre en discussion les idées, les projets et les textes. Les concepts politiques classiques connaissent de nouvelles mutations ; la démocratie est envisagée de manière participative, comme l'affirme Pierre Rosanvallon¹⁷. La décision obéit à des séquences préparatoires

14. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 concernant l'accès du public aux documents administratifs ; loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives ; loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

15. CE, 29 avril 2002, *M. Ullmann* : Les dispositions de l'article 7 de la loi du 12 avril 2000 qui modifient les dispositions de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 relative au droit d'accès aux documents administratifs, relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs, concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et portent ainsi sur des matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution.

16. Même si, dans le domaine de l'urbanisme, la loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, dite loi Bouchardeau, et la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985, qui crée l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, sont des textes précurseurs en matière de participation.

17. « Il y a deux façons de concevoir la démocratie participative. On peut d'abord l'appréhender comme une forme de correction de la démocratie représentative par la mise en œuvre de processus de démocratie directe. Mais on doit aussi concevoir l'idée de démocratie participative autrement, comme un processus d'implication, d'intéressement des citoyens, à la chose publique. Dans cette deuxième définition, la démocratie participative est beaucoup plus liée à l'idée d'association à la délibération, à l'information, à la reddition de comptes de la part des gouvernants. Dans cette mesure, on peut dire qu'il s'agit d'une démocratie interactive qui oblige en permanence le pouvoir à s'expliquer, à rendre des comptes et à informer », lemonde.fr, 4 mai 2009. Voir également les deux ouvrages récents de P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006 et *La Légitimité démocratique. impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008.

graduelles : aucune décision publique, dans cette conception, ne serait reçue comme légitime si elle n'a pas été auparavant discutée, jaugée, testée dans un cadre collectif qui conduit à instaurer un processus délibératif soumis ensuite à la décision de celui habilité à la prendre puis à l'assumer. Dans cette perspective, ainsi que l'exprime le philosophe Jürgen Habermas, la « procédure » et la « délibération » sont appelées à jouer un grand rôle dans le renouvellement des rapports entre le droit et la démocratie ¹⁸.

Cette évolution apparaît en rupture avec la description fonctionnelle qu'avait développée le Centre de sociologie des organisations, notamment à sa tête Michel Crozier, à travers son analyse de la « société bloquée ¹⁹ », et l'étude des phénomènes de stratification, générateurs de cloisonnements bureaucratiques verticaux et horizontaux faisant obstacle à tout dialogue authentique. À l'inverse, elle est à mettre en relation avec le modèle rénové d'une administration « périphérique » aux multiples centres de pouvoir en relation nécessaire les uns avec les autres ²⁰.

À cette étape correspond un nouveau mode de développement des technologies de l'information et de la communication : Internet rompt définitivement la logique des relations exclusivement hiérarchiques et celle des liens verticaux ; la Toile installe l'horizontalité des réseaux, multiplie les sites interactifs, décuple les sources d'information, favorise les dialogues et les procédures en ligne.

Notre droit interne, dans ce contexte, se trouve confronté à des influences externes qui le modèlent jusque dans ses exigences constitutionnelles, avec l'adoption de la Charte de l'environnement. La convention d'Aarhus du 25 juin 1998, premier instrument international juridiquement contraignant sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, a été ratifiée en 2002. Le droit de l'environnement, qui peut être rattaché à une « troisième génération » de droits, s'est révélé être un domaine particulièrement propice à la participation des citoyens, laquelle figure, à ce titre, à l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004 ²¹. Ce principe s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle par la révision du 1^{er} mars 2005.

Ces différentes évolutions mettent en évidence les changements qui affectent la décision publique. Celle-ci a tendance à prendre la forme d'un processus séquencé, qui est la résultante d'interactions entre les différentes parties prenantes. L'administration elle-même, en tant que producteur de la décision et vecteur de l'ensemble du processus, ne peut pas ne pas s'en trouver affectée. Les contours d'une nouvelle administration se dessinent où la démarche procédurale et la délibération tiennent une

18. Pour J. Habermas, les conditions « procédurales » président à la formation de l'opinion et de la volonté. « *Les citoyens doivent pouvoir se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires* » (*Traité de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987). « *Seule la délibération est susceptible d'entraîner un effet de légitimation. La délibération est une épreuve de vérité pour la décision* » (*Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, NRF Essais, 1997).

19. *La Société bloquée*, Paris, Seuil, 1971.

20. P. Grémion, *Le Pouvoir périphérique. Bureaucrates et notables dans le système politique français*, Paris, Seuil, 1976.

21. « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.* »

place plus grande. Notre droit, ainsi que le souligne Jean-Bernard Auby²², peut lui-même se trouver grandement influencé en devant mieux intégrer les mécanismes de la procédure administrative non contentieuse.

Le processus engagé ne concerne pas que les administrations de l'État et l'on peut se demander si les voies ne pourraient pas être plus aisément ouvertes au niveau des collectivités territoriales ou des établissements publics dans lesquels les processus décisionnels sont plus courts et les enjeux plus immédiatement perceptibles.

* * *

La problématique générale présentée, il convient enfin de circonscrire le champ de l'étude et livrer quelques explications sur certains choix opérés. À ce titre, il convient de rappeler que le sujet invite à traiter de la phase prédécisionnelle, quel que soit le type de décision, même si l'accent n'est pas mis, après le rapport de 2008, sur les phases « précontractuelles ». Une seule exception est faite : celle portant sur la procédure préalable aux décisions individuelles²³, qui soulève des difficultés de nature différente. Les analyses proposées par le rapport concerneront donc les procédures préalables à toute décision publique quel que soit le niveau où elle est prise, sans les limiter à l'administration de l'État. Le rapport pourra d'ailleurs assez souvent tirer profit de procédures spécifiques aux collectivités territoriales telles que, par exemple, celles ouvertes par l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme.

La réflexion proposée se développera en trois temps :

- Les progrès et les limites de l'administration consultative (I).
- Les références et principes directeurs de nouvelles formes de consultation (II).
- Vers une « administration délibérative » : les propositions pour mieux fonder la légitimité de la décision. Le « consulter autrement » et le « participer effectivement » révèlent l'exigence d'une « administration délibérative » tendue vers les objectifs de clarté et de loyauté de la procédure et du débat (III).

22. J.-B. Auby, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, n° 2, février 2006 ; « Remarques terminales, Colloque sur les autorités administratives indépendantes », *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 873.

23. En revanche se trouveraient incluses les décisions « non réglementaires, non individuelles », celles qu'A. de Laubadère appelle, dans son *Traité du droit administratif*, « actes spécifiques » ou « décisions d'espèce » (t. I, LGDJ, 16^e édition, p. 522).

Première partie

Les progrès et les limites de l'administration consultative

La consultation des citoyens-administrés n'est pas récente et apparaît, dans l'administration française, il y a tout juste deux siècles. Le souci de la protection des droits des propriétaires donne son fondement à la première procédure administrative consultative qui prend la forme du dispositif de l'enquête publique instaurée en 1810. Il est vrai que, mis à part ce dispositif fondé sur la protection de la propriété privée, l'administration française a longtemps été caractérisée par l'édiction de décisions sans consultation préalable. L'administré, passif, est absent des conditions de l'édiction et de la mise en œuvre de l'acte administratif. L'administration, qu'elle se considère comme le défenseur de l'intérêt général contre les intérêts particuliers ou comme un arbitre entre des intérêts particuliers concurrents, a longtemps estimé qu'elle devait garder la distance et la hauteur nécessaires pour protéger son indépendance et, *in fine*, assurer par sa décision l'expression de l'intérêt général.

Mais le temps de ce «splendide isolement», s'il a jamais existé, n'est plus. En effet, **l'administration est nécessairement de plus en plus impliquée dans la société civile** et sa légitimité n'est plus tirée de la distance entretenue avec les administrés mais au contraire de sa capacité à **parfaire son information, à renforcer la qualité de ses analyses préalables à la décision et à nourrir des échanges avec le corps social**. L'État et l'ensemble des institutions publiques ne sont plus en mesure, depuis un moment déjà, d'imposer seuls leur capacité à maîtriser l'expertise dans la définition et la conduite des politiques publiques.

Ainsi, depuis la fin des années 1960 et le début des années 1970, les pratiques consultatives se sont-elles généralisées : l'administration s'ouvre, consulte, concerta, négocie.

Ce mouvement se traduit, à la fin des années 1970, par l'édiction de dispositions législatives visant à assurer un droit à l'information, renforçant la transparence et favorisant l'apparition de la figure du citoyen-administré. Trois grandes lois sont caractéristiques de ce phénomène : la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui définit des modalités transparentes de traitement des données à caractère personnel ; la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 concernant l'accès du public aux documents administratifs qui permet l'accès aux documents administratifs, sous le contrôle de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ; enfin, la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. D'autres textes, peut-être moins emblématiques mais tout aussi importants, complètent et amplifient le mouvement engagé : la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives ; la loi n° 80-2 du

4 janvier 1980 relative à l'automatisation du casier judiciaire²⁴, la loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière. Cette floraison législative trouve une forme de couronnement dans le vote de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration qui consacre pleinement le citoyen-administré et par là même la « démocratie administrative ». Dans ce contexte, les consultations menées par l'administration sont multiples et correspondent à des fonctions différentes avec leurs caractéristiques et leurs méthodes souvent très spécifiques. Ce foisonnement est rebelle à une typologie rigoureuse, car les commissions, conseils, comités et autres organismes consultatifs assurent souvent plusieurs fonctions à la fois et ont des missions de nature composite.

Les consultations ne sont pas sans avoir montré leurs limites du fait de leur nombre et des procédures qui les caractérisent alors que d'autres traditions juridiques qui impliquent une association plus complète à la décision ont progressivement manifesté leur influence.

1.1. Les différentes fonctions de la consultation selon les objectifs poursuivis

L'abondance et la richesse de la consultation invitent à connaître ses finalités. Malgré la difficulté et les limites de toute classification, il est possible de distinguer deux situations fonctionnelles très différentes et typées : celle dans laquelle **l'administration consulte parce qu'elle ne sait pas** et celle dans laquelle **elle consulte aussi parce qu'elle veut faire savoir**. Dans le premier cas, il s'agit d'une **consultation-expertise** ; dans le second, la consultation est plutôt **tournée vers les groupes d'intérêt ou de professionnels**. Néanmoins, la consultation des groupes d'intérêt peut avoir des significations très diverses. Ces groupes peuvent être consultés pour l'expertise qu'ils sont en mesure d'apporter sur un sujet particulier en tant que bons connaisseurs du milieu professionnel qui est le leur ; ils peuvent aussi avoir un rôle de revendication et de protestation. La Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), par exemple, sait parfaitement, selon les moments et en fonction des réformes et des textes qui lui sont proposés, adopter le ou les registres utiles.

Ces deux grands types de fonction ne résument pas le spectre des situations rencontrées ; elles n'en sont que les extrêmes, nécessairement contrastés. Des situations mixtes existent. De plus, il faut faire une place particulière à deux autres catégories de consultation qui ont des « colorations » particulières compte tenu de leur objet même : celle centrée sur **le dialogue social** et celle qui vise à une **consolidation de l'action de l'administration**.

24. Cette loi définit, d'une part, les modalités de la centralisation du casier judiciaire en utilisant les capacités permises par l'informatique et par l'automatisation des tâches jusqu'alors effectuées manuellement au greffe et, d'autre part, le droit d'accès des intéressés aux informations les concernant. Cette loi est la première à avoir bénéficié de l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

1.1.1. La consultation-expertise

Il s'agit de la plus ancienne des fonctions des organismes consultatifs, celle qui a consisté à conseiller le Prince, à informer le décideur pour l'éclairer, à lever des incertitudes qui, dans la société contemporaine, vont croissant. Ainsi en est-il plus particulièrement dans le domaine des sciences et des techniques, mais aussi plus généralement dans la sphère où la distinction entre le public et le privé est de plus en plus ténue et où la décision publique interfère avec les libertés publiques, la responsabilité collective, l'éthique, le religieux, l'économie, l'écologie...

Le Conseil d'État aujourd'hui assure en dernier lieu chronologiquement cette fonction consultative institutionnelle, obligatoire, générale et transversale. Le Conseil économique, social et environnemental (CESE), troisième assemblée constitutionnelle, a vocation à prendre en charge, plus largement, après la modification constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette fonction de « prise d'avis » en matière de définition et de mise en œuvre des politiques publiques. D'autres organismes sont sollicités sur leur domaine précis de compétences tels que, par exemple, la Haute Autorité de santé, le Comité consultatif national d'éthique, le Conseil d'orientation des retraites ou le Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie²⁵. Des organismes institutionnels sans doute moins prestigieux mais tout aussi utiles à l'administration, aux décideurs publics de tous ordres et de tous niveaux relèvent de cette fonction de conseil expert. Ce n'est pas le lieu ici de se livrer à une énumération qui serait nécessairement fastidieuse et incomplète. Toutefois, pour illustrer le propos, on s'est livré à l'exercice consistant à répertorier une sélection d'organismes significatifs dont la création est survenue postérieurement à l'intervention du décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives (voir annexe 1). Tous ces nouveaux organismes dont les missions sont composites n'ont pas été nécessairement passés au crible des dispositions restrictives de l'article 2²⁶ du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006, car certains ont pu être créés par la loi. La liste des organismes figurant en annexe est néanmoins révélatrice du flux permanent de création des instances consultatives.

La recherche d'expertise est d'autant plus avérée que l'administration est dépourvue de moyens techniques ou qu'elle souhaite s'entourer d'avis indépendants et pluralistes ou de ceux des groupes d'intérêt et des professionnels concernés.

1.1.2. La consultation en direction des groupes d'intérêt ou des professionnels

Ce type de consultation obéit à des ressorts plus complexes que ceux exposés dans la situation précédente. Il peut bien entendu s'agir d'un simple recueil d'informations utiles à la décision effectuée auprès de professionnels ou de groupes d'intérêt et, dans ce cas, on est proche de la situation de recherche d'avis experts qui vient d'être décrite. Il s'agit, le plus souvent, de montrer aux groupements

25. Créé par le décret n° 2003-959 du 7 octobre 2003.

26. Voir *infra* analyse du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006, 1.4.1. p. 34.

professionnels que leur point de vue est sollicité et qu'il est écouté, à défaut d'être entendu. Tout en recueillant les points de vue exprimés et en infléchissant, le cas échéant, ses propositions, l'administration prépare aussi ses interlocuteurs à la position qu'elle prendra en définitive, avisant ainsi le milieu professionnel avant qu'elle ne soit annoncée. Il s'agit donc, pour le moins, d'une « consultation-coup de sonde » ou « ballon d'essai ». L'administration montre à la fois qu'elle sait écouter et « gérer » les groupes d'intérêt et qu'elle sait vérifier l'acceptabilité sociale d'une mesure ou, plus largement, d'une réforme. La consultation assure, dans cette perspective, une fonction qui est proche de celle du dialogue social.

La consultation des différents organismes professionnels relève bien entendu de cette logique fonctionnelle. Ces organismes sont connus ; ils sont puissants et les pouvoirs publics ne s'aviseraient pas d'engager une réforme les concernant ou ayant une « adhérence » avec leurs activités sans les consulter et prendre en considération leurs remarques, suggestions ou amendements.

Parmi bien d'autres, deux exemples originaux et très différents sont fournis par l'actualité sociale des derniers mois²⁷. D'une part, l'Observatoire des distorsions, placé auprès du ministre de l'agriculture, est destiné à améliorer conjointement la connaissance et la prévention des distorsions déstabilisant les marchés des produits agricoles ; d'autre part, le Conseil national de l'urgence hospitalière, placé auprès du ministre chargé de la santé, pour une durée de trois ans, a eu à connaître des divers dysfonctionnements de l'organisation des urgences à l'hôpital.

1.1.3. Le dialogue social

Dans le domaine du droit du travail

Le secteur des relations du travail est un terrain privilégié de la consultation qui cependant, dans ce domaine, revêt des caractéristiques bien particulières. Les nombreux organismes consultatifs concernés relèvent en fait, comme on le verra plus loin, de la concertation ou de la négociation plutôt que de la consultation. En effet, sur le fondement du 8^e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel : « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* », la représentation professionnelle et la convention collective, érigées en principe de valeur constitutionnelle, ont vocation à assurer la participation des salariés. Cela a donné lieu à une multiplication de procédures de concertation, souvent tripartite (représentants des employeurs, des salariés et de l'État), et de négociations collectives. Un grand nombre d'organismes consultatifs spécialisés réunissent ainsi les partenaires sociaux, les réseaux associatifs concernés et des personnalités qualifiées. Le Comité supérieur pour l'emploi, la Commission nationale de la convention collective et le Conseil supérieur de la prévention des risques professionnels, devenu Conseil d'orientation sur les conditions de travail (COCT), illustrent parfaitement cette fonction. Tous ces organismes, obligatoirement consultés sur les textes législatifs et réglementaires relevant de leurs compétences, pèsent de tout leur poids

27. Ces deux exemples sont mentionnés en annexe 1,

pour influencer, non sans succès, le contenu des projets, bien que leur avis ne lie pas le Gouvernement. Ils jouent un rôle régulateur et participent complètement du dialogue social institutionnel²⁸.

Le dialogue social dans la fonction publique

En matière de consultation et de participation, la fonction publique fait figure de cas particulier en ce que les instances foisonnantes et démultipliées à tous les niveaux, territoriaux comme fonctionnels, peuvent donner l'impression d'une cogestion ou, à tout le moins, d'une gestion marquée par un fort paritarisme.

Le principe de participation, qui trouve son fondement législatif dans l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, se manifeste par l'existence de trois conseils supérieurs de la fonction publique et le fonctionnement dans chaque administration, fréquemment à tous échelons territoriaux, des deux types d'organismes consultatifs que sont les commissions administratives paritaires (CAP), compétentes pour les questions individuelles²⁹, et les comités techniques (CT), compétents pour les questions d'organisation et de fonctionnement des services³⁰, sans oublier un nombre considérable d'autres comités et commissions consultatifs, notamment dans le domaine social et de la formation.

Le système de concertation en matière de dialogue social dans la fonction publique comporte deux différences majeures par rapport au droit du travail. D'une part, les représentants des personnels se trouvent étroitement associés à la gestion des carrières individuelles par l'intermédiaire des commissions dont il vient d'être question. D'autre part, la négociation ne dispose d'aucune reconnaissance juridique puisque « *le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire*³¹ ». C'est donc sans base légale que la pratique de la négociation s'est initialement développée, notamment à partir du protocole dit « Oudinot » adopté à la suite des événements de mai 1968, avant de trouver son fondement dans le nouvel article 8 bis-I de la loi du 13 juillet 1983 modifiée³².

La crise endémique du dialogue social dans la fonction publique, telle que l'a minutieusement décrite Jacques Fournier dans un rapport remis au ministre de la fonction publique en 2002³³, a conduit, après un protocole d'accord dit « Accords

28. Le rapport de J.-D. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social. Rapport au Premier ministre* (La Documentation française, 2006) fait cependant une critique forte du régime formaliste et empreint de corporatisme des consultations en matière de politique de l'emploi et du travail.

29. Les commissions administratives paritaires (CAP), instrument de base de la participation des fonctionnaires à la gestion de leur carrière, ne seront pas traitées dans ce rapport, dès lors que les consultations préalables aux décisions individuelles ont été, *ab initio*, exclues du champ de l'étude.

30. Depuis l'intervention de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique, les comités techniques ne sont plus paritaires.

31. Comme l'a affirmé d'emblée l'article 5 du statut général des fonctionnaires de 1946.

32. Article 1 de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 créant l'article 8 bis : « I. – *Les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations relatives à l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics avec les représentants du Gouvernement, les représentants des employeurs publics territoriaux et les représentants des employeurs publics hospitaliers.* »

33. J. Fournier, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, La Documentation française, janvier 2002.

de Bercy » du 2 juin 2008, à la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique, qui crée un nouvel article 8 bis-III de la loi du 13 juillet 1983. Celui-ci élargit le champ de la négociation au déroulement des carrières, à la formation, à l'action et la protection sociale, à l'hygiène, la sécurité et la santé au travail, à l'insertion professionnelle des personnes handicapées et à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

Toutefois, le législateur n'a pas entendu, à cette occasion, conférer une valeur normative aux accords issus de la négociation, même si la loi prévoit des conditions de validité de l'accord en fonction du nombre de signataires et de la représentativité de ceux-ci liée à la mesure de leur audience. La doctrine n'a pas manqué de relever la curiosité du dispositif de validité d'un accord dépourvu de valeur normative³⁴ et l'a attribué à la démarche pragmatique et progressive qui semble caractériser les quatre modifications du statut général des fonctionnaires depuis 2005³⁵. Cette approche ne bouleverse pas le rôle des instances consultatives de la fonction publique.

1.1.4. La consolidation de l'action de l'administration

La consolidation de l'action de l'administration peut s'opérer par l'officialisation d'un dialogue et par la volonté de disposer de données plus objectives. Elle renvoie nécessairement à d'autres fonctions de la consultation. Dans ce cas, l'administration cherche à justifier la pertinence de ses choix par la consultation qu'elle mène : c'est parce que les propositions peuvent être regardées comme justes et bonnes qu'elles sont soumises à consultation ; et symétriquement, la consultation préalable, par elle-même, confère aux positions de l'administration un label de validité et, plus largement, attribue à son action une sorte de « brevet de bonne conduite ».

Trois illustrations de cette fonction peuvent être données.

■ Le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE)³⁶, placé sous la présidence du Premier ministre et, par délégation, du ministre chargé de la fonction publique, a une compétence qui s'étend à toutes les questions de caractère général intéressant les fonctionnaires et la fonction publique. Son champ de compétence, très large, son mode de fonctionnement, très formel, l'existence d'une formation plénière et de formations spécialisées aux règles de fonctionnement

34. E. Marc et Y. Struillou, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle ? », *RFDA*, 2010, p. 1169 ; F. Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : première étape d'une réforme profonde », *AJDA*, 2010, p. 2045 ; D. Jean-Pierre, « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCP Adm*, 2010, n° 2284.

35. Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique ; loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique ; loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique ; loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

36. Créé par la loi statutaire du 19 octobre 1946, le CSFPE a vu ses compétences, sa composition, son organisation et son fonctionnement fixés par le décret n° 82-450 du 28 mai 1982.

très précises, les réunions séparées de la section syndicale, puis de la section administrative, qui précèdent systématiquement la séance plénière du CSFPE, confèrent à cet organisme une fonction tutélaire et d'enregistrement labellisée à laquelle tous les participants sont légitimement très attachés. Les amendements qu'il apporte aux textes que lui soumet pour avis le Gouvernement peuvent être nombreux. D'abord présentés en sections syndicale et administrative du CSFPE, ils sont le résultat de discussions approfondies qui recherchent un point d'équilibre entre l'intérêt des personnels et celui des administrations. Il arrive régulièrement qu'ils le trouvent. Mais cette focalisation sur la rédaction des textes statutaires limite la portée du rôle attendu par tous du CSFPE. Les conseils supérieurs de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière, qui ont une composition plus ouverte et qui sont davantage attentifs à leurs spécialités fonctionnelles et aux métiers des secteurs qu'ils couvrent, échappent plus volontiers à ce constat.

■ Le Conseil d'orientation des retraites (COR) créé en 2000³⁷ a permis l'expression, au cours des trois années qui ont suivi sa mise en place, d'un diagnostic largement partagé sur les besoins de financement des régimes de retraite et sur la nécessité d'une réforme qui sera celle inscrite dans la loi du 21 août 2003. Ses travaux ont, par la suite, continué à tracer les orientations générales destinées à préserver l'avenir des retraites, notamment ses deux rapports de 2007³⁸, son rapport de 2008³⁹ et son rapport de 2010⁴⁰.

Son dernier rapport, le huitième, remis le 14 avril 2010, se devait, avant le grand rendez-vous de la réforme législative des retraites de 2010, d'actualiser les précédentes projections qu'il avait réalisées et qui dataient de 2007. Il a également pris en compte les hypothèses économiques de moyen et long termes qui correspondaient aux données issues de la crise économique et financière de l'automne 2008. Le COR a livré trois scénarios chiffrés selon le niveau de chômage et de progression de la productivité qui montraient que, dans le meilleur des cas, le déficit des régimes de retraite était évalué à 56 Md€ en 2030.

Alors que le débat national était en cours, il a confirmé que les régimes de retraite étaient confrontés à une situation qui menaçait leur pérennité : si en 2010 une retraite sur dix n'est pas financée, en l'absence de mesures, cette évaluation était d'une sur six en 2030 tandis que le déficit était évalué pour 2050 à plus de 100 milliards d'euros par an. Le rapport du COR indique, dans une simulation théorique, que pour équilibrer les régimes il fallait décaler de cinq ans l'âge de départ en retraite en 2020.

37. Décret n° 2000-393 du 10 mai 2000 portant création du Conseil d'orientation des retraites. Il est actuellement régi par le décret n° 2004-453 du 28 mai 2004 relatif à la composition et à l'organisation du Conseil d'orientation des retraites.

38. 4^e rapport du COR : *Retraites : questions et orientations pour 2008* ; 5^e rapport : *Retraites : vingt fiches d'actualisation pour le rendez-vous de 2008*.

39. 6^e rapport du COR : *Retraites : droits familiaux et droits conjugaux*.

40. 7^e rapport du COR : *Retraites : annuités, points ou comptes notionnels ? Options et modalités techniques*.

Dans ces conditions, le rapport du COR d'avril 2010 a pu être perçu par certains des interlocuteurs de l'administration comme une légitimation des orientations et décisions des pouvoirs publics.

■ La Haute Autorité de santé (HAS), autorité publique indépendante à caractère scientifique dotée de la personnalité morale (art. L. 161-37 du code de la sécurité sociale) chargée d'évaluer la qualité et l'utilité des soins et des produits de santé, a une fonction experte de nature scientifique puisque ses avis servent de base au Gouvernement pour décider, par exemple, du taux de remboursement d'un médicament. Ce sont les référentiels de la HAS qui déterminent aussi le nombre d'actes de kinésithérapie nécessaires après une opération de la hanche ou la durée d'un arrêt de travail après une chirurgie consécutive à des troubles musculo-squelettiques. Mais la Haute Autorité de santé, de par les textes mêmes qui l'ont instituée, a également pour mission de « *formuler des recommandations sur le bien-fondé et les conditions de remboursement d'un ensemble de soins ou de catégories de produits ou prestations*⁴¹ ». On le devine, la frontière entre le rôle scientifique et le rôle économique est ténue et les pouvoirs publics, qui souhaitent limiter les soins inutiles ou de pur confort, veulent éviter de se retrouver en première ligne face aux professionnels de santé et plus largement face aux patients et à l'opinion.

Au-delà de sa fonction scientifique et technique et en raison du caractère composite de ses missions, la HAS est conduite à délivrer des avis dont la nature et la portée peuvent paraître justifier les orientations économiques retenues en matière de financement de la santé.

1.2. Les caractéristiques de la consultation

On distinguera quatre modalités selon le degré croissant d'association des personnes ou groupes d'intérêt sollicités : l'information, la demande d'avis, la concertation, la négociation⁴².

1.2.1. L'information

C'est le niveau élémentaire du processus d'association au mécanisme de prise de décision. Marquée par son caractère **univoque**, l'information est aussi considérée comme un préalable indispensable à la consultation, la concertation et la négociation. Elle peut être, dans certains cas, réduite à cette unique phase. Même élémentaire, celle-ci obéit à **des standards de qualité** : une information bien faite est soucieuse de son auditoire et de sa cible ; elle doit être, en fonction du message délivré, adaptée au public concerné. L'information délivrée doit être complète, claire et compréhensible par tous. Elle doit aussi être sincère et objective

41. Article R. 161-71 du code de la sécurité sociale.

42. Si l'on retenait le critère chronologique du processus préparatoire à la décision, la consultation viendrait en fin de processus.

vis-à-vis du public informé. Les supports sont variés : note d'information, brochure, site Internet, réunions publiques.

À titre d'exemple, on citera l'information préalablement donnée au lancement d'un projet ou à l'ouverture d'une négociation. Il est essentiel que le statut de la relation instaurée à ce stade strictement informatif soit clairement identifié et qualifié comme tel.

1.2.2. La demande d'avis

La demande d'avis est le processus par lequel le décideur sollicite le point de vue d'un organe ou l'opinion de la population concernée par un projet de l'administration. À la différence de la situation précédente, la relation n'est plus univoque, mais l'organe ou le public consultés n'ont **aucune garantie de voir leur avis pris en compte** pour infléchir le sens de la décision finale.

La demande d'avis intervient à un **moment donné**, sur un **sujet précis** ; elle ne relève pas d'une démarche globale de moyen-long terme.

À titre d'exemple, une enquête publique sur un projet d'équipement ou d'aménagement est une consultation. Relèvent de la même catégorie les projets que l'administration présente en comité technique.

1.2.3. La concertation

Des quatre notions présentées, il s'agit peut-être de la plus ambiguë.

La concertation relève d'une attitude globale de prise d'avis sur un projet par une autorité qui, avant sa décision, souhaite engager un dialogue avec les personnes intéressées. Le processus peut être engagé très en amont de la décision et, à la différence de la consultation, introduit une dimension de long terme. L'autorité reste, bien entendu, libre de sa décision.

La concertation implique, de manière plus tacite qu'explicite, que **le décideur s'engage non seulement à écouter mais, chaque fois que possible, à prendre en considération un certain nombre de remarques, d'amendements, voire de propositions**. Ouvrir une concertation, c'est plus que demander un avis ponctuel sur une opération ou un projet de texte, c'est associer le ou les interlocuteurs pour tenter de faire œuvre commune.

Les concertations sont d'ampleur et d'incidences très variables. Si elles peuvent être bilatérales, ce qui permet un dialogue plus direct et approfondi, elles peuvent aussi rassembler à certains moments l'ensemble des partenaires. Un exemple récent est fourni par la concertation engagée sur la réforme des retraites, au cœur de l'actualité sociale du pays d'avril à novembre 2010. Le ministre du travail a ouvert le 12 avril 2010 une large concertation sur les régimes de retraite en recevant tous les partenaires sociaux. Une série de réunions thématiques a été lancée sur des sujets convenus en commun : la pénibilité, l'emploi des seniors, les mécanismes de solidarité et de pilotage des différents régimes. Par ailleurs une concertation spécifique a été ouverte sur les sujets relatifs à la fonction publique. Parallèlement, les responsables des principaux partis politiques ont été consultés.



À l'issue de cette première phase de concertation, un document d'orientation du Gouvernement a été transmis le 16 mai 2010 aux partenaires sociaux qui a servi de base à une deuxième phase de concertation qui a débuté le 18 mai 2010.

Sur la base de l'ensemble de ces discussions, le Gouvernement a présenté le 16 juin 2010 un projet de réforme. L'avant-projet de loi a été transmis aux partenaires sociaux le 18 juin 2010 et soumis au conseil des ministres le 13 juillet 2010. La concertation avec les organisations syndicales s'est poursuivie en vue d'éventuelles modifications du projet de texte, notamment sur trois points : la pénibilité, les carrières longues et la situation des polypensionnés, jusqu'à l'ouverture des débats parlementaires le 7 septembre 2010.

En réalité, compte tenu, d'une part, du calendrier que s'étaient donné les pouvoirs publics et, d'autre part, de l'écart des positions entre les différents partenaires, la concertation a peu influé sur le dispositif d'ensemble initialement soumis à la discussion, sauf sur certains aspects concernant les trois derniers points cités.

1.2.4. La négociation

Alors que la concertation recherche des points de consensus, la négociation recherche le **compromis** qui permet de construire un accord que des parties ont intérêt à bâtir alors que leurs points de vue divergent.

Par contraste avec la concertation, la négociation vise à **organiser la confrontation des intérêts et à la dépasser**.

Une procédure de négociation reconnaît aux partenaires la faculté de participer activement à la prise de décision, voire à la formulation de politiques publiques. Elle se caractérise par la volonté d'arriver, si les conditions sont réunies, à un accord. Ce cas de figure se rencontre plus particulièrement en matière d'emploi, de salaires, d'indemnisation du chômage mais aussi, à un degré moindre, dans les domaines de l'éducation, de la santé et de l'environnement. La responsabilité de la décision n'en incombe pas moins à l'autorité compétente lorsque la mise en œuvre de l'accord implique une modification législative ou réglementaire.

La négociation se nourrit d'une **dynamique très particulière et complexe** car, à la différence de la concertation, ce qui est à l'œuvre dans le processus de décision c'est la divergence des intérêts, la défense de positions de départ, puis **une évolution maîtrisée de celles-ci pour l'élaboration plus ou moins aboutie d'un compromis**.

Un pas significatif a été accompli pour donner une place plus grande à la négociation entre les partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes de droit social. Dans le domaine des relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et la formation professionnelle, l'article L. 1 du code du travail prévoit, depuis la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007⁴³, l'obligation d'une saisine préalable des organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau

43. Cette loi a en fait créé un article L. 101-1 du code du travail abrogé par l'ordonnance n° 2007-327 du 12 mars 2007 au plus tard le 1^{er} mars 2008, tandis que l'article L. 1 du code du travail est apparu, sous cette numérotation, avec la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation. À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Cette procédure n'est pas applicable aux situations d'urgence que le Gouvernement fait connaître aux organisations en les motivant. La mise en œuvre de ce dispositif, qui a notamment déjà concerné deux réformes importantes⁴⁴, est un réel progrès apprécié de tous les partenaires sociaux.

* * *

Information, demande d'avis, concertation, négociation : ces termes sont fréquemment pris l'un pour l'autre, parfois en toute connaissance de cause : un ministre peut se féliciter de la concertation mise en place avec les partenaires sociaux, alors que ceux-ci considèrent qu'il ne s'agit que d'une simple consultation, d'une demande d'avis, voire d'une information. À l'inverse, les organisations syndicales peuvent affirmer qu'elles ont négocié pied à pied un accord que le ministre ne plaçait que sur le plan de la seule concertation.

L'emploi des mots, dès avant l'écriture des textes, a toute son importance.

1.3. Les méthodes de la consultation

On distinguera le recours interne, la méthode de l'internalisation et celle de l'externalisation.

1.3.1. Le recours interne

Ce n'est pas le procédé le plus fréquent puisque la consultation, en général, vise à recueillir des opinions extérieures à l'administration, à son réseau d'information et aussi à ses schémas de pensée. Toutefois, les avis recueillis auprès des conseils supérieurs de la fonction publique ou des nombreux comités techniques des administrations, services et établissements publics sont représentatifs de ce cas de figure. On ne veut certainement pas dire que les organisations syndicales de la fonction publique « appartiennent » à l'administration, ni même qu'elles « relèvent » d'elle, mais que les représentants syndicaux, élus des fonctionnaires et agents publics de l'administration, portent un avis sur le fonctionnement de leur administration et qu'en ce sens ils sont, en quelque sorte, « intériorisés ».

Le Conseil d'État est également un exemple d'un dispositif consultatif interne. Il est certes très particulier parce que constitutionnellement prévu et étroitement

44. Celle de la modernisation du marché du travail et celle des règles de représentativité des organisations syndicales.

lié à la fonction même de conseil de l'État. En étroite association avec l'administration, essentiellement les administrations centrales des ministères, et avec le secrétariat général du Gouvernement, le Conseil d'État permet d'assurer la sécurité juridique, le respect des règles d'écriture des textes (légistique) et la meilleure adéquation de la norme à l'objectif visé.

On notera que, depuis 1963⁴⁵, une disposition réglementaire permet aux personnes que leurs connaissances spéciales mettraient en mesure d'éclairer les discussions des sections administratives d'y participer à l'invitation du vice-président du Conseil d'État ou du président de la section administrative intéressée⁴⁶.

Ainsi, des universitaires ou des chercheurs peuvent être appelés à éclairer les enjeux éthiques, économiques, sociétaux ou environnementaux des débats. Cette plus grande ouverture sur la société peut, tout à la fois, enrichir l'activité du Conseil d'État et favoriser la compréhension de ses avis et décisions.

1.3.2. La méthode de l'internalisation

C'est le cas de figure le plus répandu : l'administration fait entrer au sein des commissions, conseils et comités qu'elle met en place les représentants des parties prenantes dont elle souhaite connaître les analyses relatives à un projet de réforme. Elle peut inviter ces groupes d'intérêt à désigner leurs représentants ; elle peut aussi prévoir leur participation à partir de critères de représentativité propres à ces organisations. Relève de cette même logique, mais avec un mode de désignation différent, la présence de personnalités qualifiées au sein des instances consultatives.

Selon cette méthode, l'autorité administrative garde l'initiative de la consultation, tout en bénéficiant du point de vue des corps intermédiaires constitués représentatifs de la diversité de la société civile.

1.3.3. La méthode de l'externalisation

Elle est plus originale et atypique et mérite des développements plus nourris.

Les sociétés contemporaines, plus pluralistes, plus segmentées, plus individualistes aussi, sont devenues très complexes, de sorte que les régulations publiques fondées sur des formes classiques de consultation fonctionnent de plus en plus

45. Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, article 26 devenu l'article R. 123-26 du code de justice administrative modifié par le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008, article 22 : « *Le vice-président du Conseil d'État et le président de la section administrative intéressée peuvent appeler à prendre part, avec voix consultative, aux séances des sections administratives et des commissions, y compris la commission permanente, ainsi que de l'assemblée générale, les personnes que leurs connaissances spéciales mettraient en mesure d'éclairer les discussions.* »

46. Depuis l'intervention du décret du 22 février 2010, cette possibilité a été étendue à l'activité juridictionnelle. Les formations d'instruction et de jugement peuvent recueillir les observations de toute personne dont la compétence ou les connaissances sont, en qualité d'*amicus curiae*, de nature à éclairer utilement ces formations sur la solution à donner à un litige (art. R. 625-3 du code de justice administrative).

difficilement. De nouveaux modèles de régulation sociale apparaissent, qui mettent davantage en avant le dialogue avec les parties prenantes concernées. Dans cette perspective, la définition et la mise en œuvre des politiques et des réformes résultent désormais d'un travail conjoint des institutions et administrations et d'une multitude de partenaires économiques et sociaux directement intéressés à l'action projetée. Ces acteurs interviennent **en relais** des institutions publiques et selon des modes de désignation validés par elles ou, plus fréquemment, en raison de leur position de fait sur un segment économique ou social et sur le fondement d'un rapport de force et de représentativité qu'ils ont su créer. Il en résulte **des formes de régulation externalisées par l'appareil public et, corrélativement, une recherche d'avis provenant d'acteurs autres que ceux habituellement impliqués par la voie des commissions ou conseils**. Les associations peuvent assurer cette fonction même si leur rôle premier n'est pas celui-là. La liberté de création qui les caractérise, au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, leur confère en effet un rôle irremplaçable au sein de la société civile, notamment de revendication et de protestation.

1.3.3.1. Le recours aux associations

Même au paroxysme d'influence de la figure étatique, les pouvoirs publics ont toujours su qu'ils devaient tenir compte des relais de la société civile. Ils savent que les associations, qu'elles soient nationales ou locales, fonctionnent comme des « capteurs » que les institutions se doivent d'observer, questionner, voire consulter et écouter. Il y a là une forme d'expertise sociale utile et globalement appréciée même si, par nature, le mouvement associatif peut parfois irriter et gêner les pouvoirs en place, quels qu'ils soient, publics ou privés.

Mais le mouvement associatif ne se limite pas à cette fonction relais et de « régulation par le bas » qu'il assure. À côté des partis politiques et des organisations syndicales et professionnelles classiques, les associations participent pleinement aux mouvements sociaux. À ce titre, elles ne se distinguent pas toujours aisément des groupes d'intérêt traditionnels qui, au demeurant, ont souvent le statut d'association. Toutefois, placées sur un champ d'activité spécialisé et défendant des causes très spécifiques, ces associations sont souvent au cœur des demandes en termes de droits nouveaux à conquérir : associations écologiques, de consommateurs, de défense des étrangers, du droit au logement... Elles font pression de tout leur poids pour obtenir de nouvelles législations ou réglementations.

Ces deux fonctions, nullement contradictoires, caractérisent les liens entre les pouvoirs publics et le mouvement associatif. Elles sont à l'œuvre avec une énergie et des points d'application variables selon les sujets et les périodes.

Une première illustration de ce phénomène est donnée par le domaine sanitaire et social.

Historiquement très présent dans le domaine de la protection sanitaire, de la famille, du handicap, des personnes âgées et de la protection de l'enfance, le mouvement associatif revêt deux caractéristiques très significatives en termes de participation aux décisions publiques. D'une part, il gère de nombreux établissements sanitaires et sociaux et, d'autre part, il joue un rôle actif et direct dans la mise au point des grands textes législatifs et réglementaires qui structurent le domaine concerné. Tel est notamment le cas des grandes associations représentant les personnes handicapées et leur famille. Ainsi, la première grande loi

d'orientation en faveur des personnes handicapées, celle du 30 juin 1975, a été profondément inspirée par les trois grandes associations que sont l'Association des paralysés de France (APF), l'Union nationale des associations de parents d'enfants handicapés (UNAPEI) et l'Association pour le placement et l'aide aux jeunes handicapés (APAJH). Si le premier projet de texte de loi ne leur fut transmis qu'officieusement en février 1973, ces grandes organisations, entre le dépôt du projet de loi en mai 1974 et la discussion à l'Assemblée nationale en décembre 1974, créèrent autour d'elles un groupe rassemblant une vingtaine d'associations qui produisit un rapport commun contenant de très nombreuses propositions d'amendements et parvint à imposer sa vision de la déficience et des normes qui devaient l'accompagner. Lors des débats parlementaires, le ministre de la santé (Simone Veil) signala « *la nouveauté et la réalité de la large concertation avec les associations* »⁴⁷.

Une autre illustration est fournie par le développement de la défense des droits des malades et des usagers du système de santé. Les « états généraux de la santé », dispositif de débat public, mis en place en 1998⁴⁸, ont assuré la reconnaissance administrative des associations dans leur fonction de représentation des citoyens-usagers de la santé.

Par un détour singulier, ce sont les ordonnances de 1995 relatives au financement de la sécurité sociale, destinées à assurer une plus grande présence de l'État en la matière, qui vont favoriser les différentes formes de participation des usagers. Un dispositif institutionnel de débat public a été instauré avec la mise en place de la Conférence nationale de santé (CNS) et des conférences régionales de santé (CRS). Mais ce sont les « états généraux de la santé » dont il vient d'être question qui vont consacrer, après un ensemble de prises de parole de portée et d'audience inédites, l'expression de « démocratie sanitaire » et déboucher sur la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁴⁹. Elle permet le développement d'un large mouvement de microsolidarités par l'action d'associations de patients ou d'anciens malades, telles que la Ligue nationale contre le cancer ou l'Association des paralysés de France, mais aussi des associations de défense des consommateurs, telles que notamment l'UFC « Que choisir », dans le domaine du médicament. Ces associations peuvent être de dimension nationale, mais aussi opter pour une dimension régionale, susceptible de mieux contribuer à la qualité de vie des malades et à la bonne gestion de leurs soins.

47. C. Veil, « Étude psychologique de la construction parlementaire de la loi organique du 30 juin 1975 », in C. Barral, F. Patterson, H.J. Stiker, M. Chauvière (dir.), *L'institution du handicap, le rôle des associations*, Presses universitaires de Rennes, 2000.

48. Engagés en juillet 1998, les « états généraux de la santé » ont donné lieu à huit mois de discussions, avec la tenue de « forums citoyens » en région, visant à définir la place de l'utilisateur dans le système de santé. Une journée nationale de synthèse s'est tenue le 30 juin 1999 ; puis un groupe de travail a élaboré un rapport en mars 2000 préparant plus directement les orientations du projet de loi qui allait devenir la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

49. Elle consacre les droits d'une personne malade à la dignité, à la non-discrimination, au respect de sa vie privée ou encore à la préservation de son insertion sociale. Les droits de l'utilisateur du système de santé à être informé sur son état sanitaire, à échanger sur son dossier médical, et à dialoguer sur le projet de traitement qui le concerne sont également reconnus.

Les nombreuses associations qui défendent les droits des malades sont aujourd'hui agréées par une Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique (CNAarusp). Cet agrément est d'ailleurs obligatoire pour défendre les droits des malades depuis 2007. La CNA, prévue par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et par le décret du 31 mars 2005, a été installée le 2 février 2006. Ses avis s'imposent au ministre de la santé et aux préfets⁵⁰. Après désignation par l'autorité administrative compétente, les membres des associations agréées représentant les usagers du système de santé sont amenés à participer à l'élaboration des politiques de santé, notamment dans le cadre des travaux de la Conférence nationale de santé, des conférences régionales ou de toute autre instance consultative médico-sociale.

Si le domaine de l'environnement et du cadre de vie illustre régulièrement le dynamisme associatif, le secteur sanitaire et social n'est donc pas le moins concerné en matière de participation aux décisions publiques. Il demeure un secteur dans lequel l'exigence participative est très forte.

1.3.3.2. Le recours à une capacité d'expertise émanant d'une autorité administrative indépendante

La recherche d'un avis expert et indépendant préalable à la prise de décision conduit souvent les pouvoirs publics à recourir, dans certains domaines, à l'autorité administrative indépendante (AAI) compétente du secteur concerné. La couverture de l'espace dédié aux AAI est désormais très large puisque l'on ne comptait pas moins de quarante-deux autorités indépendantes avant la mise en œuvre du volet de la réforme constitutionnelle de 2008 relatif à la création du « Défenseur des droits » qui a conduit à regrouper quatre autorités indépendantes existantes (Médiateur de la République, Défenseur des enfants, Commission nationale de déontologie et de la sécurité, Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)). L'existence de ce large éventail facilite le recours à une autorité administrative indépendante lorsque le besoin s'en fait sentir ou lorsqu'une exigence technique ou éthique l'impose. L'AAI qui émet un avis, établit une proposition ou élabore une recommandation, n'est certes pas, malgré les apparences, dans la situation d'une commission administrative consultative. En effet, les AAI ont pour missions premières d'assurer la régulation d'un secteur d'activité, de veiller aux garanties offertes aux acteurs concernés et, pour certaines d'entre elles, d'exercer un pouvoir de sanction ou une activité de médiation. La délivrance d'avis est au nombre de ces missions essentielles. Elle permet aux autorités publiques de disposer de l'avis d'experts, c'est-à-dire de professionnels du secteur, et non de celui des agents des administrations concernées. Ces experts, en tant que membres d'une AAI, sont soumis à des exigences

50. Présidée par l'ancien président de la Commission nationale du débat public (CNDP), Pierre Zémor, la Commission nationale d'agrément vérifie que les critères suivants sont réunis : activité effective de l'association dans la défense des droits des patients et usagers, indépendance à l'égard des professionnels de santé, représentativité notamment territoriale de l'association, fonctionnement démocratique de l'association, transparence de sa gestion.

déontologiques fortes. La propension des pouvoirs publics à faire appel à une AAI repose sur l'assurance du respect de rigoureuses exigences procédurales garantant de l'impartialité de l'avis donné.

* * *

La multiplication et la diversification des formes de consultation préalable à la décision montrent que désormais la décision publique n'est pas reçue comme légitime si elle n'a pas été discutée avant d'être arrêtée. Cette discussion pour être reconnue comme utile et fiable a de plus en plus tendance à être « extériorisée » ou « externalisée ». De ce point de vue, le « phénomène » des autorités administratives indépendantes, amplifié par leur multiplication sur la période récente, est une forme de couronnement de la généralisation de la consultation préalable et de son externalisation.

Ce trait est au fond le révélateur que les commissions administratives consultatives classiques ne répondent pas à toutes les attentes placées en elles.

1.4. Les limites de la consultation

« *En France, on consulte à tout-va* » rappelle Jean-Luc Warsmann, le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, dans son rapport de juin 2009 au Premier ministre⁵¹. La facilité avec laquelle on a recouru à ce mode d'association à la prise de décision, quel que soit son intérêt, a rapidement mis en évidence ses limites.

La principale d'entre elles provient du moment de la consultation, qui intervient en fin de processus. Le caractère formel du recueil de l'avis recherché en est une autre. Le constat qui prévaut est que la consultation est souvent détournée de son objectif initial et que son apport est, au total, assez réduit.

1.4.1. Le constat critique global

Le présent rapport n'a pas vocation à refaire le diagnostic qui a conduit le Gouvernement, dans la droite ligne des orientations du conseil des ministres du 17 mars 2004, à prendre les deux décrets des 7 et 8 juin 2006⁵² faisant suite aux deux ordonnances de 2004 et de 2005 relatives à la simplification des commissions

51. *Simplifions nos lois pour guérir un mal français*, op. cit., La Documentation française, juin 2009.

52. Décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives et décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif.

administratives⁵³. Toutefois, on rappellera que **les commissions consultatives**, par leur nombre – difficilement déterminable avec précision –, par les ressources qu’elles mobilisent, par les délais sur la décision qu’elles occasionnent, **sont présentées et perçues comme le symbole d’un fonctionnement de l’administration qu’il convenait de modifier**. Le diagnostic établi en 2004 repose sur l’idée que le système consultatif alors en place présente un double inconvénient : il est **lourd**, en ce qu’il est consommateur de moyens humains et matériels et en ce qu’il retarde la décision sans réellement l’enrichir, et il est **incertain** et source d’un abondant contentieux.

1.4.1.1. Le système consultatif est lourd

Il est significatif que le nombre des commissions, conseils, comités et autres organismes consultatifs de toutes natures soit difficile à déterminer avec un minimum de précision. C’est aujourd’hui chose faite grâce au travail opiniâtre du secrétariat général du Gouvernement ; mais le rappel de la situation antérieure n’est pas inintéressant.

Avant la mise en œuvre, à partir de 2004, de la politique de réduction des organismes consultatifs, un même nombre, celui de 4 700, revient dans de nombreux articles de la doctrine consacrés aux commissions administratives ou dans la plupart des ouvrages de droit ou de science administrative⁵⁴. Il provient, en réalité, de la thèse d’Yves Weber, *L’Administration consultative* (LGDJ, 1968), qui lui-même cite sa source : Bernard Chenot, *Les Institutions administratives françaises*, tome II, p. 125. Les recherches opérées dans le cadre de l’élaboration du présent rapport pour retrouver effectivement la source ont conduit au polycopié du cours donné par Bernard Chenot en 1962-1963 à l’Institut d’études politiques de Paris et publié par la Fondation nationale des sciences politiques⁵⁵. C’est peu de dire que ce nombre n’a pas fait l’objet d’une mise à jour régulière, car aucune étude précise n’a été en mesure de livrer le nombre équivalent à celui évalué, en son temps, par Bernard Chenot. Ce n’est que depuis cinq ou six ans que l’on dispose réellement de chiffres précis sur le nombre de commissions ou conseils consultatifs.

Certes, l’article 112 de la loi de finances pour 1996 (n° 95-1346 du 30 décembre 1995) a fait obligation au Gouvernement de présenter chaque année au Parlement, en annexe du projet de loi de finances, la liste des commissions et instances consultatives ou délibératives placées directement auprès du Premier ministre ou des ministres prévues par les textes législatifs et réglementaires. Malgré ces intentions, les résultats n’ont pas été immédiatement probants.

53. Ordonnance n° 2004-637 du 1^{er} juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre, ratifiée et modifiée par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ; ordonnance n° 2005-727 du 30 juin 2005 portant diverses dispositions relatives à la simplification des commissions administratives, ratifiée par la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

54. Voir par exemple l’ouvrage *Droit administratif*, G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, 7^e édition, 2000, p. 177.

55. 4 700 organes consultatifs, dont 500 conseils, 1 200 comités et environ 3 000 commissions.

À la demande de la commission des finances du Sénat, la Cour des comptes a enquêté, en 2006, sur l'échantillon des quarante-quatre commissions et instances consultatives ou délibératives rattachées au Premier ministre et mentionnées dans le «jaune» du PLF pour 2006⁵⁶. Elle déplorait que les principes retenus pour l'inscription au «jaune» ne soient pas clairs : en principe, ne figurent dans le «jaune», à la rubrique Premier ministre que les commissions dont l'action comporte une dimension interministérielle. Or, par exemple, la Commission interministérielle de la politique immobilière, chargée de favoriser la rationalisation du patrimoine immobilier de l'État, était exclue de cette liste, alors que le Comité pour l'implantation territoriale des emplois publics y figurait. Incomplet, le «jaune» était en décalage sensible avec la réalité. Si la Cour regrettait l'absence d'analyse systématique de la totalité des coûts pour chaque commission, elle faisait parallèlement état d'un incontestable effort de rationalisation puisque, après l'étude menée en interne par le SGG, en juin 2003, sur 37 organismes, 9 furent supprimés⁵⁷, 20 transférés à d'autres départements ministériels⁵⁸ et 8 furent maintenus.

Tous ministères confondus, entre 2004 et 2006, 174 commissions administratives ont été supprimées. Toutefois, ce n'est que depuis 2006 que des progrès très sensibles ont été réalisés pour disposer d'une meilleure connaissance du nombre de commissions et d'instances consultatives dans l'ensemble de l'administration.

Ainsi que le prévoit la rédaction actuellement en vigueur de l'article 112 de la loi de finances pour 1996, modifié en dernier lieu par l'article 10 de la loi n° 2009-973 du 10 août 2009 de règlement des comptes pour l'année 2008⁵⁹, apparaissent désormais dans l'annexe du projet de loi de finances pour 2011, outre la liste des organismes, le nombre de leurs membres, ainsi que leur coût de fonctionnement et le nombre de leurs réunions tenues lors des trois années précédentes. La liste est complétée par une justification de l'évolution des coûts de fonctionnement. De plus est établie la liste des commissions et instances supprimées dans l'année.

La liste des suppressions survenues au cours de l'année 2009 compte plus de 200 instances. Le chantier engagé a permis dans le même temps de parfaire le caractère exhaustif du recensement. C'est pourquoi l'état **des instances existantes est, au 1^{er} janvier 2011, de 697**, contre 720 au 1^{er} janvier 2010 et 799 au 1^{er} janvier 2009. En 2010, 58 organismes ont été supprimés tandis que 35 ont été créés, soit un solde de 23 suppressions.

56. Cette enquête de la Cour des comptes a donné lieu à une audition au Sénat d'Alain Pichon, président de la 4^e chambre de la Cour des comptes, le 14 février 2007.

57. Par exemple, la Commission nationale d'évaluation de la parité sociale globale.

58. Par exemple, la Commission générale de terminologie et de néologie transférée au ministère de la culture.

59. Article 112 de la loi de finances pour 1996 (n° 95-1346 du 30 décembre 1995) modifié par la loi n° 2009-973 du 10 août 2009, article 10 : « *Le Gouvernement présente chaque année au Parlement, en annexe du projet de loi de finances, la liste de toutes les commissions et instances consultatives ou délibératives placées directement auprès du Premier ministre ou des ministres ou de la Banque de France prévues par les textes législatifs et réglementaires. Cette liste évalue le coût de fonctionnement de ces organismes en milliers d'euros lors des trois années précédentes, indique le nombre de leurs membres comme le nombre de leurs réunions tenues lors des trois années précédentes et mentionne les commissions et instances créées ou supprimées dans l'année. Cette liste est complétée par une justification de l'évolution des coûts de fonctionnement.* »

L'intervention des décrets des 7 et 8 juin 2006 a été déterminante dans cette évolution

Le décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives s'attache à l'examen du « stock » des commissions et procède à la réorganisation de certaines commissions placées auprès des administrations centrales, mais surtout à la fusion et à la suppression de nombreuses commissions administratives déconcentrées ; 52 commissions autonomes sont fusionnées au sein de 17 « commissions pivots », correspondant chacune à une politique publique déterminée, pouvant avoir des formations spécialisées ; 40 autres commissions ont été supprimées.

Le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif s'attache à la mise en place du dispositif de nature à rationaliser les règles de création et de fonctionnement des commissions au niveau tant central que déconcentré. **Toute création doit être précédée d'une étude** qui vérifie que la mission impartie à la commission répond à une nécessité et n'est pas susceptible d'être assurée par un organisme existant. La durée de vie de la commission est limitée à cinq ans. Les règles de présidence, de suppléance, de remplacement des membres, de convocation, de mandat, de quorum et de procès-verbal sont simplifiées. Les consultations par voie audiovisuelle ou numérique sont prévues. Les commissions créées avant le 8 juin 2006 doivent être confirmées dans un délai de trois ans sous peine d'être automatiquement supprimées. Le décret du 4 juin 2009, intervenu juste avant le terme de cette période de trois ans, a dû amodier le dispositif d'allègement quelque peu radical prévu par le décret du 8 juin 2006. D'une part, le champ d'application des mesures générales de suppression a été limité puisque celles-ci ne s'appliquent ni aux commissions d'étude ou d'expertise, ni aux organismes créés au sein des établissements publics et, d'autre part, un mécanisme dérogatoire a été prévu pour proroger, par décret simple, pour une durée de cinq ans, des commissions qui auraient dû être supprimées automatiquement en vertu du décret du 8 juin 2006. Seize décrets, qui ont été publiés au JO du 7 juin 2009, ont prorogé 333 commissions (ce nombre ne tient pas compte du fait que deux d'entre elles sont départementales, quatre sont régionales et cinq de ressort académique, ce qui porte le nombre de commissions prorogées à près de 800).

L'inconvénient de la lourdeur et de la complexité du dispositif consultatif n'appartient pas au passé malgré les avancées indéniables résultant des décrets de juin 2006. Après 2006, il est toujours présent, à tel point que l'on peut soutenir que l'amélioration de l'existant ne peut suffire à régler ce problème récurrent du nombre. Les efforts doivent être poursuivis avec vigueur et détermination dans le sens de la réduction du nombre des commissions et des consultations obligatoires. Cependant, d'autres solutions, d'une nature différente, doivent également être envisagées.

1.4.1.2. Le système consultatif est incertain

On ne peut, ici, qu'être sensible à la question de l'insécurité juridique. Les hésitations du praticien, en matière de consultation, sont au croisement de deux critères qui n'aboutissent pas toujours à des solutions procédant d'une logique en quelque sorte matricielle. S'opposent habituellement la distinction entre les consultations obligatoires et les consultations facultatives, d'une part, et entre les formalités substantielles et celles qui ne le sont pas, d'autre part. Quelles sont les

conséquences d'une consultation que l'administration n'était pas tenue de faire ? La formalité procédurale qui n'a pas été respectée est-elle substantielle ou non substantielle ? Telles sont les deux questions que se pose fréquemment le juge.

Dans le maniement de ces critères, la jurisprudence s'est attachée à résister à la tentation facile du pur formalisme et sait faire preuve de pragmatisme. Toutefois, en la matière, on relèvera les propos du président Odent : « *Même avec le correctif tenant à la notion de formalités non substantielles, les annulations pour vice de forme apparaissent dans certains cas exagérément formalistes : elles ne satisfont souvent ni le juge, ni l'administration à laquelle elles font perdre du temps, car elle reprend généralement, après avoir observé les formes régulières, mais avec un retard considérable, les mesures qu'elle avait prises sans avoir respecté ces formes*⁶⁰. » Le professeur Chapus use, quant à lui, de la litote lorsqu'il dit : « *Quand l'irrégularité se présente, si l'on peut dire, à l'état pur [hors la méconnaissance des règles de compétence], l'état du droit n'est pas sans nuances* », et il poursuit : « *Réserve faite de certaines solutions manifestant, comme on peut s'y attendre, que l'état de droit jurisprudentiel ne pêche pas par excès de formalisme, l'inobservation des règles applicables emporte l'illégalité, pour vice de procédure, des décisions prises au vu des avis émis (à condition, dans le cas de consultation facultative, que cette inobservation ait exercé une influence sur les avis ou les décisions prises)*⁶¹. »

L'insécurité juridique pour l'administration et l'embarras du juge viennent de ce que, toute consultation, même facultative, doit être menée, comme il est normal, de manière régulière⁶². Il arrive souvent qu'une autorité administrative, sans y être tenue, décide de saisir un organisme consultatif ou même d'instituer un tel organisme. Dans ce cas, l'administration doit complètement « jouer le jeu » dont elle a librement fixé les règles. Selon une formulation jurisprudentielle très explicite, « *l'autorité administrative est tenue de se conformer aux règles de procédure de caractère réglementaire qu'elle a elle-même édictées, aussi longtemps qu'elle n'a pas décidé de procéder à leur abrogation*⁶³ ».

La distinction classique faite par la jurisprudence entre les vices de procédure substantiels et les autres s'applique naturellement aux consultations : seuls les premiers sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la mesure prise selon la procédure viciée. Bien que le caractère substantiel de la disposition méconnue s'apprécie en fonction du texte qui a prévu la consultation, des motifs qui ont conduit à adopter la disposition contestée et aussi, naturellement, des circonstances de l'espèce, il ressort de la jurisprudence que **nombre de règles auxquelles la consultation doit obéir ont été qualifiées comme revêtant ce caractère substantiel : régularité de l'institution de l'organisme, de sa composition, des délais et du fonctionnement de la consultation...** Il existe donc tout un formalisme minutieux. De ce fait, l'administration doit consacrer de l'attention et de l'énergie à bien organiser les consultations des organismes consultatifs et à

60. *Contentieux administratif*, t. II, p. 432 et 433.

61. *Droit administratif général*, t. I, 15^e édition, Montchrestien, 2001, p. 1032 et p. 1107.

62. CE, sec., 9 décembre 1932, *Laurent*, Rec. p. 1062 ; CE, 11 février 1991, *Association d'études et de défense de l'environnement Limagne et Combrailles*, Rec. p. 665.

63. CE, 15 mai 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, RDA, 2000, p. 879.

en assurer un fonctionnement régulier. Le risque d'insécurité juridique est accru par le fait que chaque administration n'a pas nécessairement connaissance des consultations qui lui sont imposées par des textes élaborés par d'autres et ne veille pas toujours à la « maintenance » des organismes en cause, parfois négligée. Les collectivités et administrations territoriales sont souvent « victimes » de ce phénomène récurrent.

En vérité, cette situation n'est pas totalement satisfaisante.

L'encadré ci-après retrace les décisions récentes ou les plus significatives en la matière :

Consultation non obligatoire et mesure de l'influence d'une irrégularité sur la décision attaquée

- Les irrégularités éventuellement commises dans le déroulement d'une procédure suivie à titre facultatif par l'administration sont de nature à vicier la validité de la décision intervenue à son terme dans la mesure où ces irrégularités ont exercé en fait une influence sur cette décision (CE, sec., 19 mars 1976, *Bonnebaigt*, Rec. p. 167).
- Un décret ayant été soumis pour avis au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État en application de l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984, aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait, dans cette hypothèse, de consulter en outre le comité technique paritaire national de La Poste ; en raison de la durée et de l'ampleur des négociations intervenues entre La Poste et les syndicats représentatifs avant la conclusion de l'accord du 6 juin 2006 relatif à la promotion des agents, dont le décret attaqué assure la transposition dans le statut du corps des cadres supérieurs de La Poste, les membres du comité technique paritaire national, consulté facultativement par La Poste, n'ont pas pu ignorer la position de l'ensemble des intéressés, dont les membres de ce corps, en adoptant l'avis sollicité ; **l'absence**, lors de la séance au cours de laquelle le comité technique paritaire (CTP) national a été consulté à **titre facultatif**, des deux représentants des commissions administratives paritaires des corps concernés **n'a pas eu d'influence sur le décret** attaqué (CE, 24 juillet 2009, *Fédération des syndicats sud des activités postales et de télécommunications*).
- Le conseil de l'organisation judiciaire est **habilité à consulter**, notamment, les représentants qualifiés des administrations intéressées par **les questions dont il est saisi**. C'est en cette qualité que le directeur adjoint de cabinet du garde des sceaux, le secrétaire général du ministère de la justice, le chef de la mission sur la carte judiciaire et un membre de la direction des services judiciaires, qui n'étaient pas membres du conseil de l'organisation judiciaire, ont assisté à la séance au cours de laquelle a été examiné un projet de décret relatif à la carte des tribunaux de commerce. **La présence de ces représentants de l'administration n'a pas affecté la régularité de la consultation du conseil**, eu égard à la nature de cette instance et dès lors, d'une part, qu'ils avaient vocation à être entendus par elle et, d'autre part, qu'il résulte du compte rendu de la réunion qu'ils y ont assisté sans voix délibérative (CE, 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges et autres*).
- Les dispositions de la loi du 22 juillet 1948 prévoyant la fixation, par délibération des conseils d'administration des centres techniques industriels, des cotisations perçues par ces centres ont été abrogées. **Lorsque le Gouvernement use de la faculté qu'il conserve de consulter** le conseil d'administration d'un centre technique industriel avant de fixer, par décret en Conseil d'État, les taux et modalités d'assiette et de recouvrement des cotisations perçues par ce centre, **les irrégularités qui ont pu entacher cette consultation affectent la légalité de ce décret** (CE, Ass., 9 décembre 1966, *Berland et autres*).

Consultation obligatoire et irrégularité substantielle (ou implicitement considérée comme telle)

– La consultation du comité technique paritaire central auprès du directeur des services judiciaires du ministère de la justice est obligatoire pour certaines dispositions introduites dans le code de procédure pénale et elle est seulement facultative pour d'autres. Si un vice qui entache la désignation des représentants de l'administration n'est pas de nature à frapper d'irrégularité les dispositions d'un décret relatives à la procédure pénale pour lesquelles la consultation du comité ne présentait aucun caractère obligatoire, **il conduit cependant à l'annulation du décret pour irrégularité de procédure** en tant qu'il a créé des articles **qui devaient être soumis, de manière obligatoire, à la consultation du comité** (CE, 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal et autres*).

– Le ministre chargé du travail ne peut procéder, par arrêté, à l'agrément d'un accord relatif à l'assurance chômage des travailleurs privés d'emploi **qu'après avis du Comité supérieur de l'emploi**. Cet avis doit être favorable et motivé dans le cas où l'accord n'a pas été signé par la totalité des organisations les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs. **Cette consultation revêt le caractère d'une formalité substantielle** ;

– Plusieurs des personnes ayant siégé lors des deux réunions de la commission permanente n'avaient pas été nommées au Comité supérieur de l'emploi par le ministre chargé du travail. Dans ces conditions, **la consultation du Comité supérieur de l'emploi ayant été irrégulière, l'arrêté ministériel a été annulé** (CE, 11 mai 2004, *Association AC! et autres*).

– Le décret qui institue auprès des préfets de région une commission régionale du patrimoine historique, archéologique et ethnologique prévoit que les maires des communes où sont situés des immeubles faisant l'objet d'une procédure de classement ou d'inscription **soumise pour avis à cette commission** sont informés de l'ordre du jour de celles des séances de cette commission qui les concernent. Cette information, qui a notamment pour objet de **permettre au maire de demander à être entendu par la commission** afin de faire valoir le point de vue de l'exécutif communal, **constitue une formalité substantielle** dont l'omission a vicié la procédure de classement ou d'inscription. La circonstance qu'aurait siégé, au sein de la commission, une personnalité qualifiée qui, par ailleurs, était membre de l'exécutif de la municipalité concernée ne purge pas de son vice la consultation qui n'a pas été précédée de cette information (CE, 24 mars 2004, *Commune du Marin*).

– Le décret du 5 mai 1997 prévoit que, lorsqu'une ligne ou section de ligne a été fermée à tout trafic, Réseau ferré de France peut proposer son retranchement au ministre chargé des transports, **après avis des collectivités territoriales concernées** et de la SNCF, qui disposent d'un délai de trois mois pour faire part de leurs observations. Un décret est alors pris sur le rapport du ministre chargé des transports, après consultation des ministres ayant des attributions en matière de défense. Lorsque **l'avis d'une ou plusieurs communes concernées, transmis par le maire à Réseau ferré de France, n'a pas fait l'objet d'une délibération du conseil municipal**, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales, le décret pris au vu de ces avis doit être regardé comme intervenu à l'issue d'une **procédure irrégulière** (CE, 3 décembre 2003, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports (FNAUT) et Association régionale des usagers des transports des pays de la Loire*).

Consultation obligatoire mais irrégularité non substantielle tenant à l'objet de la consultation

– Le fait de ne pas avoir consulté le ministre de l'agriculture dans le cadre d'une procédure d'expropriation, alors même qu'une **telle consultation est rendue obligatoire** en vertu d'un décret dans le cas où l'expropriation porte sur des parcelles de vignes soumises au régime des appellations d'origine contrôlée, **ne constituait pas, dans les circonstances de l'espèce, un vice de forme substantiel** de nature à entacher d'irrégularité l'ensemble de la procédure. En l'occurrence, les parcelles de vignes en cause représentaient 47 ares sur

un projet de 1 400 hectares, soit un infime pourcentage de la surface en cause (CE, Ass., 7 mars 1975, *Association des amis de l'abbaye de Fontevraud*, Rec., p. 179).

– Le Conseil d'État est allé jusqu'à affirmer qu'est resté **sans incidence sur la régularité de la procédure** le fait que, contrairement à ce qu'exigent les dispositions des articles R. 11-14-5 et R. 11-14-7 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'avis publié avant le début de l'enquête ne mentionnait pas les jours et heures auxquels le commissaire enquêteur serait présent dans l'unique mairie d'une commune de 1 500 habitants environ, dès lors qu'il ressort des pièces du dossier que soixante-quatre personnes ont présenté des observations et qu'il n'est pas établi que cette omission ait eu pour conséquence de priver quiconque de la faculté de présenter des observations (CE, 3 juillet 1998, *Association de défense et de protection de l'environnement de Saint-Côme-d'Olt*).

– L'organisme dont une disposition législative ou réglementaire prévoit la consultation avant l'intervention d'une décision doit être mis à même d'exprimer son avis sur l'ensemble des questions soulevées par cette décision. Dans le cas où, après avoir recueilli son avis, l'autorité compétente pour prendre la décision envisage d'apporter à son projet des modifications qui posent des questions nouvelles, elle doit le consulter à nouveau. Dans le cas d'espèce, bien que la règle posée à l'article 16 du décret attaqué, suivant laquelle pour la détermination des droits à l'avancement, à la promotion et à la formation les périodes de travail à temps partiel des stagiaires de l'État et de ses établissements publics «*sont prises en compte pour leur durée effective*», n'ait pas figuré dans le projet de décret qui a été soumis au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, l'administration ayant fait, à ce moment-là, le choix de l'assimilation du temps partiel au temps complet, inverse de celui qu'elle a finalement retenu, il a été estimé que cette instance a néanmoins été mise en mesure de se prononcer sur la question même des modalités de prise en compte des périodes de travail à temps partiel des stagiaires. La modification apportée après la consultation ne portait donc pas sur une question nouvelle et le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État n'avait pas, en conséquence, à être à nouveau consulté (CE, Ass., 23 octobre 1998, *Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et assimilées*).

– Une décision relative au forfait de prise en charge préanalytique du patient assuré par l'assurance maladie devait créer une prestation nouvelle **soumise préalablement, en raison de son objet**, à la Haute Autorité de santé (HAS), en application de l'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale. **Mais**, eu égard, d'une part, **à la nature particulière de cette prestation** qui recouvre l'accueil du patient par le laboratoire, le recueil des renseignements nécessaires à la bonne exécution des analyses et la vérification de la conformité des échantillons biologiques et, d'autre part, **à l'objet de la consultation de la Haute Autorité** qui émet un avis non seulement sur les nouvelles prestations, mais aussi sur l'évaluation du service médical attendu de la prestation en cause et les conditions de sa mise en œuvre, **l'absence de consultation** préalable de cette autorité **n'a pas présenté, en l'espèce, le caractère d'un vice substantiel de nature à entacher d'illégalité la décision prise**. Autrement dit, la HAS aurait dû être consultée, mais en raison de la nature de la consultation requise, cette irrégularité n'est pas substantielle (CE, 7 avril 2010, *Laboratoire Pasteur Cerba et Laboratoire Biomnis*).

– Les dispositions de l'article R. 11-10 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoient que le sous-préfet formule un avis même temps qu'il transmet au préfet le dossier de l'enquête qui lui a été remis par le commissaire enquêteur lorsque l'enquête publique a été ouverte en un autre lieu que la préfecture. **Elles se bornent à rappeler les conditions de collaboration au sein des services préfectoraux**. Par suite, elles ne créent **pas une formalité substantielle** prescrite à peine de nullité de la procédure (CE, 2 juin 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et commune de Noisy-le-Grand*). Inversion de jurisprudence pour un cas d'application de la même règle à la transmission au préfet de l'arrêté de cessibilité (CE, 8 mai 1963, *Dame de Blois*, s'agissant de la portée donnée à l'article R. 26 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique).

Par rapport au croisement des critères habituellement opérés – consultation obligatoire ou non ; formalité substantielle ou non –, on constatera qu’il est naturel que le pragmatisme du juge déjoue l’application stricte des textes et des critères pour laisser place aux particularités des espèces mais aussi à l’esprit des textes plutôt qu’à leur lettre. De plus, les cas topiques d’annulation en cas d’irrégularité lors d’une consultation facultative sont anciens. Enfin, le caractère obligatoire de la consultation n’empêche pas le juge de se livrer à une analyse qui peut le conduire à estimer que l’irrégularité de procédure n’est pas substantielle. Certes, tout est affaire de circonstances et le juge ne peut totalement s’affranchir de la recherche minutieuse de l’incidence du vice de forme sur la décision, même s’il se réfère à des catégories objectivement formulées reposant sur la différenciation des vices substantiels de ceux qui ne le sont pas⁶⁴. S’il apparaît que le respect scrupuleux de la procédure n’aurait pas abouti à une décision différente de celle contestée ou que les garanties de l’administré ont été respectées, le vice avéré ne suffit pas à annuler la décision. Les décisions du Conseil d’État *Laboratoire Pasteur Cerba et Laboratoire Biomnis*, du 7 avril 2010, et *Ministre de l’intérieur, de l’outre-mer et des collectivités territoriales et commune de Noisy-le-Grand*, du 2 juin 2010, sont révélatrices à cet égard puisque la décision n’a pas été annulée bien que la consultation fût obligatoire. On observera que, dans le premier cas, le fait que la Haute Autorité de santé soit une autorité administrative indépendante n’a pas influé sur la décision du juge et, dans le second, que le préfet, parce qu’il est l’autorité hiérarchique du sous-préfet, peut substituer son avis à celui de ce dernier qui pourtant a la meilleure connaissance du contexte local.

On peut donc dire que l’analyse des décisions récentes de la jurisprudence administrative fait ressortir que la jurisprudence tend à rapprocher consultations obligatoires et facultatives en étendant les hypothèses d’irrégularités non substantielles dans le premier cas, même si le degré d’exigence du juge doit naturellement rester plus important lorsque la consultation est obligatoire.

Le sage pragmatisme du juge l’amène à adopter une jurisprudence concrète et nuancée qui peut toutefois manquer, de ce fait, d’une lisibilité suffisante pour être bien comprise et surtout bien anticipée par l’administration et les administrés.

* * *

Cinq ans après les décrets de juin 2006, le diagnostic critique sur le système des consultations en France demeure valide en ce que le dispositif consultatif, bien qu’amaigri, reste en place sans que la révision entreprise porte véritablement sur la pertinence, l’utilité et la valeur ajoutée des instances consultatives **au moment** où elles interviennent, c’est-à-dire, en général, **juste avant la prise de décision**.

Il est vrai que **la critique systématique contre tous les conseils et commissions doit être sérieusement nuancée dans un certain nombre de cas**. On l’a vu, les fonctions de la procédure consultative sont multiples et, parmi elles, il en est une qui ne doit certainement pas être négligée ni sous-estimée. Il s’agit de

64. Voir sur ce point l’article de Daniel Labetoulle, « Le vice de procédure, parent pauvre de l’évolution du pouvoir d’appréciation du juge de l’annulation », in *Mélanges en l’honneur d’Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009.

celle qui permet au dialogue social non seulement d'avoir lieu, mais aussi d'être, en quelque sorte, « acté », de trouver un lieu de légitimité où les positions des uns et des autres sont dites, enregistrées, le cas échéant votées et déposées en témoignage pour le présent et l'avenir. Cette fonctionnalité ne concerne pas seulement le dialogue social entre syndicats de salariés et représentants des employeurs mais, de manière plus large, le dialogue entre les pouvoirs publics et l'ensemble des organismes professionnels et des groupes d'intérêt constitués, au niveau national comme au niveau local, au niveau interprofessionnel comme à celui des branches d'activité. **Les conseils et commissions servent à officialiser et canaliser le dialogue social qui, à défaut, serait atomisé, dilué et comme privé de chambre d'enregistrement et d'écho.** Le rapport de Dominique-Jean Chertier *Pour la modernisation du dialogue social* de mars 2006 dénombreait pas moins de cent deux instances de dialogue social au niveau national. Parmi elles, seules vingt-trois devaient être obligatoirement consultées sur des textes législatifs ou réglementaires⁶⁵. C'est dire combien le besoin d'« acter » le dialogue social au sein de commissions, conseils ou organismes consultatifs est fort.

Si cette fonctionnalité de la procédure consultative ne peut qu'être reconnue, il demeure néanmoins tout à fait clair que, dans de très nombreux cas, le formalisme des consultations altère beaucoup l'intérêt de celles-ci et fige leur contenu dans des positions de principe ou des postures tactiques de leurs participants. La consultation réelle et le recueil effectif des points de vue ont certes lieu mais avant et ailleurs. Ce constat rejoint le diagnostic de Dominique-Jean Chertier qui résumait, dans le rapport précité, son appréciation sur le dialogue social en France ainsi : « *Le système français est un mélange de formel et d'informel. Il oscille entre des contacts officiels, utiles mais indicibles, des grand-messes, visibles mais rituelles et parfois improductives, et des procédures de consultation très formelles et souvent subalternes. La confusion caractéristique du modèle français entre la concertation, la consultation et la négociation est génératrice de tensions [...]* »⁶⁶.

Le formalisme qui dévitalise les apports bénéfiques de la participation des parties prenantes au processus prédécisionnel peut concerner le mouvement associatif lui-même et affecter l'efficacité de la consultation.

Deux secteurs, parmi d'autres, illustrent ces deux processus marqués par l'emprise de la forme sur le contenu.

1.4.2. Deux illustrations particulières

■ On ne peut qu'être frappé par le contraste entre la place de choix que revêt le principe de participation au sein de la fonction publique, à la fois dans les textes et dans les pratiques de gestion, et la perception d'un dialogue social peu efficace, maintes fois relevée tant par les représentants des agents que par ceux des employeurs publics.

65. D.-J. Chertier, *Rapport au Premier ministre. Pour une modernisation du dialogue social*, annexe IV, La Documentation française, mars 2006.

66. *Op. cit.*, p. 15.

La valeur ajoutée qualitative du dispositif des instances consultatives de la fonction publique est chroniquement faible. Les réels progrès en termes de réforme grâce au dialogue social, car il y en a eu⁶⁷, résultent davantage des contacts bilatéraux entre les employeurs publics et les organisations syndicales qui précèdent la ou les séances de concertation conclusive. Cela ne signifie nullement que les séances bilatérales sont d'indiscutables tractations officieuses mais cela révèle que les instances de concertation ne jouent ni le rôle qui leur avait été originellement dévolu ni même celui qui est encore officiellement revendiqué.

Le pari de la récente loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 sur la rénovation du dialogue social dans la fonction publique est de régénérer les relations professionnelles et de renforcer la légitimité des partenaires. Trois voies ont été privilégiées : la généralisation du principe de l'élection pour la désignation des instances de consultation, notamment pour les comités techniques relevant de la fonction publique de l'État, l'abandon du principe du paritarisme dans les conseils supérieurs et les comités techniques⁶⁸ et l'élargissement de la place de la négociation dans la fonction publique par la fixation de critères de validité des accords conclus. Il est naturellement trop tôt pour dire si la mise en œuvre de ces dispositions législatives prometteuses portera les fruits attendus afin de donner aux institutions consultatives de la fonction publique l'efficacité souhaitée.

■ Les associations du secteur sanitaire et social, on l'a dit, jouent un rôle important pour représenter les familles et les malades et donner un avis éclairé aux pouvoirs publics. Elles sont nombreuses, souvent fortes et parfois très institutionnalisées. Outre leur mission de représentation des causes qu'elles portent, elles peuvent assurer une importante activité de gestion. Dans ce cas, les associations concernées ont tendance à devenir, de plus en plus, des organismes professionnalisés. Cela conduit parfois à les éloigner des adhérents et usagers qu'elles sont censées représenter et du « savoir profane » dont ces derniers sont utilement porteurs et à écouter plus volontiers le « savoir expert » des professionnels de santé, du secteur social ou de l'administration. Leur fondement démocratique interne peut aussi être affecté, car il est parfois exposé à un certain affaiblissement, s'agissant surtout des plus grosses associations qui, de surcroît, sont souvent d'importants employeurs de personnels socio-médicaux accaparés par des contraintes et des enjeux de gestion, ce qui peut entamer leur indépendance, vis-à-vis du monde médical notamment⁶⁹.

67. Mise au point d'une prime de garantie individuelle de la perte du pouvoir d'achat en février 2008, instituée par le décret n° 2008-539 du 6 juin 2008 ; Accords de Bercy du 2 juin 2008 sur la rénovation du dialogue social dans la fonction publique introduits dans l'appareil normatif par la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010.

68. Les comités techniques de la fonction publique hospitalière, les comités techniques d'établissement (CTE), étaient déjà constitués sur le principe d'une majorité de sièges dévolue aux représentants des personnels.

69. Voir notamment L. Chambaud et F. Schaezel, membres de l'IGAS, « Participation citoyenne et système de santé : démocratisation ou instrumentalisation ? », *Santé, société et solidarité*, n° 2, 2009, p. 39-43.

Parvenu à ce stade de l'exposé, l'on ne peut que constater que la procédure consultative revêt une grande diversité dans ses formes et procédés et, en même temps, d'une certaine manière, masque des différences importantes de situations et d'enjeux : quels points communs entre l'avis d'une autorité administrative indépendante telle que la Commission nationale informatique et libertés et celui de la Haute Autorité de santé ; ou encore entre celui d'un comité technique d'un service de l'administration et celui d'une commission « pivot » instaurée par le décret du 7 juin 2006 au niveau départemental ?

Le pouvoir unificateur de la procédure a longtemps voilé l'enjeu et la portée de la consultation. Il n'en demeure pas moins que, par rapport à une période révolue où le privilège de la décision exécutoire offrait l'opportunité aux pouvoirs publics d'édicter des règles sans rechercher l'accord des administrés, l'administration est désormais perçue comme étant en contact direct avec les citoyens : elle consulte, elle sollicite des avis, elle découvre la pratique de la « transparence », même si, très vite, la transparence ne suffira pas.

1.5. L'influence d'autres fondements juridiques

L'intégration de la France depuis un demi-siècle dans un cadre politique et juridique plus large l'a ouverte à des influences juridiques différentes qui ont modelé le dispositif institutionnel européen et modifié le droit interne. De plus, les effets des influences juridiques ont pu être complétés par les enseignements tirés de pratiques éprouvées dans certains pays particulièrement ouverts à l'association du public à la décision. Au total, les formules classiques de consultation d'organismes ont pu, dès lors, apparaître comme réductrices ou en décalage par rapport à d'autres systèmes juridiques et, ainsi, appeler l'émergence d'autres procédés de participation au processus de décision publique.

1.5.1. L'incidence du droit européen

Deux éléments apparaissent avec évidence et influencent notre droit interne et nos pratiques administratives.

En premier lieu, alors que la tradition légicentriste fait traditionnellement, en France, une faible place à la société civile dans le processus normatif, **le droit européen est, quant à lui, largement ouvert aux acteurs de la vie économique et sociale qui ont la capacité d'influer sur la prise de décision.** Les raisons sont largement connues : d'un côté, la crainte de voir les intérêts particuliers capter et dénaturer l'intérêt général et, de l'autre, l'absence de la matrice d'un État-nation. La montée en puissance de l'influence des sociétés civiles confère au droit européen un rôle grandissant que nul ne conteste, qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite. Les principes directeurs de l'Union européenne tiennent une large place dans ce phénomène. La mise en œuvre de règles et de normes, souples et adaptables, conforte cette influence juridique. Tels sont notamment

les principes de **subsidiarité**⁷⁰ et de **proportionnalité**⁷¹, définis à l'article 5 du Traité de l'Union européenne. Dans son travail législatif, l'Union est toujours tenue de respecter ces deux principes. Des vérifications sont effectuées aux trois étapes clés du processus d'élaboration des politiques. Lors de l'approbation du programme de travail de la Commission, les «**feuilles de route**» concernant les initiatives majeures **sont publiées** afin de permettre à tous les acteurs intéressés d'en être informés en temps utile. Puis, dans le cadre du processus formalisé de l'«**analyse d'impact**», le respect des principes, notamment de subsidiarité, est vérifié lors de la prise en compte des avis émis par les parties prenantes. Enfin, une nouvelle appréciation intervient au moment de l'exposé des motifs et des considérants de chaque proposition législative. Il est vérifié que la forme et le contenu de ces dernières n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Le débat sur **la subsidiarité** et **la proportionnalité**, qui est permanent en droit européen, sera certainement encore enrichi en raison du rôle accru conféré aux Parlements nationaux par le traité de Lisbonne. Ce qui est intéressant et instructif pour notre droit interne, c'est que **le droit européen**, foisonnant et traversé par des logiques contradictoires, **utilise des outils flexibles, adaptables, mais ordonnés autour de l'interprétation des principes directeurs**, sous le contrôle du juge européen.

En second lieu, **la transparence**, qui est également un principe du droit européen inscrit aux articles 1^{er} et 10 du Traité de l'Union européenne et à l'article 15 du TFUE, fonctionne en fait comme un principe actif qui irrigue l'ensemble du droit européen et, partant, notre droit interne. **Il donne un fondement aux pratiques et démarches participatives** associant largement les parties prenantes et les groupes d'intérêt. La mise en œuvre du principe de transparence est érigée en méthode d'action. Il implique une exigence de clarté et de lisibilité des normes ainsi que d'accessibilité aisée aux règles et aux documents communautaires⁷². En 2002, la Commission européenne s'est lancée dans un exercice ambitieux intitulé : «**Mieux légiférer**» (*Better Regulation*) pour simplifier et améliorer l'environnement normatif, veiller à ce que la législation et la réglementation européennes

70. La subsidiarité est le principe directeur qui permet de faire la part entre les compétences des États membres et celles de l'Union européenne. Si un domaine relève de la compétence exclusive de l'Union, c'est évidemment à cette dernière qu'il revient d'agir ; si la compétence est partagée, le principe établit clairement une présomption en faveur des États membres appelés à agir et l'Union n'intervient – et c'est là toute la délicatesse de l'opération – que si les objectifs ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres et s'ils peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

71. La proportionnalité est le principe directeur qui permet de définir la manière dont l'Union doit exercer ses compétences, à la fois exclusives et partagées. L'article 5 § 4 du Traité de l'Union européenne dispose que le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités.

72. Voir à ce sujet le rapport décisif du « groupe Mandelkern » présidé par Dieudonné Mandelkern et remis le 13 novembre 2001 en vue du Conseil européen de Lisbonne, *Mandelkern Group on Better Regulation – Final Report*.

soient bien ciblées, correctement mises en œuvre et proportionnelles au besoin auquel elles doivent répondre⁷³.

La Cour de justice de l'Union européenne peut contrôler la légalité des actes des institutions du point de vue du respect de ces principes directeurs et ne s'en prive pas. Un exemple récent est donné par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GdR (C-92/09)*, *Hartmut Eifert (C-93/09) c/ Land Hessen*. Son point 68 dispose que le principe de transparence « [...] permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique (voir arrêts du 6 mars 2003, *Interporc/Commission*, C-41/00P, Rec. p. I-21-25.39, et du 29 juin 2010 *Commission/Bavarian Lager*, C-28/08, point 54) ». Le point 74 affirme de son côté que, « selon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union, exige que les moyens mis en œuvre par un acte de l'Union soient aptes à réaliser l'objectif visé et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir également arrêt du 8 juin 2010, *Vodafone ea*, C-58/08, point 51) ».

Au nom de la transparence, la Commission est tenue de soumettre ses propositions à une large consultation. C'est à la fois le moyen de s'assurer que tous les intérêts ont été pris en considération et celui de veiller à la qualité de la proposition. La consultation peut prendre de multiples formes, mais ce sont sans doute les expériences des Livres verts⁷⁴ et des Livres blancs⁷⁵ qui ont le plus marqué et qui ont incontestablement influencé les pratiques françaises.

1.5.2. La référence au droit américain

De nombreuses études l'attestent, il y a une vraie tradition d'échanges comparatistes entre le droit administratif français et le droit administratif américain⁷⁶. Au-delà de ces travaux académiques, le droit administratif français marque, ces dernières années, un intérêt particulier pour tout un pan du droit américain qui

73. À titre d'exemple, il a été calculé que la nouvelle réglementation européenne relative aux documents à produire et aux formalités à accomplir en matière d'assujettissement à la TVA pour les très petites entreprises (TPE) des États membres a permis d'alléger de 3,7 milliards d'euros les dépenses exposées à ce titre par les TPE.

74. Définition donnée par la Commission : « *Documents de réflexion publiés par la Commission sur un domaine politique spécifique. Ce sont avant tout des documents destinés aux parties concernées – organismes et particuliers – qui sont invitées à participer au processus de consultation et de débat. Dans certains cas, ils sont à l'origine de développements législatifs ultérieurs.* »

75. « *Documents publiés par la Commission contenant des propositions d'action communautaire dans un domaine spécifique. Ils font parfois suite à un Livre vert publié en vue d'engager un processus de consultation au niveau européen. Tandis que les Livres verts exposent un éventail d'idées à des fins de débats publics, les Livres blancs contiennent un ensemble officiel de propositions dans des domaines politiques spécifiques et constituent l'instrument de leur mise au point.* »

76. Voir notamment : « Le droit administratif français et le droit administratif américain », G. Bermann, *EDCE*, n° 42, 1990, p. 169 ; « Droit administratif et démocratie », J.-B. Auby, *DA*, n° 2, février 2006 ; « Droits administratifs américain et français », D. Custos, *Revue internationale de droit comparé*, 2-2007.

concerne **la pratique connue sous l'expression *Notice and comment* (Publier et commenter)**. Plus précisément, la procédure de *notice and comment* est une procédure d'élaboration informelle de la réglementation par l'autorité fédérale, le plus souvent une agence, **qui permet**, sous le contrôle du juge, **une participation directe et ouverte du public**. Celui-ci est informé du projet de réglementation par la publication d'un avis (*notice*) dans le *Registre fédéral* (équivalent du *Journal officiel de la République française*) ou sur le site Internet de l'agence concernée. L'information doit être complète et contenir la substance du projet, les enjeux majeurs ou les délais de réponse. Le public peut ensuite laisser des commentaires écrits (*comments*) dans une période qui ne doit pas en général être inférieure à soixante jours. Une fois la période de consultation terminée, l'agence doit tenir compte des commentaires et les analyser. La réglementation finale doit être publiée au moins trente jours avant la date de mise en œuvre effective de la règle. La réglementation est publiée au *Registre fédéral* et son préambule contient un exposé des fondements, des raisons et des objectifs de la réglementation, ainsi qu'une réponse aux commentaires laissés par le public. Les consultations directes que l'on rencontre, désormais régulièrement, en France sur les sites ministériels ou d'établissements publics doivent beaucoup à cette procédure qui existe depuis longtemps dans le droit américain.

On ne peut qu'être frappé par la présence aux États-Unis, depuis 1946, de ce qu'il est convenu d'appeler une « loi-code », l'*Administrative Procedure Act*, qui a passé presque intacte le cap de son demi-siècle. **Cette loi fédérale, très complète, porte sur la procédure administrative non contentieuse** et régit l'adoption de la réglementation par les agences fédérales. Celles-ci, comme on le sait, ont reçu, chacune dans leur domaine, délégation de la part du Congrès pour faire les règlements qui s'imposent (*rulemaking*), régler les cas particuliers en prenant les décisions individuelles nécessaires (*adjudications*) et assurer une fonction juridictionnelle. Notamment en raison de l'importance reconnue à l'*Administrative Procedure Act*, le droit administratif américain a une consistance nettement procédurale. Ainsi, lorsque l'on souhaite savoir, par exemple, pourquoi et comment il est possible d'attribuer à une même agence le pouvoir de créer des règlements, de prendre des décisions individuelles, d'engager des poursuites et juger une affaire, c'est à cette loi qu'il faut se référer. Elle fixe le principe de partage des fonctions et énonce les prescriptions d'ordre général. L'article 553 de l'*Administrative Procedure Act* établit notamment une procédure dite de réglementation informelle (*informal rulemaking*)⁷⁷. Il s'agit d'une alternative estimée très souvent préférable à la réglementation (*formal rulemaking*). Outre la procédure *notice and comment*, déjà évoquée, la phase préparatoire à la décision de l'agence peut prendre d'autres formes telles que celle d'auditions ou d'enquêtes (*hearings*) ou encore celle d'une procédure négociée dans laquelle toutes les parties intéressées doivent, après avoir débattu sous le contrôle d'un modérateur impartial (*facilitator*), s'accorder pour adopter la réglementation. Le *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 consacre cette procédure négociée, qui est destinée à compléter et améliorer le processus d'élaboration des décisions.

77. « Each agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment or repeal of a rule. »

On le voit, depuis 1946, **la procédure non contentieuse est le pilier de la démocratie administrative américaine et plus généralement du droit administratif américain**. La place de choix faite à la procédure administrative est évidemment liée à la conception de l'administration et de l'action publique qui a cours outre-Atlantique ainsi qu'à l'absence de liens organiques entre la puissance publique et les services publics. **La délégation du pouvoir législatif aux agences a nécessité l'adoption de garanties destinées à prendre en considération l'absence des représentants du peuple dans l'édiction des règles**. La procédure administrative non contentieuse, en raison des règles de transparence, d'impartialité et de responsabilité qu'elle assure, permet donc aux agences, par un effet de substitution, de participer à l'acte législatif. L'exigence de démocratie administrative, fortement ancrée dans le droit administratif américain, est comme la réplique naturelle de la démocratie politique. Dans le même esprit, deux illustrations complémentaires à l'*Administrative Procedure Act* sont fournies, d'une part, par le *Freedom of Information Act* adopté en 1966, qui, fondé sur le principe de la liberté d'information, oblige les agences fédérales à transmettre leurs documents à quiconque en fait la demande, quelle que soit sa nationalité, et, d'autre part, le *Sunshine Act*, adopté en 1976, par lequel le Gouvernement fédéral garantit la transparence dans les opérations de tous les organismes publics dont aucun membre ne doit être un employé du Gouvernement fédéral. Le développement des règles procédurales est toujours accompagné d'une vigilance sur les règles de loyauté et d'impartialité. La place prise notamment par les trois lois précédemment citées confère au droit administratif américain **une orientation fondamentalement procédurale qui n'est pas sans intéresser fortement notre droit**.

En effet, de ce côté-ci de l'Atlantique, le succès de la formule des autorités administratives indépendantes, le développement des formes ouvertes de consultation, la généralisation des bilans coûts-avantages au sein des unités administratives trouvent certainement une partie de leur origine dans l'influence du droit américain. Par ailleurs, en filigrane dans les références au droit américain, le débat sur la question du code de procédure administrative non contentieuse qui avait été rouvert au moment de la création de la Commission supérieure de codification en 1989, et qui depuis a marqué le pas, n'est certainement pas clos.

1.5.3. Les enseignements tirés des pratiques étrangères

■ Au Royaume-Uni

L'expérience britannique nous livre **deux enseignements**. Tout d'abord, elle nous montre **l'efficacité pragmatique de dispositifs textuels qui n'ont pas de force légale**. La pratique de consultations ouvertes est solidement ancrée dans la culture du Royaume-Uni. Afin d'assurer une transparence complète, les administrations britanniques doivent consulter largement et respecter les principes d'un **code de pratique de la consultation** (*Code of Practice on Consultation*). Créé en 2000, ce code, dont la troisième version est parue en 2008, a pour but d'améliorer la transparence et l'efficacité des consultations, tout en aidant le Gouvernement à s'engager dans le développement des politiques publiques. Il définit sept critères très précis de consultation mais n'a pas de force légale et ne saurait prévaloir sur toute autre disposition normative. Il est cependant considéré comme contraignant pour une liste de départements gouvernementaux et d'agences annexée au code. Les autres organisations du secteur public sont libres de s'y conformer ou non.

Pour ne pas être enfermés dans des règles formelles, les ministres peuvent, en tout état de cause, à leur niveau, décider discrétionnairement de ne pas mener la consultation selon les termes du code, dans la mesure où elle pourrait être perçue comme inappropriée, trop tardive ou disproportionnée. D'autres moyens existent alors pour recueillir l'avis des personnes intéressées tels que toute forme de consultation informelle décidée par le Gouvernement. Les autorités publiques sont toujours encouragées à être claires sur les méthodes de consultation qu'elles ont finalement choisi d'utiliser.

Le code n'a pas vocation à créer un droit pour quiconque à être consulté. Toutefois, les autorités publiques ne peuvent se départir des règles qu'il énonce, sauf circonstances spécifiques assorties de justifications dûment motivées.

La validité de la consultation est déterminée par les tribunaux selon l'approche présentée dans l'arrêt *Gunning*⁷⁸. En cas de méconnaissance d'une obligation, le résultat de la consultation pourra être considéré comme non valide et la procédure sera annulée. Tel fut le cas avec l'affaire *Greenpeace*⁷⁹ qui a permis de conforter le principe d'espérance légitime que le public est en droit d'attendre de toute consultation.

L'expérience britannique livre un second enseignement : l'existence nécessaire d'un « bras armé » pour mettre en œuvre les recommandations.

Au Royaume-Uni, les procédures de consultation sont gérées par une structure publique très efficace, le Secrétariat pour une meilleure réglementation (*Better Regulation Executive*), qui dispose de plus de deux cents agents (juristes, économistes et experts) et est en lien étroit avec le *Cabinet Office*. Le *Better Regulation Executive* est également responsable pour décider de l'opportunité de réaliser des études d'impact (voir annexe 2).

Malgré certaines objections internes relatives à l'absence de procédures formelles pour garantir la participation du public, dans toute sa diversité, au processus d'élaboration de la réglementation, l'expérience britannique fait ressortir **l'efficacité pragmatique des pratiques aboutissant**, quelle que soit la nature de la réglementation concernée, **à des documents de type *green paper* ou *white***

78. *R. v Brent London Borough Council Ex p. Gunning* (1985) : « – la consultation doit être précoce et intervenir lorsque les propositions en sont au stade de leur formation. / – la personne qui formule ces propositions doit les motiver suffisamment pour permettre de les considérer et d'y répondre de manière éclairée. / – un temps suffisant doit être laissé aux personnes consultées pour réfléchir et y répondre. / – le résultat de la consultation doit être consciencieusement pris en compte dans la finalisation des dispositions statutaires. »

79. *Greenpeace Ltd R. v Secretary of State for Trade and Industry* (2007). Le ministère du commerce et de l'industrie britannique avait publié, en juillet 2006, un rapport dans lequel le Gouvernement annonçait son soutien au développement de l'énergie nucléaire. Or, au même moment, une consultation sur le choix de développer ou non ce type d'énergie était menée. La Chambre des Lords, dans sa fonction juridictionnelle, conclut en février 2007 que la procédure de consultation avait été viciée dès lors que de nombreuses parties intéressées avaient répondu à la consultation et étaient en droit d'espérer une procédure équitable et minutieuse ; le requérant avait souffert d'une violation de son attente légitime d'une consultation complète. L'information avait par ailleurs été insuffisante pour que le public puisse donner une réponse éclairée, la majeure partie des informations n'ayant été délivrée qu'après la clôture de la phase de consultation.

paper qui synthétisent, à des moments différents de la procédure, les modifications qu'il est envisagé d'apporter au dispositif normatif.

■ Au Canada

Le Canada, caractérisé par une forte vitalité démocratique, connaît un degré important d'implication de sa société civile dans les processus décisionnels. Toutefois les citoyens canadiens entretiennent une traditionnelle méfiance à l'égard de la bureaucratie fédérale et de la classe politique. Cette situation contrastée intéresse la France en ce que les dispositifs participatifs et les différentes consultations, au Canada, avant les années 1990, ont été, comme dans notre pays, peu nombreux et donc peu influents sur le processus décisionnel. Il en va différemment au niveau local, où les citoyens canadiens sont beaucoup plus enclins à participer aux consultations ou aux débats publics menés par les autorités provinciales.

Depuis les années 1990, un rapprochement entre l'État fédéral et les associations volontaires s'est nettement manifesté, affectant notablement la nature de la participation des citoyens.

Le Canada fait figure désormais de pionnier, avec les États-Unis, dans la mise en place systématique d'études d'impact de la réglementation. Les consultations réalisées dans le cadre de l'élaboration des règlements fédéraux ont été encore renforcées par la *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation*, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007. Cette directive donne une place certaine à la consultation des parties intéressées lors de l'élaboration de la réglementation, et ce dès le début de la procédure. La réalisation d'une évaluation très en amont facilite, d'une part, l'établissement d'échéanciers de la procédure et, d'autre part, l'évaluation des différentes ressources qui devront être affectées à la mise en œuvre de la mesure. L'analyse rédigée, dénommée « énoncé de triage », permet notamment de définir le niveau de consultation nécessaire. La synthèse de ces analyses et des consultations menées débouche sur un « résumé de l'étude d'impact de la réglementation » qui sera rendu public et transmis aux décideurs politiques. Il contient une appréciation des coûts et avantages de la réglementation et de ses objectifs, des renseignements non techniques, l'identification des groupes d'intérêt qui devront être consultés sur le projet, et la manière dont la réglementation sera évaluée. La consultation peut prendre différentes formes selon la nature et l'ampleur du projet, d'une simple information à un véritable partenariat. Quand le préprojet est rédigé, il est rendu public dans la *Gazette du Canada* (équivalent du *Journal officiel de la République française*), ce qui permet aux parties intéressées de faire connaître leur point de vue une dernière fois ; la période de consultation dure ici en général trente jours. La *Directive sur la rationalisation de la réglementation* oblige les organismes à prendre en compte les commentaires reçus lors des consultations et à informer les parties concernées des choix finalement opérés. Le règlement sera enfin adopté par le gouverneur général du Canada.

L'exemple canadien montre la place prépondérante prise par l'analyse d'impact des projets et la participation des parties concernées à l'élaboration des règlements fédéraux. Il a une résonance particulière en France lorsque l'on prend la mesure des réticences initiales rencontrées au Canada face à ces consultations préalables à la décision fédérale.

■ En Suède

La Suède a une longue tradition de consultation avec les partenaires sociaux. La consultation est en principe fondée sur l'*Instrument of Government* de 1974 selon lequel les organismes et les personnes privées doivent avoir l'opportunité d'exprimer leur opinion. Cette situation globalement favorable n'a pas empêché que les procédures de consultation et d'élaboration de la réglementation aient été encore améliorées ces dernières années. Ainsi un Conseil pour une meilleure réglementation (*Better Regulation Council*) a-t-il été mis en place en 2008.

Le *Better Regulation Council* est un organe indépendant qui examine les projets de texte ayant des incidences sur le monde des affaires, la compétitivité des entreprises, et les conditions de travail dans les entreprises. Il est placé auprès du ministre de l'économie, des entreprises, de l'énergie et des communications et est composé de quatre personnalités issues du monde économique et des affaires publiques, dont les qualités et l'expérience sont unanimement reconnues. Les agences et offices gouvernementaux doivent recueillir son avis en ces matières. Il vérifie la qualité des études d'impact, donne son avis sur la manière d'élaborer la norme de la façon la plus simple possible et avec des charges administratives pour les entreprises les moins élevées possible.

L'exemple suédois montre que le nouveau « saut » qualitatif consistant à améliorer une situation déjà favorable a été rendu possible grâce à un organe dont l'indépendance est la principale force.

■ En Australie

Les pratiques administratives australiennes intéressent la France en raison du rôle que jouent certaines commissions centrales dans l'émergence des pratiques participatives dans ce pays.

L'Australie a mis en place une commission de productivité (*Productivity Commission*), organe de révision et de consultation du gouvernement en matière de réglementation et de politique macroéconomique. La Commission mène des enquêtes publiques dans de nombreux domaines (politiques de concurrence, productivité, environnement, marché du travail...).

Agence créée en 1998, elle est un organisme consultatif qui fournit en toute indépendance des informations et avis au gouvernement et met en place des procédures de participation publique.

Son indépendance, garantie par le *Productivity Commission Act* de 1998, est conférée par un budget propre et un personnel permanent. Les conseils adressés au gouvernement sont transparents et ouverts au public, comme le sont les dispositifs participatifs (auditions, ateliers, forums consultatifs...).

Les questions politiques ayant un impact notable sur les groupes sociaux et les sujets sensibles et difficiles à évaluer font l'objet d'enquêtes publiques menées par la Commission. Celle-ci reçoit une requête (*reference*) du ministère des finances qui précise le champ de l'enquête et le délai de remise du rapport.

À titre d'exemple, pour une enquête sur les congés parentaux rémunérés en Australie, conduite en 2008, la Commission a rencontré 37 organisations et individus, reçu 416 observations et conduit une série d'audiences publiques impliquant

128 participants. Le rapport⁸⁰ qui détaille les résultats et les conclusions de l'enquête est paru en mai 2009 et a débouché sur un projet de loi.

La Commission est généralement chargée de fournir au gouvernement soit une alternative entre plusieurs options, soit une option qui a sa préférence. Elle peut aussi formuler des recommandations sur tous les sujets qu'elle considère pertinents pour l'enquête. Le rapport d'enquête final doit être déposé au Parlement dans les vingt-cinq jours suivant la réception du rapport par le gouvernement. Il revient ensuite au gouvernement de prendre les décisions en réponse aux recommandations de la Commission. Cette phase est généralement accompagnée d'un débat au Parlement et d'un débat public. Les gouvernements ne sont pas tenus de suivre les conseils de la Commission mais, en pratique, il y a eu davantage de recommandations suivies que rejetées.

Un enseignement essentiel de cette procédure est que, même dans l'hypothèse où les recommandations de la Commission ne sont pas adoptées, l'élaboration des politiques publiques trouve des bases solides grâce aux informations rassemblées, à la participation du public et à l'examen des différentes propositions et idées que le processus d'enquête a recueillies et stimulées.

L'analyse des impacts de la réglementation est considérée dans ce pays comme primordiale, à tel point que l'OCDE considère les études d'impact australiennes comme les plus rigoureuses et complètes de la zone OCDE⁸¹.

1.5.4. Les influences nées des exigences du développement durable et en particulier du droit de l'environnement

L'élaboration des décisions qui ont une incidence dans le domaine environnemental a rapidement montré que les formes classiques de consultation n'étaient pas satisfaisantes et que les exigences du public en matière de développement durable impliquaient de nouveaux dispositifs associant mieux et plus directement les citoyens. Si le principe de participation n'est en rien spécifique au droit de l'environnement, il y a toutefois trouvé un large champ d'application privilégié qui ne cesse de se développer.

Ce droit, qui a pu être qualifié de « nouvelle école de la démocratie⁸² », constitue en effet un domaine particulièrement favorable aux nouvelles formules pré-alables à la décision. Il trouve ses sources dans le droit international. La nature du droit de l'environnement impliquait, dès son origine, que son élaboration reposât sur les acteurs internationaux. Les problématiques environnementales se caractérisent en effet par leur dimension transnationale. Les jalons ont été posés dès 1972, lors de la conférence des Nations unies de Stockholm sur l'environnement puis, vingt ans plus tard, par la déclaration de Rio du 14 juin 1992, dont

80. Rapport *Paid Parental Leave : Support for Parents with Newborn Children*.

81. OECD Reviews of Regulatory Reform Australia – 2010.

82. N. de Sadeleer, *Les Principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999.

le principe 10 est particulièrement fort⁸³. En application de ce dernier, et grâce à l'impulsion essentielle des travaux de la Commission économique des Nations unies pour l'Europe, sera adoptée, le 25 juin 1998, **la convention d'Aarhus** qui, pour la première fois, donne une force obligatoire aux principes de participation, d'information et d'accès à la justice en matière d'environnement.

Cette convention, dont on ne dira jamais assez l'importance, retient une définition large du droit de l'environnement et, surtout, établit des liens entre environnement et droits fondamentaux. Elle vient consacrer un droit de l'homme à l'environnement et renforce la démocratie administrative participative. La participation du public se trouve associée à la mise en œuvre d'un droit de l'homme. Parmi les trois piliers de la convention – la participation, l'information et l'accès à la justice –, le principe de participation reste toutefois le moins commenté des droits nouvellement consacrés, car il est le plus sensible et le plus complexe dans sa mise en œuvre, dès lors qu'il touche au pouvoir politique et administratif.

L'article 8 de la convention mérite d'être cité dans son intégralité. « *Chaque Partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié et tant que les options sont encore ouvertes, durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement. À cet effet, il convient de prendre les dispositions suivantes :*

- » a) *Fixer des délais suffisants pour permettre une participation effective ;*
- » b) *Publier un projet de règles ou mettre celui-ci à la disposition du public par d'autres moyens ;*
- » c) *Donner au public la possibilité de formuler des observations, soit directement, soit par l'intermédiaire d'organes consultatifs représentatifs.*
- » *Les résultats de la participation du public sont pris en considération dans toute la mesure possible.* »

En effet, il aborde la question de l'élaboration des textes réglementaires autres que contraignants en reprenant les procédures en vigueur aux États-Unis de *notice and comment*. Outre l'affirmation de ces règles, la convention organise les conditions de mise en œuvre de ce principe en garantissant un principe de non-mise en cause des personnes qui participent à ces procédures. Les fonctionnaires doivent également aider les citoyens à la participation.

L'application de la convention bénéficie de certaines garanties ; un guide d'application a ainsi été adopté en 2000 et un nouveau doit être publié en 2011. Un

83. Principe 10 : « *La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré.* »

rapport national d'exécution doit également être rédigé. Une équipe spéciale émet depuis 2008 des recommandations relatives à la participation et un comité d'examen reçoit les réclamations des États et du public.

La convention fait l'objet d'un contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, l'Union européenne étant signataire de ce texte. La CJUE a ainsi précisé, dans une jurisprudence de 2009 (CJCE 15 oct. 2009, n° C-263/08), la portée du principe de participation en affirmant que le fait pour le public de participer ne le prive pas de son droit de recours.

La Cour européenne des droits de l'homme s'inspire des principes issus des stipulations de la convention d'Aarhus sans toutefois en faire une application directe. La Cour rattache nécessairement ces principes à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à la protection de la vie privée et familiale, l'environnement étant alors regardé comme faisant partie de la vie privée de l'individu⁸⁴.

Les juges européens ont beaucoup insisté sur le droit à l'information en matière d'environnement, ce droit entrant en jeu afin de fournir une protection complémentaire à d'autres droits, en particulier ceux mentionnés à l'article 8 de la convention⁸⁵.

Si le droit international a exercé une influence incontestable dans la reconnaissance des principes de participation et du droit à l'information, il convient de relever que ces principes ont également été consacrés directement au niveau communautaire. Le droit international et le droit communautaire entretiennent des rapports d'évidente complémentarité, aussi bien dans l'élaboration que dans l'application des règles.

Le droit à l'information avait été consacré dès 1990, par la directive du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement. La consécration du droit à la participation a été plus tardive, car elle a rencontré davantage de réticences. Malgré cela il est possible d'affirmer qu'elle a été plus facilement admise au niveau communautaire qu'au niveau des États membres.

Pour tenir compte des exigences de la convention d'Aarhus, deux directives ont été adoptées en matière d'accès du public à l'information en matière d'environnement (directive du 28 janvier 2003) et de participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement (directive du 26 mai 2003)⁸⁶.

84. CEDH, Grande Chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie* : « Point 83 : Dans l'affaire Taşkın et autres c. Turquie, la Cour a complété sa jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention [européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] en matière de protection de l'environnement (aspect considéré comme faisant partie de la vie privée de l'individu) en s'inspirant largement des principes établis par la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ECE/CEP/43) (Taşkın et autres c. Turquie, § 99 et 119, 4 décembre 2003). La Turquie n'avait pas signé la convention d'Aarhus. »

85. CEDH, 19 févr. 1998, *Guerra c. Italie*. – V. aussi, CEDH, 10 nov. 2004, n° 46117/99, *Taşkın c. Turquie* – CEDH, 9 juin 1998, *Mc Ginley et Egan c. Royaume-Uni*, Rec. CEDH 1998, III, § 97.

86. F. Jamay, « Principe de participation », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2440, 13 décembre 2005.

Le droit de l'environnement est marqué par la multiplicité de ses sources qui restent foisonnantes et abondantes, à tel point que certains auteurs ont pu évoquer une « congestion source d'un affaissement normatif⁸⁷ ». Il est néanmoins indéniable qu'en raison de cette dynamique juridique le droit à la participation et à l'information est désormais mieux garanti en bénéficiant d'un cadre normatif reconnu et contraignant.

* * *

Il résulte du panorama qui précède que les différentes influences juridiques qui modifient à la marge mais souvent de façon significative le droit national et les pratiques administratives destinées à façonner les modalités de prise de décision sont nombreuses et, malgré leur irréductible originalité, largement convergentes en termes de méthodes et de résultats. L'association à la décision, longtemps réduite à des formes indirectes reposant sur les parties prenantes intéressées, doit désormais laisser plus de place à des formes plus directes et interactives. Ce phénomène ne pourra laisser l'administration indifférente.

87. S. Maljean-Dubois, « Sources du droit international de l'environnement », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2000, 15 septembre 2006.

Deuxième partie

Des principes directeurs pour consolider de nouvelles formes de consultation

Chacun en est désormais convaincu, aucune décision publique n'est reçue comme légitime si elle n'a été auparavant discutée dans un cadre collectif qui prévoit des dispositions ménageant des relations interactives. La consultation ne se valorise **que comme ouverte**, c'est-à-dire comme **une concertation** ; elle doit être beaucoup plus **précoce** et intervenir bien avant que les orientations soient pratiquement arrêtées. C'est l'enseignement tiré de la période des quinze dernières années et conforté par la comparaison avec des systèmes institutionnels, politiques et sociaux voisins.

De nouvelles formes de préparation de la décision sont apparues au cours de cette période. Elles sont riches et multifformes mais présentent encore de sérieuses faiblesses. **Leur cohabitation** avec les formes classiques de consultation qui n'ont pas disparu, et dont on a vu toutes les limites, **conduit à proposer un dispositif nouveau** qui doit **disposer d'un fondement juridique renouvelé et d'une administration** apte à le mettre en œuvre.

2.1. Les nouvelles formes de consultation présentent encore de sérieuses faiblesses nécessitant le respect de principes directeurs clairement énoncés

Les années 1980 ont ouvert, en droit interne, une féconde période de production de normes, dont la finalité était d'associer plus étroitement le public au processus de prise de décision. Ce mouvement est survenu dans un contexte marqué par **une double pression**, celle **des élus** qui revendiquent une réelle décentralisation et celle **des citoyens et administrés** qui souhaitent être plus complètement associés à la décision.

Si le droit de l'urbanisme et le droit de l'environnement ont constitué les domaines prépondérants de la reconnaissance du principe de participation des citoyens, l'administration décentralisée des collectivités territoriales fournit d'autres exemples, certes incomplètement exploités, de consultation du public.

2.1.1. Les formes nouvelles de consultation relèvent de la concertation et du débat public

Les nouvelles formules consultatives, fondées sur des procédures participatives de type « débat public », ont trouvé progressivement leur place dans un dispositif qui est toutefois encore aujourd'hui largement informel parce que incomplètement institutionnalisé.

Il était naturel, **la décentralisation aidant, que le cadre local fût l'un des lieux privilégiés du développement des techniques participatives.** Il est peu contestable que c'est la loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, dite « loi Bouchardeau » qui, alors que la loi du 2 mars 1982 sur les droits et libertés des communes, des départements et des régions n'a pas encore produit complètement tous ses effets, a initié un profond mouvement consistant à donner une portée juridique aux tentatives d'associer le citoyen au processus décisionnel. La loi du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement a ensuite permis d'associer le public très en amont de la phase d'étude des projets, avant même l'enquête publique, en introduisant l'article L. 300-2 dans le code de l'urbanisme⁸⁸. Enfin, avec la loi du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, le législateur a conforté ces principes.

Mais il faudra attendre la loi du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité, pour que le principe de participation du public ne concerne plus quasi exclusivement les domaines de l'urbanisme et de l'environnement et investisse celui de la démocratie locale. Les dispositions de l'article premier de cette loi ont en effet prévu la possibilité de création, dans les villes de plus de 80 000 habitants, des conseils de quartier et que soit élargi le rôle des commissions consultatives des services publics locaux. La loi organique du 1^{er} août 2003 relative au référendum local, la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, et la loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer organisent et précisent **le régime du référendum local, ainsi que celui des consultations et des pétitions locales.**

Ce n'est que très récemment que la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 innove en cette matière. La France, à la différence de la Suisse ou de l'Italie, n'avait jamais été concernée par un référendum national à l'initiative d'une fraction du corps électoral. La modification constitutionnelle permet désormais la tenue d'un référendum à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Il ne s'agit donc pas *stricto sensu* d'une initiative populaire, mais d'une **initiative partagée** donnant la priorité à l'action parlementaire, laquelle doit être soutenue par un mouvement populaire. L'initiative prend la forme d'une proposition de loi qui ne concerne que les matières mentionnées au premier alinéa de l'article 11 de la Constitution. Celles-ci ont été opportunément étendues par un amendement parlementaire au champ des réformes relatives à la « politique environnementale de la Nation », notamment à la mise en œuvre de la Charte de

88. Voir *infra*, 3.3.1. p. 101.

l'environnement de 2004. Un projet de loi organique a été adopté par le Conseil des ministres du 22 décembre 2010 et est actuellement examiné par la commission des lois de l'Assemblée nationale⁸⁹.

Les initiatives de consultation directe des citoyens et des administrés ne se sont donc que très progressivement installées dans le paysage institutionnel français.

Il est juste d'évoquer ici ce qui fut sans doute, en France, **un événement précurseur des nouvelles formes de participation des citoyens et des administrés**. En décembre 1988 a été engagée par le ministre des PTT de l'époque la réforme des postes et télécommunications. Comme celle-ci s'annonçait politiquement délicate et socialement risquée, une grande consultation publique présidée par Hubert Prévot, ancien commissaire général au Plan et membre du secrétariat confédéral de la CFDT, était décidée. Durant six mois, l'ensemble des acteurs intéressés sera invité à prendre part à un vaste débat caractérisé par 8 000 réunions avec les agents des PTT, 327 000 réponses d'usagers, 7 éditions d'un journal du débat tiré à 520 000 exemplaires. Le rapport Prévot fera la synthèse des échanges en juillet 1989 et l'essentiel de ses recommandations sera repris dans un projet de loi qui deviendra la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

L'étape décisive de ce long cheminement qui conduit à l'introduction en France de dispositions juridiques permettant une meilleure participation du public et une plus grande transparence dans la prise de décision fut le vote de **la loi du 2 février 1995⁹⁰, dite loi Barnier**. En prévoyant que les grandes opérations publiques d'aménagement d'intérêt national présentant un fort enjeu socio-économique ou ayant un impact notable sur l'environnement pourraient faire l'objet d'un « **débat public** » organisé par une Commission nationale du même nom, elle a créé **un nouvel élan de concertation** et de participation qui allait rapidement susciter un vif intérêt et ouvrir de larges perspectives. La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, déjà mentionnée, est également intervenue en matière de participation du public dans le domaine de l'environnement et a acté plusieurs progrès décisifs. En premier lieu, elle fait effectivement entrer le principe de participation dans l'appareil normatif du droit interne puisqu'elle modifie l'article d'ouverture (L. 110-1) du code de l'environnement, aux termes duquel le principe de participation est défini non plus comme le principe *selon lequel chacun doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement* mais comme celui qui garantit que **le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire**, par introduction d'un II-4 à ce même article d'ouverture. En deuxième lieu, cette loi crée un chapitre 1^{er} du titre II du livre I^{er} du même code intitulé *Participation du public à l'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement ayant une incidence importante sur l'environnement ou*

89. Une proposition de loi organique relative à l'initiative législative citoyenne par droit de pétition selon l'article 11 de la Constitution avait été déposée le 20 octobre 2010 par les députés F. de Rugy, Y. Cochet, N. Mamère et A. Poursinoff. Examinée en première lecture à l'Assemblée nationale, elle a été rejetée le 7 décembre 2010.

90. Loi n° 95-101 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

l'aménagement du territoire. En troisième lieu, **elle renforce le rôle et les missions de la Commission nationale du débat public (CNDP) en lui conférant le statut d'autorité administrative indépendante et en prévoyant sa saisine obligatoire** pour les projets les plus importants.

Depuis 1995, la CNDP n'a cessé de voir croître son rôle : près d'une soixantaine de débats ont eu lieu sous le contrôle direct de la Commission, depuis l'organisation entre novembre 1997 et mars 1998 du premier débat public portant sur le projet « Port 2000 » de réalisation d'un port en eaux profondes au Havre. Les deux derniers débats publics qu'elle vient d'organiser ont concerné les deux schémas de transports en Île-de-France : le projet de métro automatique en rocade dans la proche banlieue, dénommé Arc Express, et celui relatif au réseau de transport public du Grand Paris. La CNDP a été chargée de coordonner ces deux débats techniquement et politiquement sensibles. Elle a organisé des réunions communes à ces deux événements. Au terme de cette concertation s'est dégagée la perspective d'un schéma de transport cohérent.

Les modalités et méthodes d'intervention de la CNDP ont été diversifiées pour mieux s'adapter aux situations nécessairement très différenciées qui peuvent se présenter : la loi dite « Grenelle II ⁹¹ » a apporté des réponses à l'engagement n° 189 du Grenelle de l'environnement qui prévoyait de rénover la procédure du débat public, en élargissant le champ de la procédure et les possibilités de saisine de la Commission nationale du débat public. En premier lieu, afin que les cinq collèges du Grenelle de l'environnement ⁹² soient effectivement représentés au sein de la CNDP, celle-ci est désormais composée de vingt-cinq membres au lieu de vingt et un et compte aujourd'hui deux représentants des organisations syndicales représentatives des salariés et deux représentants des entreprises ou chambres consulaires ⁹³. En deuxième lieu, le débat public ne porte plus seulement sur l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales du projet, mais également sur les modalités de participation et d'information du public après le débat ⁹⁴. La phase postérieure au débat public est donc renforcée et la CNDP doit avoir connaissance des modalités d'information et de participation du public mises en œuvre pendant cette phase, ainsi que des contributions à l'amélioration du projet. De plus, la décision du maître d'ouvrage précisant les conditions de la poursuite du projet, publiée dans les trois mois après la production du bilan du débat, comportera désormais l'indication des mesures jugées nécessaires pour répondre aux enseignements tirés du débat public. En troisième lieu, la CNDP a désormais la possibilité de désigner un garant chargé de veiller à la mise en œuvre des avis et recommandations qu'elle émet. Elle peut aussi désigner un garant lorsqu'elle décide qu'un débat public n'est pas nécessaire mais qu'elle recommande néanmoins une concertation ⁹⁵. Le garant doit veiller à ce que les propositions et contre-propositions du public soient prises en compte.

91. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

92. Voir *infra* p. 62.

93. Article L. 121-3 du code de l'environnement.

94. Article L. 121-1 du code de l'environnement.

95. Article L. 121-9 du code de l'environnement.

L'institution de ce « tiers » a vocation à renforcer les garanties de bon déroulement de la concertation, ainsi que la qualité et la sincérité des informations diffusées.

Enfin, la CNDP peut être saisie par le maître d'ouvrage, dix parlementaires, une collectivité ou une association agréée de protection de l'environnement de projets publiés dont les seuils financiers ou techniques sont inférieurs aux seuils de saisine obligatoire de la CNDP.

L'annexe 3 retrace l'évolution très sensible qui caractérise la CNDP depuis maintenant plus de quinze ans et qui a pu conduire un certain nombre de parlementaires à proposer qu'elle soit appelée à assurer une fonction transversale d'organisation de tous les débats publics⁹⁶.

On le voit, **les procédures de type « débat public » se différencient nettement de celles simplement dévolues à la consultation qui se bornent le plus souvent à enregistrer les avis sur un projet déjà très élaboré.** En peu de temps, le débat public est apparu comme **l'expression emblématique des mutations qui touchent l'action publique** et des sollicitations qui s'exercent sur les autorités publiques afin qu'elles s'ouvrent à **l'examen critique par les usagers et les citoyens.** La figure du « débat public », née de la volonté de traiter de manière originale, ouverte et collective les questions d'aménagement et d'environnement, s'est banalisée et a tendance à recouvrir désormais *« toute forme, instance ou procédure de mise en discussion publique des choix collectifs »*⁹⁷.

Très logiquement, **des sujets impliquant des choix technologiques ou sociaux lourds** portant sur la bioéthique, les organismes génétiquement modifiés ou encore les ondes radioélectriques ne pouvaient plus faire, dans ces conditions, l'économie d'un **« débat national » ou d'une « grande consultation publique »**. La procédure du débat public, quelles que soient la dénomination ou les formes qu'elle prend, constitue, dès lors, un élément novateur majeur du renouvellement du processus consultatif en France⁹⁸. Qu'il s'agisse d'« états généraux », d'« assises », de « consultations nationales », de « Grenelle(s) », l'esprit est le même : **il consiste à associer tous les acteurs et parties prenantes d'un domaine devant faire l'objet d'une réforme en profondeur à un processus consultatif dont les règles du jeu, la durée, les perspectives d'aboutissement sont, aussi précisément que possible, fixées.** Il s'agit aussi d'une confrontation où les rapports de force se manifestent et se mesurent et qui recherche deux effets positifs : une prise de conscience et de connaissance de la diversité des points de vue des différentes

96. À ce titre, le député B. Panher, dans le cadre de la mission parlementaire que le président de la République lui a confiée, en octobre 2010, en vue de moderniser les modalités de prise de décisions publiques touchant à l'environnement, propose dans son rapport d'étape présenté le 2 mai 2011 de *« choisir la CNDP comme instance de référence pour l'organisation du débat public »*. Selon le rapport, elle aurait vocation à devenir *« une structure généraliste de référence du débat public, capable d'intervenir tant sur les questions de développement durable que sur les enjeux de société »*.

97. S. Rui, *La Démocratie en débat. Les citoyens face à l'action publique*, A. Colin, coll. Sociétale, 2004.

98. On remarquera que l'autre grande formule de dispositif participatif, celle fondée sur des formes d'échantillonnage de citoyens, soit par tirage au sort, soit par constitution de « panels » représentatifs de population, est peu usitée en France alors qu'elle l'est fréquemment dans les pays anglo-saxons et de l'Europe du Nord.

parties, et la conviction que, à défaut d'un consensus improbable, un compromis est nécessaire et sans doute même possible.

Forte de son succès, autant médiatique que méthodologique, la formule de la concertation ouverte et du débat public est ainsi devenue un exercice de plus en plus fréquemment utilisé, notamment dans la perspective de l'édiction de nouvelles dispositions législatives. Il a déjà été mentionné⁹⁹ que les états généraux de la santé de 1998-1999 avaient débouché sur l'adoption de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Dans la même perspective, les « états généraux de la sécurité routière » de septembre 2002 ont permis l'indispensable renforcement de la lutte contre la violence routière et le vote de la loi du 12 juin 2003¹⁰⁰. De la même façon, le débat national sur l'avenir de l'école, lancé en septembre 2003, celui sur la gestion des déchets radioactifs, entamé le 1^{er} septembre 2005, ou les états généraux de la bioéthique, inaugurés le 4 février 2009, ont débouché respectivement sur la loi du 23 avril 2005¹⁰¹, la loi du 28 juin 2006¹⁰² et sur un projet de loi actualisant la loi bioéthique de 2004, présenté en Conseil des ministres le 20 octobre 2010 et adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 15 février 2011. Le succès médiatique de la formule a pu conduire à une profusion d'événements¹⁰³. Une certaine banalisation de la procédure du débat public s'en est certainement suivie, dévoyant une partie de ses vertus dès lors que l'impact médiatique de l'« événement » est exagérément privilégié par rapport aux avantages de méthode et procédure qu'il revêt.

On rappellera néanmoins que certains débats ont largement tenu les promesses placées en eux. **Le « Grenelle de l'environnement » occupe une toute première place** à cet égard. Organisé entre juillet et décembre 2007, **il a joué un rôle de révélateur et de catalyseur de la richesse de la procédure du débat public**. La puissance de son impact ne réside pas seulement dans la force politique et sociétale de son contenu mais aussi dans la méthode qu'il a mise en action. Il a à la fois formalisé et mis en œuvre le concept de « gouvernance à cinq » : État, collectivités territoriales, entreprises, associations et organisations non gouvernementales, organisations syndicales. **Quatre phases ont rythmé le travail et sa progression**. Les cinq collègues ont dialogué au sein de six groupes de travail thématiques. Puis une phase de consultation et de débats a mobilisé des forums Internet, provoqué des réunions en région, occasionné des auditions et justifié des discussions et débats devant le Parlement. La phase de négociations impliquant les cinq collègues a ensuite permis d'analyser et de hiérarchiser le millier

99. Voir *supra*, 1.3.3.1. p. 32.

100. Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière.

101. Loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

102. Loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs.

103. Grenelle de l'insertion, 23 et 24 novembre 2007 ; Grenelle du très haut débit, 23 septembre 2008 ; états généraux de la presse écrite, 2 octobre 2008 ; états généraux de la bioéthique, 4 février 2009 ; Grenelle de la mer, avril-mai 2009 ; débat public sur les nanotechnologies, 2009 ; Grenelle des ondes, 23 avril-25 mai 2009 ; états généraux du sanitaire, 19 janvier 2010 ; états généraux de l'outre-mer, 19 février 2009 ; états généraux de l'industrie, mi-octobre 2009 à février 2010 ; états généraux de l'enfance, 16 février 2010 ; états généraux de la sécurité à l'école, 7-8 avril 2010 ; états généraux du football français, 28 octobre 2010 ; consultation nationale sur les rythmes scolaires, septembre 2010-mai 2011 ; assemblée du sport, installée avec ses cinq collègues le 29 mars 2011.

de propositions issues du débat, puis a abouti à la définition de 268 engagements. Enfin, une phase opérationnelle a vu la constitution de trente-quatre comités chargés de formaliser les propositions. Celles-ci ont été soumises au Parlement qui a voté sur la base de ce riche matériau deux lois dites « Grenelle I¹⁰⁴ » et « Grenelle II¹⁰⁵ ».

Tout le monde le reconnaît, cette concertation nationale a été utile et fructueuse, tant en termes de participation du public (ainsi les 17 réunions régionales ont rassemblé 15 000 personnes, la consultation sur Internet ayant reçu 14 000 contributions et attiré 300 000 internautes), qu'en termes d'aboutissement politique d'un débat destiné à élaborer et mettre en place une politique publique environnementale prenant en compte les avis des différentes et nombreuses parties prenantes.

Compte tenu de ce succès, on comprend dès lors que des formules similaires de concertation, sous le label de « Grenelle », ou celui des « états généraux », visant à associer largement le public et les parties prenantes, se soient depuis développées et multipliées avec des audiences et des portées variables. Le recours parfois excessif à cette formule ne retire rien à ses qualités intrinsèques. S'il n'y a pas lieu ici de dresser un bilan en termes de mise en œuvre de politiques publiques, il convient de souligner que la mobilisation occasionnée par ces événements illustre le succès de la formule et conduit à approfondir la réflexion sur la portée politique et administrative qu'elle revêt.

En particulier, il importe d'observer que, tout d'abord, **l'ouverture** du cercle des participants de la concertation bien au-delà des seuls représentants des groupes d'intérêt et, ensuite, l'intervention très **en amont** du débat public dans le processus décisionnel constituent **deux avantages inédits** de la concertation de type « débat public » qui expliquent l'adhésion qu'elle rencontre.

2.1.2. Elles s'appuient sur une inflexion sensible du droit français sous l'influence du juge

Les dispositifs participatifs ont trouvé, notamment dans le domaine de l'environnement, leur application en droit interne sous l'influence de la convention d'Aarhus dès lors que celle-ci a été ratifiée par la France par la loi du 28 février 2002¹⁰⁶ et publiée par le décret du 12 septembre 2002¹⁰⁷. Le juge administratif a précisé la portée de cette convention en droit interne.

Ainsi, **le Conseil d'État fait une application directe de l'article 6 de la convention et plus particulièrement de son paragraphe 2** depuis sa décision *Comité*

104. Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

105. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

106. Loi n° 2002-285 du 28 février 2002 autorisant l'approbation de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ensemble deux annexes).

107. Décret n° 2002-1187 du 12 septembre 2002 portant publication de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ensemble deux annexes) signée à Aarhus le 25 juin 1998.

de réflexion, d'information et de lutte antinucléaire (CRILAN) du 28 juillet 2004. Le juge administratif a ensuite reconnu des effets directs aux paragraphes 2, 3 et 7 de l'article 6¹⁰⁸.

Le Conseil d'État a toutefois considéré que les dispositions de l'article 6 paragraphe 4, 6, 8 et 9 et des articles 7 et 8 de la convention «*créent seulement des obligations entre les États parties à la convention et ne produisent pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne*» (CE, 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes* et CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*)¹⁰⁹.

Trois ans plus tard, **la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a conféré au principe de participation une valeur juridique supérieure**. En effet, la Charte de l'environnement, élaborée en 2003 dans le cadre de la commission présidée par Yves Coppens, consacre une place de choix au principe de participation et prévoit à son article 7 que : «*Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.*» La Charte s'est vu attribuer une valeur constitutionnelle par la révision du 1^{er} mars 2005. Le Préambule du texte de 1958 renvoie à la Charte, dont la valeur constitutionnelle a été réaffirmée

108. Ceux-ci prévoient, **au paragraphe 2** : «*Lorsqu'un processus décisionnel touchant l'environnement est engagé, le public concerné est informé comme il convient, de manière efficace et en temps voulu, par un avis au public ou individuellement, selon le cas, au début du processus [...]*» ; **au paragraphe 3** : «*Pour les différentes étapes de la procédure de participation du public, il est prévu des délais raisonnables laissant assez de temps pour informer le public, conformément au paragraphe 2 ci-dessus et pour que le public se prépare et participe effectivement aux travaux tout au long du processus décisionnel en matière d'environnement*» ; **au paragraphe 7** : «*La procédure de participation du public prévoit la possibilité pour le public de soumettre par écrit ou, selon qu'il convient, lors d'une audition ou d'une enquête publique faisant intervenir l'auteur de la demande toutes observations, informations, analyses ou opinions qu'il estime pertinentes au regard de l'activité proposée.*»

109. On rappellera, pour bien saisir la portée de la décision, que l'**article 6 paragraphe 4 de la convention** prévoit que : «*Chaque Partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence*» ; qu'aux termes de l'**article 6 paragraphe 6** : «*Chaque Partie demande aux autorités publiques compétentes de faire en sorte que le public concerné puisse consulter sur demande lorsque le droit interne l'exige, et gratuitement, dès qu'elles sont disponibles, toutes les informations présentant un intérêt pour le processus décisionnel visé dans le présent article qui peuvent être obtenues au moment de la procédure de participation du public [...]*», de l'**article 6 paragraphe 8** : «*Chaque Partie veille à ce que, au moment de prendre sa décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération*», de l'**article 6 paragraphe 9** : «*Chaque Partie veille aussi à ce que, une fois que la décision a été prise par l'autorité publique, le public en soit promptement informé suivant les procédures appropriées. Chaque Partie communique au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite décision est fondée*», de l'**article 7** : «*Chaque Partie prend les dispositions pratiques et/ou autres voulues pour que le public participe à l'élaboration des plans et des programmes relatifs à l'environnement dans un cadre transparent et équitable, après lui avoir fourni les informations nécessaires*» et enfin de l'**article 8** : «*Chaque Partie s'emploie à promouvoir une participation effective du public à un stade approprié – et tant que les options sont encore ouvertes – durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement [...]*»

par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-564-DC, du 19 juin 2008, à propos de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés¹¹⁰.

Le Conseil d'État, dans sa décision du 3 octobre 2008 n° 297931, *Commune d'Annecy*, affirme que « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ».

Au cours de l'année 2010, le Conseil d'État a poursuivi, dans le cadre de son activité consultative, la définition de sa position quant à la mise en œuvre de la Charte de l'environnement, notamment de son article 7 relatif à l'information et à la participation du public mais aussi, de façon inédite, de son article 3 relatif à l'obligation de prévention des atteintes à l'environnement.

En ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 3, il s'est appuyé sur sa décision contentieuse du 24 juillet 2009 *CRII-GEN*, n° 305314, qui juge que la définition des conditions de la prévention des atteintes à l'environnement ou, à défaut, de la limitation des conséquences de ces atteintes, relève de la compétence du législateur. Le pouvoir réglementaire reste compétent pour préciser les mesures d'application de ces conditions.

À l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance harmonisant les dispositions relatives à la sécurité et à la déclaration d'utilité publique des canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques, le Conseil d'État a vérifié que l'ordonnance fixe avec une précision suffisante les conditions de la prévention de ces atteintes, notamment en ce qui concerne les obligations mises à la charge des opérateurs concernés, et ne délègue au pouvoir réglementaire que les mesures d'application de ces conditions, telles que les modalités procédurales.

En ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 7 relatif à la définition des modalités d'information du public et des conditions et limites du droit de toute personne à participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, le Conseil d'État a, lors de l'examen du projet de loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche maritime, estimé que la procédure d'attribution des quotas de pêche constituait une décision entrant dans le champ de la Charte. De plus, le Conseil d'État a eu l'occasion de prendre position, à deux reprises¹¹¹, sur la conciliation nécessaire entre le droit à l'information institué par la Charte et la protection du secret de la défense nationale.

On a pu s'interroger sur l'intérêt de la constitutionnalisation du principe de participation alors qu'il avait une valeur législative et qu'il est garanti tant par le droit communautaire que par la convention d'Aarhus. La réponse peut être apportée à deux niveaux différents. D'une part, la volonté d'affirmer un droit de l'homme

110. Les requérants soutenaient que l'article 10 de la loi méconnaissait le principe posé par l'article 7 de la Charte. Le Conseil a estimé « qu'il n'appartenait qu'au législateur de préciser les conditions et limites dans lesquelles doit s'exercer le droit de toute personne à accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques ».

111. Voir p. 109 et suivantes du *Rapport public 2011 – Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La Documentation française, 2011.

à l'environnement justifie cette protection constitutionnelle¹¹². D'autre part, le droit de l'environnement est un droit essentiellement procédural et il est important de garantir la protection du cadre de vie par la mise en place appropriée de procédures effectivement à la disposition des citoyens.

La valeur constitutionnelle ainsi reconnue au principe de participation en matière environnementale n'est pas sans conséquence. En effet, cette disposition est désormais susceptible de servir de levier dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité.

Si ces interrogations ne trouvent évidemment pas toutes de réponses pour l'instant, il convient toutefois de relever que l'article 7 de la Charte de l'environnement a déjà été utilisé dans le cadre de procédures de QPC. Le Conseil d'État a été amené à préciser que la Charte ne peut être invoquée par le requérant que pour des lois adoptées postérieurement à la révision du 1^{er} mars 2005 (CE, *Mme Le Fur*, 3 novembre 2010, n° 342502). Mais il ne s'agit là que du début d'un processus qui n'a pas encore trouvé son régime de croisière¹¹³.

112. M. Prieur, « Les nouveaux droits », *AJDA*, 2005, p. 1160.

113. A. Lallet, X. Domino, « An I ap. QPC », *AJDA*, 2011, p. 375. « À ce jour, le Conseil d'État n'a pas encore eu à préciser l'articulation de la procédure de QPC avec la ligne jurisprudentielle CE, Ass., 16 déc. 2005 *Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité* et *Syndicat national des huissiers de justice* – n° 259584, [selon laquelle, s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation, il lui revient de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découlent de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle]. *Le Conseil constitutionnel a seulement jugé que la méconnaissance de sa propre compétence par le législateur ne peut être utilement invoquée, dans le cadre d'une QPC, à l'encontre d'une disposition législative antérieure à 1958 (Cons. const. 17 sept. 2010, n° 2010-28 QPC, Association sportive Football club de Metz [taxe sur les salaires]). Dans son sillage, le Conseil d'État a écarté comme inopérant, dans le même cadre, un moyen tiré de ce que le législateur n'aurait pas exercé pleinement sa compétence, au motif que la disposition contestée était antérieure à la règle constitutionnelle de partage invoquée, à savoir, en l'espèce, l'article 7 de la Charte de l'environnement (CE, 3 nov. 2010, *Mme Le Fur*, req. n° 342502, *AJDA* 2010. 2135). Ces décisions tirent la conséquence logique du principe selon lequel la compétence de l'auteur de l'acte s'apprécie à la date de cet acte. / Mais on sait que, par sa décision *CRII-GEN* (CE, 24 juill. 2009, Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique [CRII-GEN], req. n° 305314, *AJDA* 2009. 1818, *chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi*; *RFDA* 2009. 963, *concl. E. Geffray*; *Constitutions* 2010. 117, *obs. O. Le Bot*), le Conseil d'État a fait une application remarquable de la jurisprudence *Syndicat national des huissiers de justice* dans le cas particulier de l'intervention d'une disposition constitutionnelle modifiant le partage de compétence entre loi et règlement après 1958. Il a en effet constaté l'abrogation implicite, par l'article 7 de la Charte de l'environnement, de l'article L. 125-3 du code de l'environnement qui renvoyait au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les modalités de l'information du public sur les effets de la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés. / À ce stade, il est difficile de voir comment les solutions *CRII-GEN* et *Le Fur* peuvent trouver à se combiner harmonieusement. Il n'est pas très satisfaisant de dresser une muraille aussi étanche entre les questions d'abrogation implicite, d'une part, et de légalité, d'autre part, alors que le champ de la première empiète sur celui de la seconde. En l'état de la jurisprudence, nous comprenons qu'une habilitation législative antérieure à une norme constitutionnelle redéfinissant le partage de compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire ne peut être remise en cause dans le cadre de la QPC, mais seulement par le biais de l'abrogation implicite, lorsqu'il y a inconcilialité. C'est l'usage prudent, et à dire vrai, exceptionnel, de cette notion par le juge administratif qui devrait permettre une régulation du système. »*

Enfin, **un dernier jalon, qui n'est pas le moindre**, doit être, à ce stade, à nouveau signalé : le « **Grenelle de l'environnement** », dont on a déjà dit la place importante qu'il a tenue, en termes à la fois de contenu et de symbole, dans le renouveau du dialogue entre l'État et la société civile. Il a donné lieu à **l'adoption de deux lois**, complémentaires, destinées à mettre en œuvre les engagements pris lors de ce grand débat national. Tandis que **la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement** fixait les objectifs, **la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement** en a assuré la mise en œuvre. **Cette dernière loi, de 257 articles, modifie plus ou moins largement dix-neuf codes.**

2.1.3. L'administration décentralisée fournit des exemples de consultation du public au niveau des collectivités territoriales

Alors que la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions proclamait, dès son article 1^{er} : « *Des lois détermineront [...] le développement de la participation des citoyens à la vie locale* », il faudra, en fait, attendre dix ans pour que **la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République** prévoie une première procédure de consultation des électeurs de la commune, à la seule initiative des élus, concernant les affaires relevant de la compétence de la collectivité.

Dix ans plus tard encore, **la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité**, dont on a déjà eu l'occasion de dire qu'elle avait opéré un progrès novateur en instituant des conseils de quartier, a également prévu la mise en place des commissions consultatives des services publics locaux (CCSPL) dans les régions, les départements ainsi que dans les communes et établissements publics de coopération intercommunale dépassant un certain seuil de population. Ces commissions permettent de disposer d'informations sur les activités des services publics locaux qui sont confiés à un tiers par convention de délégation de service public ou exploités en régie avec autonomie budgétaire. Les associations d'usagers participent à ces commissions.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République et **la loi organique du 1^{er} août 2003 relative au référendum local** ont accompli **un pas supplémentaire** en offrant à toutes les collectivités territoriales la faculté de soumettre par voie référendaire au vote des électeurs inscrits les projets de délibération relevant de leurs compétences. **La question de l'initiative citoyenne** ne se pose pas puisque la décision de consulter les électeurs relève des autorités publiques. Mais il est vrai que, en décidant de soumettre à référendum local un projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de la collectivité ou d'acte relevant de l'exécutif dans le cadre des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité, **les autorités territoriales se dessaisissent de leur pouvoir de décision au profit des électeurs.** Les articles LO. 1112-1 à LO. 1112-14 du code général des collectivités territoriales, issus de la loi organique du 1^{er} août 2003, fixent la procédure de ce **référendum décisionnel.**

Enfin, **la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales** a permis d'étendre la consultation des électeurs aux trois niveaux de collectivités territoriales, non plus seulement les communes mais également les départements

et les régions. Toutes les collectivités locales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent y avoir recours sur des affaires ayant trait à leurs compétences. Certes, **l'initiative appartient à l'assemblée délibérante**. L'article L. 1112-16 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit, conformément à l'article 72-1 de la Constitution, qu'**un cinquième des électeurs d'une commune** inscrits sur les listes électorales et, **dans les autres collectivités territoriales, un dixième des électeurs**, peuvent demander que soit **inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité l'organisation d'une consultation** sur une affaire relevant de sa compétence. L'assemblée délibérante décide d'organiser la consultation et en définit les modalités d'organisation. Si le préfet estime que la demande d'avis est illégale, il dispose d'un délai de dix jours à compter de sa réception pour la déférer au tribunal administratif, avec possibilité d'en demander la suspension immédiate. Le tribunal administratif statue, dans le délai d'un mois, en premier et dernier ressort. Si la délibération est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le tribunal administratif se prononce dans les quarante-huit heures (art. L. 1112-17 du CGCT). En fin de parcours, **la consultation débouche sur un simple « avis »**, que les autorités locales restent **libres de suivre ou de ne pas suivre** : après avoir pris connaissance du résultat de la consultation, l'autorité de la collectivité territoriale compétente arrête sa décision (art. L. 1112-20 du CGCT).

Pendant le délai d'un an à compter de la tenue d'un référendum local ou d'une consultation des électeurs à l'initiative d'une collectivité territoriale, celle-ci ne peut organiser une autre consultation portant sur le même objet (art. L. 1112-21 du CGCT).

Très encadrée, la consultation des électeurs dans le cadre de la participation des habitants à la vie locale est difficile à mettre en œuvre. En conséquence, **les collectivités y recourent rarement** en dépit de l'intérêt qu'elle présente en termes de démocratie locale.

Le bilan d'activité de ces différents outils de démocratie locale est variable d'une collectivité à une autre, suivant les moments, les événements et les configurations individuelles et collectives que l'on rencontre sur le terrain.

Il est à noter que, depuis l'entrée en vigueur du dispositif, **aucune région ni aucun département n'a organisé de consultation locale**. Pour les communes, le recours à la procédure est quantitativement peu important. L'annexe 4 fournit les éléments quantitatifs et qualitatifs disponibles.

2.1.4. Les nouvelles formes de concertation ont été soutenues par la généralisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication

L'apparition puis la généralisation de nouveaux modes de communication confortent et légitiment les formes de consultation ouverte. En effet, ces techniques innovantes forment les outils de ce qu'il est convenu d'appeler **la « démocratie électronique »**.

Si Internet représente aujourd'hui un moyen sans égal de diffusion d'informations, il est saisissant de constater qu'au cours des toutes dernières années l'usage principal d'Internet repose sur la pratique croissante d'échanges et de partages d'informations permise par **la constitution de multiples réseaux d'utilisateurs**

de taille et de nature très variées. La participation des utilisateurs de ces outils à la production des contenus et à leur mise en relation est la grande caractéristique de ces nouveaux services. Il ne revient pas à cette étude de traiter ce qu'il est convenu d'appeler les « réseaux sociaux » en tant que tels¹¹⁴. Il est vrai que les réseaux sociaux ne sont plus le terrain exclusif de pratiques ludiques et juvéniles et qu'il s'en constitue désormais de plus en plus qui s'adressent à des professionnels, des demandeurs d'emploi, des seniors, des habitants d'un immeuble ou d'un quartier, des consommateurs, des abonnés d'une ligne de chemin de fer... La frontière entre le public et le privé est, dans ces cas, plus ténue.

S'agissant des consultations publiques, Internet et les nouvelles techniques de communication contribuent largement à favoriser l'implication d'acteurs nouveaux : membres d'associations peu connues, médias alternatifs, groupes d'intérêt isolés, experts, simples citoyens. S'instaure une sorte de démocratie directe dont les outils électroniques sont les vecteurs. À la différence des réseaux sociaux proprement dits, où les internautes préfèrent échanger avec des personnes réputées de même sensibilité, **le « forum électronique » recherche la confrontation des opinions, l'évaluation du pour et du contre, la discussion critique interactive.** Les schémas traditionnels de représentation politique et de communication par voie écrite et même audiovisuelle, sans être supprimés, sont bousculés. **À la verticalité institutionnelle succède une horizontalité réticulaire.**

Pour ce qui est des usages, les nouvelles techniques de communication peuvent remplir de multiples fonctions selon les objectifs poursuivis : **recueil d'avis, participation à la décision, évaluation des politiques publiques.**

En ce qui concerne **le recueil d'avis**, les avantages de la consultation en ligne sont nombreux : plus souples, moins contraintes, moins coûteuses, les consultations en ligne permettent d'« accélérer certains délais de traitement en évitant à l'autorité administrative de devoir attendre – parfois plusieurs mois – la réunion d'une commission consultative¹¹⁵ », et donc de répondre à la lenteur de certaines commissions administratives.

Il est intéressant de constater que les textes constitutifs de nouveaux organes consultatifs peuvent prévoir désormais une consultation électronique. Ainsi, le comité consultatif de gouvernance pour la répartition de la redevance pour pollution diffuse prévoit-il qu'« en cas d'urgence et sur décision du président le

114. **Les réseaux sociaux** manifestent une volonté, de la part de groupes plus ou moins larges d'individus de participer à un dispositif relationnel **d'échanges fondé sur relation identitaire, réelle ou supposée.** Ils relèvent de la sphère privée même si les vastes réseaux sociaux entretiennent **une confusion des scènes privées et publiques** dans la mesure où, dans la pratique, les messages interpersonnels privés sont rendus visibles dans des cercles très larges. Les grands réseaux sociaux, de type « Facebook » et « Twitter », n'ont plus depuis longtemps, un usage exclusivement « intraprivatif ». Par exemple les sites de presse ont de plus en plus recours à « Facebook » pour aller chercher des lecteurs. Le réseau social fonctionne comme un « favori » de plus en plus exclusif d'autres sites. La tendance à aller chercher l'information sur un site dédié à cette fonction est remplacée par l'arrivée de l'information à l'internaute par le réseau social. À titre d'illustration, et selon les données du journal Le Monde (en date du 9 avril 2011), les visites sur le site lemonde.fr issues de Facebook sont passées de 170 000 en février 2010 à 900 000 en février 2011. En avril 2011, lemonde.fr indique avoir 157 000 « amis » sur Facebook.

115. Rapport au Premier ministre établi sous la présidence de J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois, pour guérir un mal français*, op. cit., 2008.

*comité peut se prononcer au moyen d'une consultation électronique préservant la collégialité des débats, selon les modalités définies par son règlement intérieur. Dans ce cas, la délibération n'est valable que si au moins la moitié des membres en exercice ont pris part à la procédure*¹¹⁶ ».

Le recueil d'opinion est très simplifié grâce au recours aux forums électroniques. Ainsi, par exemple, le site forum.gouv.fr se veut une « véritable plate-forme interministérielle du débat public », permettant aux citoyens de s'exprimer en ligne sur des sujets d'actualité et de société, dans le dessein de faire remonter vers le gouvernement les opinions, avis, idées, expériences ainsi exprimés. Dans un secteur plus spécialisé, la mission de consultation sur la réforme du lycée lancée en janvier 2009 et confiée à une personnalité¹¹⁷ s'est appuyée sur un site Internet (lyceepourtous.fr) en partenariat avec un site très fréquenté par les lycéens¹¹⁸ et un « blog conversationnel » (blog.lyceepourtous.fr) qui a recueilli plus de 500 000 visiteurs, 224 tribunes, 1 400 commentaires, 404 vidéos et 10 000 votes.

Pour ce qui est de la **participation à la décision**, elle est grandement facilitée par le recours aux voies électroniques. Le monde anglo-saxon a une prédilection pour les consultations ouvertes en ligne. On a déjà eu l'occasion d'évoquer la pratique du *notice and comment*¹¹⁹ des agences exécutives américaines et celle du Royaume-Uni, où l'instance administrative compétente en matière de réforme réglementaire, le *Better Regulation Executive*, a codifié ses pratiques en matière de consultation ouverte en publiant un « *Code of practice on consultation* ».

De son côté, la Commission européenne pratique, depuis 2001, des consultations sur les politiques de l'Union européenne auprès du grand public ou de publics ciblés sur la page « *your voice* », avec une rubrique « suivi ». Environ 200 à 250 feuilles de route sont ainsi publiées sur Internet un ou deux ans avant l'adoption de la législation. La Commission ne fait que mettre en application l'article 11 du traité de Lisbonne : « *Les institutions donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union.* » En 2010, plusieurs consultations ont eu lieu¹²⁰, par exemple celles sur l'initiative citoyenne européenne ou encore sur la politique en matière de recours aux cabinets d'audit.

En France, la participation électronique a connu des avancées mais encore circonscrites. Des consultations de particuliers, d'associations, d'entreprises sont régulièrement ouvertes sur les projets de texte réglementaire. Cela a été largement le cas pour **les différentes modifications du code des marchés publics** : la refonte en 2006, les modifications de 2009 concernant la réforme des CCAG et, en 2010, celle des formulaires d'aide à la passation des marchés. Cette procédure numérique a également été utilisée pour **les consultations ouvertes sur**

116. Article 4 du décret n° 2009-1352 du 2 novembre 2009 relatif à la composition du comité consultatif de gouvernance mentionné à l'article L. 213-4-1 du code de l'environnement, JORF n° 0255 du 3 novembre 2009.

117. Le directeur de l'Institut d'études politiques de Paris.

118. « YouTube ».

119. Voir *supra*, I-5.2. p. 47.

120. http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_fr.htm.

les projets de texte soumis au Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques¹²¹. De même, **le règlement de l'Assemblée nationale prévoit que le public peut commenter le contenu des études d'impact** rédigées par les services ministériels sur le site de l'Assemblée. Les contributions des internautes ne seront pas directement rendues publiques mais seront mises à la disposition du rapporteur du projet qui pourra les incorporer à son rapport en annexe de l'étude d'impact ou bien les résumer¹²².

Au niveau local, l'insertion de l'outil Internet dans les pratiques de communication et d'action municipales est désormais fréquente et suscite un intérêt attentif et prudent des élus et un engouement, souvent sporadique, des parties prenantes locales concernées. Les forums municipaux sont nombreux ; ils ont des caractéristiques propres : l'expression relève, davantage que sur les forums nationaux, du registre de l'émotionnel ou du narratif plutôt que de l'argumentation factuelle et raisonnée ; ils sont révélateurs des tensions de l'espace local concernant les questions de l'environnement urbain (bruit, propreté, circulation) et sont un lieu de doléances voire de dénonciations plutôt qu'un espace d'élaboration de positions communes. La contribution des internautes est souvent hypothéquée par la proximité de la double médiation, technique et administrative, assurée par les gestionnaires du site municipal. Toutefois, la souplesse et l'ouverture du dispositif font souvent apparaître, de manière inattendue, des formes modestes mais inédites du processus délibératif de démocratie locale¹²³.

Même confortées par les outils et les pratiques de l'Internet, les nouvelles formes de concertation ouverte subissent des critiques dont certaines sont tout à fait justifiées

2.1.5. Les risques du recours à des formules de concertation ouverte qui sont souvent floues et ambiguës

La participation aux débats reste parcellaire

D'une manière générale, la participation aux réunions publiques et sur Internet est très inégale¹²⁴. À première vue le bilan semble très positif ; le dernier compte rendu d'activité de la Commission nationale du débat public (CNDP) fait ressortir des chiffres flatteurs : en 2010, 13 000 visites mensuelles de consultation Internet des débats publics, en moyenne (contre 3000 en 2004), et 40 700 pages Internet consultées en moyenne mensuelle (contre 13 700 en 2004)¹²⁵. On doit noter toutefois que la participation est assez faible en comparaison de l'information qui est très largement diffusée. Ainsi, pour les débats publics organisés sous l'égide directe de la CNDP, la mise en place d'un site Internet vient en complé-

121. <http://installationsclassees.ecologie.gouv.fr/-Elaboration-de-la-reglementation-.html>.

122. <http://etudesimpact.assemblee-nationale.fr>.

123. Voir sur ce sujet notamment l'étude de Stéphanie Wojcik « Les forums électroniques municipaux : un espace délibératif inédit », *Hermès*, n° 45, 2006, p. 177-182.

124. Si plus de 1 000 personnes en moyenne ont participé aux différents débats sur l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes près de Nantes, le nombre correspondant est inférieur à 100 pour ce qui concerne les réunions du débat public sur les transports dans la vallée du Rhône.

125. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 22-23 ; CNDP, *Évolution et moyens 2002-2009*, p. 40.

ment d'une diffusion sur supports papier de nombreux documents tels que dossiers, journaux, dépliants, qui atteint des dizaines voire des centaines de milliers d'exemplaires. Or la participation réelle atteint tout au plus quelques milliers de participants, lors des réunions publiques ou dans le cadre de la participation *via* Internet qui, toutefois, comme on l'a vu, est un peu plus fréquentée. Quant aux retours réels (avis, contributions, cahiers d'acteurs...), ils restent assez peu nombreux.

Cette faiblesse relative de la participation est largement indépendante de la quantité de l'information diffusée. À titre d'exemple, le débat sur les transports du Rhône a bénéficié d'une très large communication (1,8 million d'exemplaires de la carte T et du journal du débat) pour une participation relativement faible (16 000 connexions Internet et 3 200 personnes présentes aux réunions publiques, 420 avis et contributions). Un autre débat exemplaire en termes de diffusion de l'information a été celui sur le projet d'enfouissement de la RN 13 à Neuilly-sur-Seine (100 000 dépliants diffusés, 78 500 journaux édités, 20 000 tracts distribués). Il a attiré 1 700 personnes lors des réunions publiques et 8 000 internautes¹²⁶.

La formule des « états généraux » conduit au même constat. Certes, un plus large public est appelé à y participer mais le nombre beaucoup plus important de participants ne doit tromper personne. Les 200 000 participants aux états généraux de la santé et le million de participants au débat national sur l'avenir de l'école ont prioritairement concerné les professionnels des secteurs en cause, qui sont nombreux, qu'il s'agisse des agents des professions de santé ou des enseignants, ou des usagers de ces deux grands services publics, patients, élèves et parents d'élèves.

Le défaut de représentativité : ceux qui participent ne sont pas ceux que l'on attendait

La technicité des enjeux et des argumentations produit **un processus de sélection des intervenants**, au profit des experts et des « collectifs » organisés tels que les associations de protection de l'environnement ou de défense des contribuables, et plus généralement au profit de tous ceux qui disposent d'une maîtrise suffisante du savoir et de la communication. La composition des différentes commissions dont la tenue scande tout débat public est certes diversifiée mais est très représentative d'un milieu acquis à la pertinence de ces démarches. On relève une fréquence particulière des représentants de certaines professions ou catégories : techniciens ou ingénieurs de l'aménagement et de l'environnement, enseignants, responsables d'associations d'usagers, retraités de la fonction publique, professionnels du droit...

L'énoncé de l'objet du débat peut impliquer des connaissances très pointues : enfouissement des déchets nucléaires, projets de terminaux méthaniers ou encore projet ferroviaire de nouvelle ligne TGV. Dans d'autres cas, l'objet du débat est

126. D'après les chiffres tirés de 13 débats publics organisés par la CNDP (Contournement de Toulouse ; Autoroute A 16 L'Isle-Adam/Francilienne ; Projet de terminal méthanier Verdon-sur-Mer ; Projet de terminal méthanier Antifer ; Projet d'enfouissement de la RN 13 à Neuilly-sur-Seine ; Prolongement de la Francilienne A 104 ; Prolongement de l'A 12 ; Ligne LGV Poitiers-Limoges ; LGV Sud-Europe Atlantique ; Projet Iter en Provence ; Problématique des transports dans la vallée du Rhône ; Autoroute Castres-Toulouse ; Devenir de la RN 154).

si étendu (l'avenir des transports dans la vallée du Rhône, les OGM, les nanotechnologies...) qu'il est aussi souvent réservé à un public de connaisseurs à la recherche de synthèse pertinente.

Face à la **parole experte**, deux types de parole peuvent se retrouver relativisés : la **parole profane**, qui peut être soupçonnée d'une motivation et d'une mobilisation de proximité, de type « NIMBY ¹²⁷ » et la **parole engagée ou militante**. Dans les deux cas, le citoyen non expert peut être suspecté de ne servir que des intérêts particuliers ou catégoriels, donc d'être inapte à peser sur le débat. La démocratie participative censée encourager l'engagement des citoyens peut paradoxalement les décourager au nom d'une conception idéalisée du débat public.

À l'instar des experts, le rôle joué par des associations ou « collectifs » organisés peut faire écran. Leur représentativité est fréquemment critiquée. Les représentants d'usagers sont souvent remis en cause pour leur vision segmentée des problèmes. Le débat public, au lieu d'aboutir à un compromis, peut au contraire radicaliser les positions des associations et conduire à des blocages.

L'apparent déficit de représentativité du corps social concerné et ciblé engendre des **souçons d'instrumentalisation des échanges**, faute de donner des garanties de neutralité et d'impartialité. Il est donc souhaitable de faire organiser le débat par une instance indépendante, et de prévoir des procédures qui offrent à chaque groupe d'intérêt l'assurance d'être entendu.

La méfiance des élus due au conflit de légitimité

On a déjà évoqué l'attitude prudente des élus vis-à-vis du référendum local ¹²⁸. Par rapport au débat public, ils sont souvent **en position d'expectative**, voire **de retrait** quand ils ressentent son déroulement comme une procédure revêtant un certain caractère officiel pouvant remettre en cause les mécanismes de la démocratie représentative qu'ils incarnent.

On note, d'un côté, une « adhésion contrainte » dès lors qu'ils sont conscients qu'on ne peut ignorer un besoin social croissant de participation à l'élaboration de la décision publique ; de l'autre, une « réticence méfiante » due au risque de voir remise en question leur légitimité électorale par le système du débat public plus direct et interactif. Les deux attitudes se rejoignent dans une certaine appréhension face à des évolutions perçues cependant comme irréversibles.

Néanmoins, les élus ont de plus en plus tendance à reprendre, *in fine*, le débat public à leur compte, quitte à faire intervenir leurs militants pour soutenir la position choisie.

La faible incidence sur la prise de décision

Ce qui prévaut, le plus souvent, c'est le sentiment d'une déconnexion entre le débat et le processus décisionnel.

127. Acronyme de langue anglaise "Not in my backyard" signifiant que les éventuels aménagements publics d'intérêt général ne doivent pas perturber l'activité individuelle « au fond de mon jardin ».
128. Voir *supra*, 2.1.3. p. 67.

Beaucoup de citoyens considèrent, de fait, le débat public comme un alibi, au mieux destiné à informer le public, au pis visant à légitimer des projets déjà entérinés qui ne pourront être modifiés qu'à la marge.

Le même sentiment vaut pour les mécanismes de démocratie locale : aucune conclusion issue d'un débat public ou d'une consultation publique dans le cadre de la démocratie locale ne lie la compétence du conseil municipal ; la pétition impose seulement à la collectivité d'inscrire la question à son ordre du jour, les populations n'ont pas l'initiative des consultations ou référendums locaux. Quant aux conseils de quartier, la logique de la participation reste souvent celle de l'action municipale située entre support de communication pour l'équipe municipale et « guichet » des doléances ou demandes des administrés.

La convergence des critiques sociales relatives à la faible incidence sur la prise de décision conduit à s'interroger non pas sur la pertinence des consultations ouvertes, mais sur la capacité des différents acteurs du débat public à renforcer les garanties et l'efficacité de celui-ci.

2.1.6. Les enseignements tirés de l'expérience de l'Union européenne

Compte tenu de la place et du rôle du dispositif institutionnel que constitue l'Union européenne, l'expérience tirée de ce cadre juridique est très significative. Il y a lieu tout d'abord de distinguer les consultations auxquelles la Commission européenne procède officiellement en application des traités, de celles, plus informelles, qui relèvent des expertises préalables auxquelles la Commission souhaite avoir recours. On observera ensuite que, malgré une longue pratique en la matière, l'Union européenne livre une expérience incomplètement aboutie des opérations de concertation ouverte des groupes d'intérêt. Enfin, il y a lieu de tenir compte du renforcement des pouvoirs du Parlement européen et de l'attraction naturelle des citoyens vers les formes de démocratie directe qui sont à l'origine de l'initiative citoyenne européenne.

La procédure dite de comitologie

Que ce soit dans le cadre de ses compétences, dites d'« exécution », au sens du paragraphe 3 de l'article 291 TFUE, ou dans celui des habilitations législatives qui lui sont conférées par le Conseil et le Parlement européen, en application de l'article 290 TFUE, la Commission européenne se voit dans l'obligation, juridique ou de fait, de recourir à des comités, aux fins de satisfaire aux missions qui lui sont imparties par le traité, tout à la fois en matière d'« exécution normative » et d'« exécution administrative ».

L'exercice de ce pouvoir réglementaire par la Commission a suscité de la part des États membres la crainte qu'une influence excessive ne soit conférée à la

Commission par le biais de cette procédure de « comitologie ¹²⁹ ». Pour cette raison, l'Acte unique européen de 1986, complété par la première décision du Conseil du 13 juillet 1987, dite « décision Comitologie ¹³⁰ », prévoit une procédure permettant au Conseil de reprendre la main. Dans les mêmes conditions, avec le traité de Lisbonne, et en raison de la montée en puissance du Parlement européen, c'est ce dernier qui voit ses pouvoirs substantiellement renforcés dans le cadre de la procédure de comitologie.

D'une façon générale, ce sont le Parlement européen et le Conseil qui établissent les règles relatives aux modalités de contrôle, par les États membres, de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission. Comme le relève le préambule du règlement 182/2011 du 16 février 2011, « il est nécessaire de veiller à ce que les procédures pour un tel contrôle soient claires, efficaces et proportionnées à la nature des actes d'exécution, et qu'elles reflètent les exigences institutionnelles du TFUE ainsi que l'expérience acquise... ». Le processus est le suivant : la Commission prépare puis assure l'exécution de la législation de l'Union européenne en étant assistée de comités. Instances de négociation et de participation à l'élaboration de la norme, ils permettent à la Commission d'opérer un dialogue avec les administrations nationales et les milieux intéressés avant d'adopter les mesures d'exécution.

Le nombre de ces « comités de comitologie » est aujourd'hui supérieur à 250 ¹³¹, plus particulièrement présents dans quatre secteurs d'activité ¹³². Cette importance quantitative ne constitue pas le seul critère susceptible de mesurer l'intensité de l'activité de la comitologie. Le nombre de réunions, de l'ordre de 900 par an en 2008 et 2009, et le nombre d'avis émis et de mesures d'exécution adoptées,

129. Le mot « comitologie » est particulièrement ambigu et polysémique (voir, en ce sens, l'article du professeur Blumann sous le mot « comitologie » in *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 188 ; « Le processus européen de décision après le traité de Lisbonne », F. Chaltiel, *Réflexes Europe*, La Documentation française, 2010, p. 127 ; l'article « Conseil », du professeur Blumann, in *JurisClasseur Europe*, t. II, *Lexis Nexis*, mai 2010, fascicule 219). Il recouvre à la fois des procédures de répartition des compétences interinstitutionnelles dans le cadre du processus décisionnel de l'Union européenne ainsi que l'existence et les modalités de fonctionnement de plusieurs centaines de comités opérant, de ce fait, auprès de la Commission européenne. On relèvera, avec le professeur Blumann, que « la comitologie s'inspire de l'idée que dès lors que le Conseil peut habiliter librement la Commission à exercer des compétences exécutives, il peut a fortiori encadrer cette liberté en assujettissant l'autre exécutif [la Commission européenne] à prendre l'avis de comités techniques avant de statuer ». Depuis l'intervention du traité de Lisbonne, des pouvoirs comparables ont d'ailleurs été reconnus au Parlement européen. Cette procédure complexe trouve son fondement dans les articles 290 et 291 TFUE, tels que précisés successivement par les décisions du Conseil du 28 juin 1999 (Décision du Conseil, du 28 juin 1999 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission) et du 17 juillet 2006 (Décision du Conseil 2006/512/CE modifiant la décision 1999/468/CE), ainsi que par le règlement (UE/182/2011) du Parlement et du Conseil du 16 février 2011 établissant des règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

130. Décision du Conseil 87/373/CEE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission.

131. 266 très exactement au 31 décembre 2009 contre 269 au 31 décembre 2008 (rapport de la Commission SEC-2010-806 du 2 juillet 2010).

132. Entreprises et industrie : 39 ; énergie et transport : 39 ; environnement : 36 ; justice, liberté et sécurité : 24.

de l'ordre de 2000 au cours des mêmes années, sont également des indicateurs représentatifs de l'intense activité de ces comités.

Deux principes président à leur fonctionnement. En premier lieu, la Commission européenne doit soumettre toutes les mesures d'application qu'elle projette, que l'on se situe dans la procédure consultative ou dans celle d'examen, aux comités réunissant des experts des Vingt-Sept. Ces derniers les approuvent ou les rejettent à la majorité simple dans le cadre de la procédure consultative, qualifiée ainsi que pondérée dans le cadre de la procédure d'examen. En deuxième lieu, la portée des avis émis par les comités est corrélée à l'importance du sujet traité, la Commission devant « tenir le plus grand compte des conclusions se dégageant au sein du comité et de l'avis émis », sous la double réserve, d'une part, de la saisine d'un comité d'appel et, d'autre part, de l'adoption d'actes d'exécution dans des cas exceptionnels (urgence, épizootie, risques systémiques sur les marchés financiers...).

Les quatre piliers qui constituaient précédemment la comitologie, c'est-à-dire les procédures de consultation, de gestion, de réglementation et de réglementation avec contrôle ont été supprimés par le règlement du 16 février 2011, aux fins de prendre en compte la nouvelle procédure législative ordinaire prévue dans le traité de Lisbonne. Est-ce à dire que les choses sont devenues réellement plus simples ? La lecture du règlement 182/2011 peut laisser perplexe à cet égard. En réalité, tout dépend de la pratique qui va progressivement se mettre en place à compter du 1^{er} mars 2011.

En tout état de cause, **il y a lieu de relever la complexité, au niveau de l'Union européenne, des procédures consultatives participant au processus décisionnel.**

Certes, cette procédure de comitologie permet de vérifier en permanence que le projet d'acte de l'Union européenne respecte les compétences d'exécution prévues dans l'acte de base ou d'habilitation et ne méconnaît ni le principe de subsidiarité ni celui de proportionnalité¹³³. En outre, cet immense travail consultatif représente une véritable « mémoire », alors que l'on sait que la notion de travaux parlementaires n'existe pas en droit de l'Union européenne. En effet, les travaux de l'ensemble des comités sont soigneusement répertoriés dans un « registre de comitologie », accessible au public et permettant de suivre les différentes étapes de l'adoption d'une mesure d'exécution.

En dépit des efforts notables et récents de simplification en matière de comitologie, force est de constater que seuls les meilleurs experts sont à même de comprendre comment s'élabore concrètement la norme de l'Union construite dans un tel cadre.

Peut-être n'est-ce là que l'expression d'un malentendu inhérent à la construction européenne. La comitologie n'est pas, en effet, tout à fait comparable aux procédures consultatives classiques dans les ordres juridiques des États membres et est certainement autant la résultante d'enjeux de pouvoirs que le souhait de recueillir des avis aux fins de mieux légiférer.

133. Déjà précédemment analysés *supra*, 1.5.1. p. 46.

Les comités d'experts de la Commission européenne

Aux fins d'assister toujours davantage la Commission européenne dans ses missions, de nombreux comités scientifiques et techniques, plus communément dénommés « comités d'experts », ont été institués en vue de réunir en leur sein des spécialistes hautement qualifiés dans un secteur déterminé. Composés aussi bien de « sachants académiques », de fonctionnaires des États membres, de représentants des professions ou des secteurs économiques et sociaux considérés, ces experts ont pour tâche d'apporter leurs compétences sur des questions très techniques. Il s'agit ainsi tout à la fois de mobiliser des capacités d'expertise dont les fonctionnaires européens ne disposent pas nécessairement, de légitimer scientifiquement et techniquement une position déjà prise ou sur le point de l'être, de prévenir les oppositions ou encore de prendre en compte les attentes des différents groupes d'intérêt en présence.

S'élevant actuellement à **1 035**, le nombre de ces groupes ne cesse d'augmenter, semblant traduire ainsi leur nécessité. C'est d'ailleurs la Commission, instance la mieux à même de connaître ses propres besoins, qui les recrute, les réunit et assure la prise en charge matérielle de l'exercice de leurs missions. Toutefois, le Conseil a pu également être à l'origine de tels groupes d'experts.

La multiplication de ces comités d'experts peut paraître problématique, notamment parce qu'ils fonctionnent souvent de manière informelle. Ainsi, le Parlement européen se montre réticent à ce développement, estimant que ces lieux d'échange constituent des espaces de construction et de compromis à l'abri des regards, alors que c'est en son sein que doivent se situer les débats et les enjeux politiques.

Toutes les ambiguïtés caractéristiques d'un comité d'experts se retrouvent donc à Bruxelles, peut-être plus qu'ailleurs en Europe.

L'examen de la pratique quotidienne des procédures consultatives et d'expertise au sein de l'Union européenne conforte ainsi le diagnostic précédemment établi sur le fondement des observations nationales : les outils existent, ils sont nombreux ; les fonctionnalités des instances sont multiples, multiformes et souvent intriquées. Elles interviennent dans le processus de prise de décision avec des degrés d'utilité et de pertinence qui doivent être régulièrement contrôlés.

L'expérience perfectible des opérations de concertation ouverte des groupes d'intérêt

Malgré une longue pratique en la matière, l'Union européenne délivre une expérience incomplètement aboutie des opérations de concertation ouverte des groupes d'intérêt.

Pour la Commission européenne, **les échanges réguliers avec des tiers contribuent largement à améliorer la qualité de ses politiques et de ses propositions législatives.** Elle l'a exprimé officiellement pour la première fois, en décembre 1992, dans une communication très clairement intitulée « Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt ». Dans sa communication « Europe 2010 : un partenariat pour un renouveau européen » qui définit ses objectifs stratégiques pour 2005-2010, la Commission rappelle que *« les citoyens européens doivent avoir la possibilité de devenir parties prenantes dans*

la construction de l'édifice européen» et que les «notions de consultation et de participation sont inhérentes au concept de partenariat».

Cette tradition d'ouverture a été confortée et amplifiée lorsque la Commission européenne a lancé, en 2002, un vaste programme intitulé «Mieux légiférer» («*Better Regulation*») afin de simplifier et améliorer l'environnement réglementaire touchant à la prise de décision. Dans sa communication du 8 octobre 2010, la Commission estime que le programme «Mieux légiférer» a déjà donné des résultats importants en réduisant de l'ordre de 20 % les charges administratives liées à la législation existante¹³⁴. Toutefois, ce résultat n'a pas été estimé entièrement satisfaisant ni convaincant, notamment dans le déroulement du processus prédécisionnel des consultations préalables. C'est pourquoi la Commission a estimé qu'il convenait désormais de fixer des objectifs qualitatifs et de tendre vers une «réglementation intelligente» («*smart regulation*») **fondée sur le renforcement des consultations avec les parties prenantes et la multiplication des analyses d'impact**. La Commission estime que l'activité de représentation des intérêts est utile et légitime ; elle est soucieuse que les relations déployées par les groupes d'intérêt interviennent de manière plus transparente et plus responsable.

Les effets de ce programme sont recherchés à différentes étapes : dès l'examen de la pertinence des nouvelles initiatives de la Commission, lors de l'élaboration des propositions en cours de négociation et après la prise de décision. Désormais, bien que le dialogue entre la Commission et les multiples organismes de la société civile soit nécessairement multiforme et adapté aux différents domaines d'intervention, **toutes les initiatives législatives qui sont susceptibles d'avoir une incidence sensible en matière économique, sociale et environnementale doivent faire l'objet d'une analyse d'impact**. Outil conçu en 2003, l'analyse d'impact est l'un des instruments privilégiés par la Commission européenne pour «mieux légiférer». Jusqu'alors, la Commission consultait traditionnellement au moyen de Livres verts, Livres blancs, forums, ateliers, groupes consultatifs permanents, consultations ponctuelles par Internet. Les contributions des parties prenantes sont diffusées sur le site Internet Europa. De 2003 à 2008, 404 analyses d'impact ont été effectuées par la Commission, sept par le Parlement européen et une par le Conseil.

L'examen critique de cette procédure a revêtu un intérêt supplémentaire puisque **la Cour des comptes européenne a publié en 2010 un audit du dispositif des analyses d'impact intervenues entre 2003 et 2008**¹³⁵. Le rapport des magistrats confirme que l'analyse d'impact constitue effectivement l'une des pierres angulaires de la politique «Mieux légiférer» en ce qu'elle soutient de manière efficace la prise de décision au sein des institutions européennes. **Toutefois, des réserves et recommandations sont formulées**. Tout d'abord, les analyses d'impact ne sont pas mises à jour lorsque des modifications sont proposées dans le cadre de la procédure législative. Ensuite, les consultations des experts et des

134. À titre d'exemple, en 2010, une nouvelle réglementation européenne relative aux formalités et documents à produire pour l'assujettissement à la TVA des très petites entreprises (TPE) des 27 États membres a allégé de 3,7 milliards d'euros les dépenses exposées de ce chef.

135. *L'Analyse d'impact dans les institutions européennes : soutient-elle la prise de décision ?*, Rapport spécial n° 3 de la Cour des comptes européenne, 2010.

parties prenantes ne sont considérées que comme une contribution initiale aux analyses d'impact. Enfin, l'audit a montré que la Commission n'utilisait pas les analyses d'impact pour décider d'aller plus loin ou de s'en tenir au *statu quo ante*. La décision de prendre une initiative législative est généralement prise avant que le rapport d'analyse d'impact soit achevé. Les entretiens menés dans le cadre de l'audit avec les organisations de parties prenantes, les représentants des groupes d'intérêt et de la société civile¹³⁶ ont révélé que les rapports d'analyse d'impact sont une justification politique de la proposition de la Commission et non une évaluation indépendante ou, à tout le moins, documentée, à charge et à décharge, des incidences possibles de la proposition.

L'ensemble de ces réserves sera certainement source d'améliorations à venir. La dernière d'entre elles est d'importance et pose la question de l'évaluation distanciée des résultats de la consultation.

Consciente de ces imperfections, la Commission européenne a pris deux initiatives différentes mais convergentes. Tout d'abord, elle a mis en place un « comité d'analyse d'impact » qui a pour mission de réaliser un contrôle de qualité qui se veut indépendant des analyses d'impact. Il est présidé par un directeur du secrétariat général désigné par le président de la Commission et composé de fonctionnaires de la Commission, nommés *intuitu personae* et non en fonction de l'appartenance à une structure fonctionnelle. **Depuis sa mise en place en 2006, le comité a émis plus de 400 avis sur les analyses d'impact**, qui peuvent être consultés sur le site Europa. Il n'hésite pas à demander aux différents services de la Commission de reprendre leurs analyses d'impact lorsque celles-ci s'avèrent insuffisantes. Cependant, le comité d'analyse d'impact ne dispose d'aucun mandat explicite d'arbitrage, il fonctionne sur la base du consensus¹³⁷.

L'autre élément de régulation bien différent mais très emblématique mis en place par la Commission européenne, face aux insuffisances et dysfonctionnements du processus consultatif, est un dispositif destiné à conforter la crédibilité des interventions des parties prenantes qui influencent le processus décisionnel. La Commission a décidé, par sa communication du 21 mars 2007, de créer un « **Registre des représentants d'intérêt** » qui permet aux citoyens de savoir **quels sont les groupes d'intérêt généraux ou spécifiques qui interviennent dans le mécanisme d'élaboration** de la décision européenne. Tous les représentants d'intérêt sont invités à s'inscrire sur ce « Registre » qui remplace une base de données qui n'était plus véritablement mise à jour. **Les cabinets en affaires publiques et les cabinets d'avocats** exerçant des activités de « *lobbying* » doivent indiquer le chiffre d'affaires tiré de ces activités ainsi que la part relative de chaque client dans ce chiffre d'affaires. Les groupements professionnels doivent, de leur côté, publier une estimation des coûts liés aux activités de « *lobbying* » auprès des institutions européennes tandis que les organisations non gouvernementales et les groupes de réflexion doivent publier leur budget global consacré aux actions en cause ainsi que la ventilation entre les différentes sources éventuelles de

136. *Business Europe*, Eurochambres, Bureau européen des unions de consommateurs, Bureau européen de l'environnement, Fédération européenne pour le transport et l'environnement, Fédération syndicale européenne, Forum social, Fonds mondial pour la nature.

137. Entretien avec la présidente du comité le 9 novembre 2010.

financement. En même temps qu'ils s'inscrivent sur le Registre, les représentants d'intérêt adhèrent au « **code de conduite** » qui a été adopté par la Commission européenne¹³⁸. Ce code prévoit un mécanisme de contrôle, de suspension et de sanction susceptible de concerner les organismes qui font l'objet d'une plainte.

Malgré cet ensemble d'éléments positifs qui la caractérisent, **on retiendra de l'expérience de la Commission en matière de concertation préalable à la prise de décision trois enseignements qui confortent les constats relevés sur le territoire national.**

La participation des parties prenantes isolées ou ne représentant que de modestes entités **n'est pas complètement assurée** ; le traitement des informations remontant sur le site Internet pose encore de **redoutables questions de sélection et d'interprétation** et, enfin, la question de **l'instance chargée d'assurer les arbitrages et de garantir la loyauté** de la procédure n'est pas, à ce jour, complètement résolue¹³⁹.

À titre d'illustration des préoccupations qui viennent d'être évoquées et de l'utilité des outils à disposition, on mentionnera le fait que la Commission européenne, à l'initiative de son commissaire au marché intérieur et aux services, a lancé une consultation publique le 13 octobre 2010, visant à **approfondir la question sensible de l'indépendance des cabinets d'audit** vis-à-vis des sociétés auditées. Les questions soumises à la consultation sont d'importance puisqu'elles invitent à s'exprimer sur la pertinence de la simultanéité des activités d'audit et de conseil, sur les pistes de nature à éviter les conflits d'intérêt en proposant que la désignation et le niveau de la rémunération de l'auditeur soient assurés par un tiers et non par la société demanderesse ou encore sur la généralisation d'audits conjoints, conduits par plusieurs cabinets. L'analyse des réponses à la consultation publique sur ce secteur très concentré et peu enclin à la transparence devrait susciter un large écho.

L'initiative citoyenne européenne (ICE)

Le renforcement des pouvoirs du Parlement européen par le traité de Lisbonne et l'attraction naturelle des citoyens vers les formes de démocratie directe sont à l'origine de **l'initiative citoyenne européenne**.

L'idée, apparue en 2003¹⁴⁰, est de résorber le fossé démocratique perçu dans l'Union européenne en aidant les citoyens à participer directement au processus législatif. Elle est également vouée à encourager le débat public transfrontalier concernant les questions de politiques européennes.

138. C'est à l'issue d'une consultation publique, qui a eu lieu de décembre 2007 à février 2008, que ce « code de conduite » a été adopté.

139. Entretien du 9 novembre 2010 précité.

140. Les organisations non gouvernementales ont obtenu en 2003 l'accord de principe de l'introduction d'un instrument de démocratie directe dans l'ébauche du Traité constitutionnel.

Instaurée par l'article 11 du Traité sur l'Union européenne¹⁴¹, **l'initiative citoyenne européenne est une nouvelle forme de participation à l'élaboration des politiques de l'Union européenne**. Un accord final a été conclu à l'issue de discussions tripartites entre la Commission, le Conseil et le Parlement en décembre 2010 et le Parlement européen et le Conseil ont adopté en février 2011 un règlement qui définit les règles et les procédures d'utilisation de ce nouvel instrument¹⁴².

Avec l'ICE, il est permis à un minimum de un million de citoyens issus d'au moins un quart des États membres de l'UE d'inviter la Commission européenne à présenter des propositions d'actes juridiques dans des domaines relevant de sa compétence. Les organisateurs d'une initiative citoyenne doivent former un comité des citoyens composé d'au moins sept citoyens de l'UE résidant dans au moins sept États membres différents. Ils disposent d'une année pour recueillir les déclarations de soutien nécessaires. Le nombre de déclarations de soutien doit être certifié par les autorités compétentes dans les États membres. La Commission dispose alors de trois mois pour examiner l'initiative et décider de la suite à lui donner.

L'initiative citoyenne européenne (ICE) constitue **le premier instrument de démocratie directe** de l'Union européenne dans un contexte transnational. Conformément au règlement, les premières initiatives citoyennes européennes pourront être prises à compter du **1^{er} avril 2012**.

* * *

Le droit de l'Union européenne comme le droit national font cohabiter des dispositifs de consultation, de concertation et de démocratie directe, dans un apparent « flottement » qui suffit à montrer que les réflexions en cours justifient une nouvelle approche conceptuelle d'ensemble.

2.1.7. L'ensemble des évolutions constatées a débouché, en France, sur une importante réforme normative

La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, issue d'une proposition de loi dont l'auteur est le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, Jean-Luc Warsmann, est la troisième initiative parlementaire de simplification du droit de la présente législature. Face à la complexité du droit souvent dénoncée, le Parlement a souhaité prendre l'initiative de toucher à la substance et aux incidences du corpus législatif. Les deux précédentes propositions de loi, qui sont respectivement devenues la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit et la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification

141. « Des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités. »

142. Règlement n° 211/2011 du 16 février 2011 relatif à l'initiative citoyenne.

du droit et d'allègement des procédures, ont permis d'abroger un grand nombre de textes obsolètes, de clarifier de nombreux pans de la législation, de corriger des approximations de rédaction ou des erreurs de coordination et de simplifier – voire supprimer – certaines démarches administratives pesant sur les citoyens et administrés.

La loi qui vient d'être votée a plusieurs sources. Tout d'abord, certaines mesures sont issues du rapport sur la qualité et la simplification du droit, déjà évoqué à plusieurs reprises, que l'auteur de la proposition de loi originelle a remis au Premier ministre en janvier 2009, à la suite de la mission temporaire qui lui avait été confiée. D'autres mesures sont inspirées d'études du Conseil d'État. C'est notamment le cas de celles du chapitre II de la loi relative aux groupements d'intérêt public. Enfin, d'autres encore résultent du travail d'une équipe *ad hoc* de juristes et de praticiens réunie spécialement à la commission des lois de l'Assemblée nationale et qui a travaillé en liaison étroite avec les ministères et le secrétariat général du Gouvernement.

On notera que la proposition de loi a fait l'objet de la première application du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution, introduit par la révision du 23 juillet 2008, qui permet la possibilité d'un examen pour avis du Conseil d'État. L'assemblée générale du Conseil d'État a émis son avis sur la proposition de loi le 1^{er} octobre 2009.

Deux articles de la présente loi, qui en comporte deux cents, regroupés en neuf chapitres, intéressent plus particulièrement notre sujet :

■ **l'article 16** : *«Lorsqu'une autorité administrative est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalablement à l'édiction d'un acte réglementaire, à l'exclusion des mesures nominatives, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site Internet, les observations des personnes concernées. L'autorité administrative fait connaître par tout moyen les modalités de la consultation.*

» *Au terme de la consultation, elle établit une synthèse des observations qu'elle a recueillies, éventuellement accompagnée d'éléments d'information complémentaires. Cette synthèse est rendue publique.*

» *Cette consultation ouverte se substitue à la consultation obligatoire en application d'une disposition législative ou réglementaire. Les commissions consultatives dont l'avis doit être recueilli en application d'une disposition législative ou réglementaire peuvent faire part de leurs observations dans le cadre de la consultation prévue au présent article.*

» *Demeurent obligatoires les consultations d'autorités administratives indépendantes prévues par les textes législatifs et réglementaires, les procédures d'avis conforme, celles qui concernent l'exercice d'une liberté publique, constituent la garantie d'une exigence constitutionnelle ou traduisent un pouvoir de proposition ainsi que celles mettant en œuvre le principe de participation.*

» *Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article, notamment les modalités d'organisation de la consultation, dont la durée ne peut être inférieure à quinze jours.* »

■ **et l'article 70** : *«Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision.*

» *L'alinéa précédent s'applique également aux consultations ouvertes conduites en application de l'article 16 de la présente loi.* »

Le premier instaure une mesure ambitieuse de régulation entre les procédures de concertation et celles de consultation. Il permettra à l'administration de substituer à une consultation obligatoire une concertation ouverte, conduite par la voie de l'Internet. Un certain nombre d'exceptions à cette règle sont naturellement prévues ; elles ont été définies par la loi et sont rappelées ci-dessus.

Le débat entre les deux assemblées parlementaires que cet article a suscité jusqu'à la commission mixte paritaire est très représentatif des différences d'approche quant au recours aux diverses formes de consultation et de concertation et quant au rôle dévolu à Internet dans la procédure¹⁴³. En deuxième lecture, le 29 mars 2011, le Sénat a maintenu sa position de suppression de cet article au motif que, « si une commission administrative est utile, réactive et représentative, il est normal qu'elle reste consultée par l'administration, ce qui n'interdisait pas à cette dernière d'organiser, en complément, une concertation publique, par exemple sur Internet. En revanche, si une commission apparaît inutile, elle doit être supprimée purement et simplement, ou, à tout le moins, son fonctionnement doit être revu¹⁴⁴ ». **Cette position est en consonance avec une certaine approche des élus** vis-à-vis du développement des dispositifs de participation directe, encouragés par les outils modernes de communication et d'information. Beaucoup d'élus perçoivent en effet souvent **Internet comme une force d'opposition davantage que de proposition.**

Le Conseil d'État, qui, pour sa part, avait déjà, en octobre 2009, émis un avis favorable à la proposition de loi et notamment à son article 8 (devenu l'article 16 de la loi) en l'assortissant de plusieurs observations¹⁴⁵ de nature à améliorer son applicabilité, continue ici, dans le cadre d'un autre exercice que celui conduit il y a dix-huit mois, à porter un regard très favorable sur cette mesure.

Le second article de la loi votée tend à renforcer la sécurité juridique des actes pris par les autorités administratives en limitant les cas d'annulation des décisions prises après avis d'un organisme consultatif.

Il est intéressant de noter que le texte initial de cet article de la proposition, tel qu'il avait été soumis pour avis au Conseil d'État, distinguait deux cas de figure : celui où la consultation est obligatoire et celui où elle ne l'est pas. Dans le premier cas, seules les irrégularités substantielles, c'est-à-dire celles susceptibles d'avoir exercé une influence sur l'avis rendu par l'organisme consulté, pourraient être invoquées à l'encontre de la décision. Dans le cas où, bien qu'aucun texte ne prévoie une consultation obligatoire, l'autorité administrative sollicite

143. La commission des lois du Sénat considère que « *remplacer les consultations classiques des commissions par une consultation par voie électronique risquerait de discréditer ces commissions* ». Elle considère que « *l'Assemblée nationale propose une solution pour court-circuiter des commissions que le pouvoir réglementaire n'ose pas supprimer ou réformer, solution qui a, en outre, pour effet de discréditer celles qui fonctionnent à la satisfaction générale* ». Rapport de M. Saugey, n° 20, 6 octobre 2010, p. 55.

144. Rapport de M. Saugey, n° 341, 9 mars 2011, p. 28.

145. Le Conseil d'État a suggéré d'exclure du dispositif de la réforme les consultations qui traduisent un pouvoir de proposition ainsi que celles qui mettent en œuvre le principe de participation. Ces suggestions ont été intégrées dans la proposition de loi.

l'avis d'un organisme, les irrégularités qui pourraient entacher la légalité de l'avis rendu devraient être appréciées à l'aune de leur incidence sur la légalité des décisions prises.

Le Conseil d'État, dans l'avis qu'il a émis sur la proposition de loi et qui a été rendu public par l'Assemblée nationale, estimait que : « *Il n'y a pas d'obstacle à ce que, dans le cas des consultations facultatives comme dans celui des consultations obligatoires, seules les irrégularités substantielles, c'est-à-dire celles ayant exercé une influence sur le sens de la décision prise, puissent être de nature à entacher la légalité de cette décision.*

» *En revanche, la disposition du second alinéa de l'article qui prévoit que les irrégularités pouvant affecter la légalité d'un avis rendu, lorsque l'organisme consulté a été saisi de façon facultative, sont sans incidence sur la légalité des décisions prises au vu de cet avis, pourrait, le cas échéant, poser un problème au regard de la garantie des droits qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et du droit à un recours juridictionnel effectif. En outre, l'objectif de simplification poursuivi par cet article conduit à ne pas recommander d'instaurer deux régimes contentieux distincts pour les consultations irrégulières, selon qu'elles sont obligatoires ou non, la distinction entre ces deux catégories étant dans certains cas malaisée.*

» *Enfin, il y aurait lieu de prévoir expressément que la présente disposition s'applique au cas des consultations ouvertes prévues par l'article 8 de la proposition de loi.* »

Prenant en considération la recommandation du Conseil d'État, la commission des lois de l'Assemblée nationale a apporté une modification majeure à l'article en cause par un amendement adopté en première lecture : **la distinction entre les consultations obligatoires et les consultations facultatives a été ainsi effacée.** Il a été considéré en effet que la disposition qui prévoyait que les irrégularités pouvant affecter la légalité d'un avis rendu, lorsque l'organisme consulté a été saisi de façon facultative, sont sans incidence sur la légalité des décisions prises au vu de cet avis, pouvait poser un problème au regard de la garantie des droits qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et du droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a donc été estimé qu'une irrégularité susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de l'avis rendu, même s'il n'était pas requis, devait conduire à l'annulation contentieuse de la décision administrative prise au vu de cet avis. C'est un régime unique qui a été retenu, que la consultation soit obligatoire ou non. Le Sénat n'a pas modifié cette approche¹⁴⁶ et la disposition a été votée selon cette logique.

146. En revanche, le Sénat a précisé le point d'application de l'incidence éventuelle de l'irrégularité de procédure. Il a relevé que la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale pourrait conduire à l'annulation d'une décision administrative lorsqu'une irrégularité a certes eu une influence sur le sens de l'avis rendu par l'organisme, mais n'en a pas eu sur la décision prise par l'administration. Or, il convient de sanctionner les irrégularités qui ont eu une influence sur le sens de la décision prise et non sur le seul sens de l'avis. À titre d'exemple, si, par suite d'une irrégularité, un avis, au lieu d'être favorable, devient défavorable mais que la décision ne tient manifestement pas compte de cet avis, il n'y a pas lieu de prévoir l'annulation contentieuse de cette décision.

Ces deux dispositions modifient toutefois sensiblement la perspective consultative telle qu'elle était jusqu'à présent perçue tant par l'administration, par les administrés que par le juge ; la première, par la substitution assez radicale qu'elle opère : la concertation ouverte, conduite par la voie électronique, est clairement préférée à la consultation obligatoire ou non d'un organisme consultatif institué, sous les réserves d'exceptions déjà indiquées ; la seconde, par une modification sensible des lignes qui guidaient une jurisprudence, certes pragmatique, mais parfois perçue comme hésitante et peu prévisible.

La loi vient de donner deux outils neufs. L'avenir prochain dira l'usage qui en sera fait.

Dans la troisième partie de l'étude sera examiné, sur ces bases nouvelles, le cadre dans lequel des évolutions de jurisprudence pourraient survenir.

* * *

Les vecteurs et les outils de la participation du public au processus décisionnel existent. **Et pourtant prévaut l'idée que le dialogue entre l'État et la société civile ne fonctionne pas bien.** En France, on consulte beaucoup, mais on le fait sans chercher à construire une décision qui serait la résultante d'un consensus ou, plus probablement, d'un compromis. On préfère **la confrontation suivie d'une décision unilatérale ou la consultation-information qui n'a pas vocation à changer le contenu de la décision déjà arrêté** parce qu'il a préalablement été négocié ailleurs que dans l'enceinte de la discussion officielle.

Cependant, il est possible de déterminer les ressorts sur lesquels il faut agir pour que le temps, l'énergie et les moyens consacrés à la concertation soient utiles à l'amélioration de la qualité de la prise de décision.

2.2. Dégager des principes directeurs clairs à partir de prémisses ambitieuses

2.2.1. Les prémisses

On l'a vu, l'entreprise de réduction du nombre de commissions et conseils est sans doute utile mais n'apporte pas, en elle-même, la solution au dérèglement de notre système de consultations. La rationalisation du nombre d'organismes n'empêchera pas la création de nouvelles commissions, estimées politiquement ou socialement nécessaires. C'est pourquoi, **au lieu de limiter les ambitions à la réduction drastique du nombre des commissions et des consultations obligatoires, il est estimé que l'énoncé et la mise en œuvre de quelques critères clarificateurs de nature à réguler le dispositif consultatif seraient nettement préférables.** Ces critères, au nombre de deux, peuvent se combiner.

Le premier porte sur le choix du moment de la consultation par rapport à la décision, selon que celle-ci est projetée à moyen terme ou qu'elle est prochaine, voire imminente. **Le second porte sur la densité des formalités procédurales.**

L'articulation de ces critères conduit à présenter **la problématique et l'hypothèse de travail** destinées à apporter une solution à la situation paradoxale rencontrée : **pléthore d'organismes consultatifs et déficit de dialogue avec la société civile.**

La problématique et l'hypothèse de travail peuvent être ainsi formulées : **il s'agit de simplifier les procédures inutilement complexes ou devenues formelles, à l'aval, c'est-à-dire lorsque la décision est proche et, *a contrario*, de mieux encadrer, par des garanties et procédures minimales, les consultations ouvertes qui interviennent beaucoup plus en amont de la décision et qui sont souvent fragmentaires, sans suivi ni suites formels.**

La cohérence et la cohésion de la consultation gagneront à un enchaînement qui consiste à mener de manière très précoce, en amont, des concertations ouvertes pour alléger au maximum les consultations d'aval, formelles et peu utiles.

Les deux formes de consultation, celle, classique, des organismes institutionnels et celle, plus récente, ouverte à tous les protagonistes de l'administration, ne doivent pas être opposées mais conciliées dans un rapport de proportion de temps maîtrisé par le maître d'ouvrage de la concertation et le décideur final.

Ce dispositif en deux étapes doit être adapté, dans sa conception et son ampleur, à la nature de la réforme en cause. Ainsi, par exemple, la réforme de la dépendance ne nécessite pas la même procédure de concertation-consultation que celle de la tarification du remboursement des médicaments ; la réforme des rythmes scolaires des élèves obéit à un autre calendrier de concertation que celle du statut des bibliothécaires-documentalistes des lycées et collèges.

Pour autant, si toute décision administrative ne mérite pas nécessairement la densité procédurale maximale, une liaison et une cohérence de deux phases distinctes s'imposent :

■ La première, très en amont, démarre avec l'expression, de la part de l'initiateur du projet, de l'intention de modifier l'ordre juridique et fonctionnel établi. Cette phase, qui s'accompagne de contacts souvent bilatéraux avec les groupes d'intérêt, la plupart du temps dans un contexte d'« informalité » et parfois de confidentialité, voire de secret, gagnerait à être mieux organisée. Au terme de cette première phase, le décideur formalise le projet sous la forme d'un texte, projet de loi ou projet de décret, et le met en consultation.

■ La seconde phase, beaucoup plus formelle, est rythmée par des consultations, obligatoires ou non, qui peuvent avoir leur intérêt et leur utilité, mais dont l'apport constructif, innovant et réactif ne doit pas être surestimé, surtout dans la perspective de mise en œuvre de l'article 16 de la nouvelle loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Cet apport « créatif » et « réactif » a vocation à intervenir dans la phase précédente. En revanche, au cours de la seconde phase, se trouve privilégiée l'intervention d'acteurs institutionnels, membres des « instances » consultatives, qui ont leur rôle, souvent très prévisible, à jouer.

La césure ainsi observée entre les deux phases telles qu'elles fonctionnent actuellement est dommageable, car **la première phase est insuffisamment transparente et la seconde est excessivement formelle.** Il faut concilier ces deux périodes tout en donnant une claire priorité à la première.

C'est à **la correction de cette situation** que s'emploieront les propositions avancées dans la dernière partie du rapport autour d'**une idée force simple et robuste : moins de formalisme tardif et plus d'anticipation largement ouverte à la discussion.**

2.2.2. Retenir des principes directeurs propices à une consultation ouverte et progressive, organisée sans la contrainte de règles excessivement formelles

Il est clair que l'hypothèse générale qui est faite est que plus les concertations ouvertes d'amont, de type « débat public », se multiplient, plus elles doivent être conduites de manière rigoureuse et exemplaire afin de donner au processus décisionnel une grande efficacité et une large légitimité.

Six principes directeurs, dont la mise en œuvre est de nature à favoriser le bon déroulement de ces événements, **peuvent être présentés.**

Garantir l'accessibilité des informations

Il n'y a **pas de concertation digne de ce nom** sans une mise à disposition de toutes les informations de nature à permettre à tous les interlocuteurs, parties prenantes, groupes d'intérêt, associations, ONG, organisations professionnelles et syndicales, représentants des employeurs et des salariés, personnels, corps intermédiaires concernés, de prendre part au débat. **L'information doit être accessible, fiable et «sourcée».**

L'obligation de transparence ne connaît que **les trois limites habituelles** : celle fondée sur le respect du secret de la vie privée des personnes, celle de ne pas mettre en danger la sécurité nationale et celle visant à ne pas porter atteinte au secret nécessaire à la performance économique des entreprises. Ces restrictions doivent elles-mêmes être entendues restrictivement : les informations problématiques doivent pouvoir être communiquées au Parlement dans les conditions de confidentialité habituelles, ou à une instance de médiation ou encore à un tiers garant, moyennant anonymisation ou traitement statistique¹⁴⁷.

Assurer le dépôt des observations et favoriser leur publicité

En retour, les observations de tous les interlocuteurs doivent pouvoir être recueillies, validées et, le cas échéant, transmises à l'ensemble des autres partenaires.

Garantir l'impartialité et la loyauté de l'organisateur de la concertation et mettre en place, le cas échéant, un « tiers garant »

Une règle de bon sens voudrait que le maître d'ouvrage de la réforme ou de l'opération en cause ne soit pas l'organisateur de la concertation. Lorsqu'il n'existe pas, dans le domaine concerné, une autorité administrative indépendante pour conduire les débats, il est souhaitable de faire appel à une instance de médiation

147. Un exemple récent illustre l'équilibre à trouver entre la connaissance des informations et les limites à une diffusion trop précise des données. Dans le cadre de l'amélioration de l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'accident de la circulation routière, il est prévu qu'une base de données accessible par Internet recense l'ensemble des transactions survenues et des décisions juridictionnelles rendues en détaillant les indemnisations versées, poste par poste. Le Conseil d'État, saisi de ce projet – il s'agit en l'occurrence d'une proposition de loi –, a suggéré que soit consultable par le public un référentiel national, élaboré à partir du traitement statistique du contenu de la base de données, qui retracera de manière détaillée mais agrégée tous les éléments relatifs aux montants moyens alloués par poste de préjudice.

ou un « tiers garant » désigné parmi des personnalités incontestables. Dès lors que l'interactivité entre l'administration et les protagonistes, et surtout entre les protagonistes eux-mêmes, est encouragée, il est nécessaire de « discipliner » la concertation par un régulateur dont la nature est adaptée à l'importance du débat. Il doit y avoir, en tout état de cause, une « pédagogie du dialogue ».

Assurer des délais raisonnables aux citoyens ou aux organismes représentatifs pour s'exprimer

C'est, là encore, une disposition de bon sens mais qui doit être constamment rappelée en raison de la survenance de circonstances inattendues de nature à justifier la remise en cause de ce principe. Le délai doit être connu lorsque le retour est demandé. Il peut être bref, si les circonstances l'exigent et si celles-ci sont explicitées par ceux qui l'invoquent.

Veiller à la composition des organismes consultés : n'oublier personne tout en s'assurant que les grands équilibres fondés sur les règles de représentativité sont globalement respectés

Il s'agit toujours d'un exercice délicat où l'arithmétique est bonne conseillère mais ne peut généralement suffire à définir la bonne composition. La nouvelle gouvernance à cinq du Grenelle de l'environnement a ouvert des pistes pour des compositions renouvelées d'organismes ou instances. La nouvelle composition du Conseil économique, social et environnemental (CESE) montre également qu'il est possible de faire évoluer, à effectif constant, la mesure de la représentativité fixée depuis longtemps d'un ou plusieurs groupes d'intérêt. En la matière, permettre de recueillir l'avis de tous ceux qui acceptent les règles et la déontologie du dialogue est préférable à la mise en œuvre des règles strictement homothétiques de l'audience effective.

Donner les informations sur les suites projetées, dans un délai proportionné à l'importance de la réforme

Ce point est capital. On notera d'ailleurs que la loi Grenelle II du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a apporté de nombreuses modifications au code de l'environnement pour tenir compte de cet impératif¹⁴⁸.

148. **Article L. 121-13** du code de l'environnement (loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 – article 246) : « *Lorsqu'un débat public a été organisé sur un projet, le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet décide, dans un délai de trois mois après la publication du bilan du débat public, par un acte qui est publié, du principe et des conditions de la poursuite du projet. Il précise, le cas échéant, les principales modifications apportées au projet soumis au débat public. Il indique également les mesures qu'il juge nécessaire de mettre en place pour répondre aux enseignements qu'il tire du débat public. Cet acte est transmis à la Commission nationale du débat public. / Lorsque le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet est une collectivité territoriale, cet acte donne lieu à une délibération.* »

Article L. 121-13-1 (id.) : « *Le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet informe la Commission nationale du débat public, pendant la phase postérieure au débat public jusqu'à l'enquête publique, des modalités d'information et de participation du public mises en œuvre ainsi que de sa contribution à l'amélioration du projet. / La Commission peut émettre des avis et recommandations sur ces modalités et leur mise en œuvre. / Le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet peut demander à la commission de désigner un garant chargé de veiller à la mise en œuvre des modalités d'information et de participation du public.* »

Au-delà de cette obligation liée à ce domaine spécifique, il y va du respect du processus itératif et progressif qui caractérise toute démarche délibérative.

Forte de ces principes directeurs, la consultation ouverte de type « débat public » a davantage de chances d'être le levier novateur d'un processus décisionnel au sein duquel la participation du citoyen serait plus effective.

Troisième partie

Vers l'« administration délibérative »

Les propositions formulées dans cette troisième partie de l'étude visent à dessiner les traits de ce qu'il a été décidé d'appeler l'« administration délibérative ». L'usage des guillemets veut signifier qu'il convient, d'emblée, de préciser la formule pour lui retirer tout caractère provocant ou abscons.

Il ne s'agit évidemment pas, par cette proposition ainsi formulée, de porter atteinte à la figure de la démocratie représentative, ni de conférer à l'administration un pouvoir qui relève des organes délibératifs que sont le Parlement ou les conseils délibérants des collectivités territoriales.

L'expression est forgée à partir du concept de « **démocratie délibérative** » en vertu duquel ce sont **la clarté et la loyauté de la procédure et du débat qui fondent la légitimité de la décision.**

Ce qui est délibératif, c'est la procédure et non la décision.

Le Conseil d'État estime que **l'administration gagnerait à prendre en compte cet objectif de dialogue interactif, maîtrisé et transparent dans ses processus d'action et de gestion.** Or, s'il n'y a pas de débat sur la pertinence de l'objectif, sa mise en œuvre concrète et quotidienne fait souvent défaut au motif que l'administration n'est pas toujours très attentive à la qualité de ses prestations.

Si, en raison de son caractère peu habituel, on voulait substituer une autre formulation à l'expression « administration délibérative », on pourrait retenir une périphrase qui soulignerait le rôle de l'administration vis-à-vis des citoyens et usagers dans la préparation et l'exécution de la décision ; on pourrait parler d'une « administration à l'écoute de la société » ou encore d'« administration actrice de la démocratie délibérative ». Quel que soit le terme retenu, il doit être clair que la décision finale, au terme du processus préparatoire, reste l'apanage du pouvoir politique. Les observations qui suivent viennent à l'appui de la « soutenabilité » de la formule proposée et surtout de la pertinence des mutations de l'administration déjà observées qui doivent être amplifiées, en raison notamment de la nécessité de « consulter autrement et de participer effectivement ».

Les propositions avancées pour favoriser d'autres formes de consultation et une participation effective des citoyens au processus décisionnel peuvent être regroupées au sein des propositions d'action suivantes :

- dessiner les contours de la bonne administration qui commandent la mise en place de procédures destinées à la fois à protéger les droits des citoyens et à délivrer aux administrés des prestations de qualité ; faire en sorte que citoyens et administrés participent à l'élaboration des décisions de manière délibérative, dans le respect de garanties procédurales ;

- poursuivre l'effort de simplification des procédures de consultation des organismes institutionnels pour redonner du sens à la démarche purement consultative ;
- favoriser le développement de concertations ouvertes et de procédures de participation du public régulées par un corpus de principes directeurs figurant dans une « loi-code » ;
- utiliser toutes les potentialités des études d'impact ;
- maîtriser toutes les capacités offertes par Internet et exploiter les potentialités de l'e-démocratie ;
- redéfinir le rôle et la place d'instances régulatrices de la procédure et notamment celles d'un « tiers garant » ;
- réexaminer les conditions du contrôle contentieux des dispositifs de concertation et de consultation.

Les principes clés sont : « à chaque réforme, son débat », « pas de décision sans débat et pas de débat sans décision ou, à tout le moins, sans conclusion clairement expliquée et précisément assumée ».

3.1. Faire de l'administration « délibérative » l'une des composantes du principe de bonne administration

« Consulter autrement, participer effectivement » invite à suivre un cheminement organisé et maîtrisé qui conduit à la décision. Les conditions de la préparation de celle-ci reposent sur l'action de l'administration à la fois organe dédié à cette mission et « corps constitué » avec ses règles, ses pratiques, ses valeurs et avec les hommes et femmes qui la servent. Aussi ne serait-il pas pertinent de faire des propositions dans le cadre de cette étude sur les consultations et les concertations préalables à la décision sans avoir, auparavant, mieux cerné **le rôle et la méthode d'action de l'administration chargée de la conduite des opérations préparatoires à la décision**. Il existe en effet un lien étroit entre ce que **fait** l'administration dans ces moments où la décision s'élabore et ce qu'elle **est**, entre son rôle et sa nature. Le « consulter autrement » et le « participer effectivement » révèlent l'émergence d'une administration d'un type nouveau qu'il convient maintenant de caractériser.

3.1.1. Les fondements de l'administration délibérative

La réforme administrative est un thème récurrent de la science administrative comme de l'action administrative. Sur les vingt-cinq dernières années, beaucoup de réformes se sont succédé : des « cercles de qualité » de 1986 à la « révision générale des politiques publiques » de 2007, du « renouveau du service public » de 1988 à la « réforme de l'État » de 1995, puis à la « réforme de l'administration territoriale de l'État » de 2009-2010, de la décentralisation de 1982 aux différentes réformes des collectivités territoriales, notamment la dernière, celle du 16 décembre 2010. Ce n'est pas le lieu ici de faire le bilan de ce mouvement de réformes ; toutefois, une ligne générale se dégage autour de la responsabilisation

des acteurs à tous les stades de la chaîne de l'action administrative et de la qualité des prestations assurée aux citoyens et aux administrés au moindre coût pour la collectivité. Les responsables politiques, les spécialistes de science et de sociologie administratives, les fonctionnaires eux-mêmes sont à la recherche de la « bonne administration ». La présente étude se voudrait une contribution à cette investigation.

Si le droit national est d'un faible secours pour définir ce qu'est la « bonne administration », en revanche on peut voir dans l'**article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**¹⁴⁹, qui consacre « le droit à une bonne administration », l'une des sources de l'« administration délibérative ».

Certes, les dispositions de l'article 41 de la Charte se situent dans le champ des droits individuels mais elles ont le mérite de formaliser ce que recouvre le droit à une bonne administration. En effet, ce droit consacre une évolution progressive et pragmatique des ordres juridiques internes et de l'Union européenne, qui refusent de ne voir le droit administratif que comme un ensemble de règles exorbitantes du droit commun et qui l'inscrivent dans la sphère des droits et libertés fondamentales. La doctrine est certes partagée sur la portée à donner à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en général et à son article 41 en particulier. Pierre Delvolvé¹⁵⁰ voit dans l'article 41 une affirmation vague et générale, tandis que Jacqueline Dutheil de la Rochère¹⁵¹ estime qu'il représente un progrès en tant que droit fondamental obtenu par l'intermédiaire des principes généraux. Quoi qu'il en soit, dans la lignée classique du droit européen, les droits reconnus dans le cadre du « droit à une bonne administration » sont des droits subjectifs dont les individus peuvent effectivement invoquer directement la méconnaissance¹⁵². Le droit à voir son dossier traité avec impartialité, dans un délai raisonnable, le droit à être entendu, le droit d'avoir connaissance des motivations de l'administration sont **des droits qui renvoient au respect de procédures qui protègent les citoyens**. Cette approche ne surprend pas ; elle est

149. La Charte a été signée et proclamée par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Son article 41, intitulé « **Droit à une bonne administration** », prévoit que : « 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. / 2. Ce droit comporte notamment : le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ; l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. / 3. Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres. / 4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue. »

150. P. Delvolvé, « Rapport général », in *Conseil de l'Europe – À la recherche d'une bonne administration*, 2007.

151. J. Dutheil de la Rochère, « The EU and the individual fundamental rights in the draft constitutional treaty », *Common Market Law Review*, avril 2004.

152. La jurisprudence du Tribunal de première instance de l'Union européenne (TPIUE) est plus nuancée puisque le moyen tiré de la violation globale du droit à la bonne administration reste irrecevable à défaut pour le requérant d'avoir invoqué précisément un manquement à l'un des droits précis mentionnés à l'article 41 de la Charte (TPIUE, 4 oct. 2006, *Tillack c/Commission*, n° T-193/04, point 127).

totale­ment conforme au droit européen qui donne une place centrale à la procédure et notamment aux droits de la défense. La Charte fait un pas supplémentaire en définissant la « bonne administration » comme étant celle qui assure le respect et la mise en œuvre des droits subjectifs qui figurent à son article 41. Le droit à l'audition (*le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre*); le droit à l'information (*le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne*; *l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions*) sous-tendent le principe de participation du citoyen au processus de décision. Si l'on ajoute le devoir d'impartialité et le respect de délais (*Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable*), on dispose des éléments d'une **procédure délibérative** tournée vers la préparation de la meilleure décision possible et la recherche des garanties pour l'atteindre.

En droit interne, la **loi du 12 avril 2000** relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, et notamment son article 2¹⁵³, donne, dans le même esprit, et s'agissant des droits individuels, **une référence à la bonne administration**. Elle définit les conditions du dialogue entre le citoyen-administré et l'administration et constitue un guide, en ce sens, pour **une administration respectueuse des procédures reconnues au citoyen et à tous ceux qui sont au contact de l'administration**.

Enfin, la philosophie politique fournit une source juridique à partir de laquelle est forgée, dans les années 1980, la notion de « **démocratie délibérative** ». Celle-ci dispose que la légitimité de la décision politique est de **l'ordre procédural et discursif**¹⁵⁴. « Le principe de la légitimité démocratique doit être recherché dans le processus de formation de la volonté collective, non pas dans cette volonté elle-même¹⁵⁵. » **La légitimité d'une décision**, selon les auteurs à l'origine de la notion de démocratie délibérative, **dépend moins de son contenu intrinsèque que des conditions de son élaboration. La décision est légitime**, dès lors qu'elle résulte **d'un cheminement progressif au cours duquel le public et les parties prenantes ont été en mesure de participer à un processus qui a abouti à la prise de décision. Cette légitimité est seulement d'ordre procédural**.

3.1.2. Les caractéristiques de l'administration délibérative

Si le secret, la hiérarchie et le principe du préalable sont les caractéristiques les plus visibles de l'administration bureaucratique et si la profusion des conseils, commissions et comités signe la reconnaissance de l'administration consultative,

153. Article 2 : « *Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent chapitre en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens. / Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller* ».

154. J. Habermas, *op. cit.*

155. B. Manin, « Volonté générale ou délibération. Esquisse d'une théorie générale de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985, et « L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine. Introduction, généalogie et éléments critiques », Entretien avec Loïc Blondiaux, *Politix*, vol. 15, n° 57, 2002.

les contours de l'« administration délibérative » restent, quant à eux, **largement à dessiner**. Il ne s'agit pas dans le cadre de la conclusion de cette étude de délivrer des préceptes de « réforme de l'État » ; il est plus simplement proposé de tracer les grands traits d'une méthodologie des principes d'action de l'administration applicables aussi bien lors de la phase préparatoire à la décision qu'ensuite, au moment de la mise en œuvre puis enfin de l'évaluation, même si seule la première étape nous intéresse plus particulièrement dans cette étude.

Cette évolution doit avoir un signal

Il pourrait être donné par le vote d'une loi d'une nature un peu particulière qui serait dénommée « **loi-code** ». Celle-ci serait le vecteur des principes directeurs de la concertation ouverte qui ont été présentés au II-2.2. et elle-même sera décrite, ci-après, au 3.3. Ces mesures sont nécessaires pour elles-mêmes, et ont l'avantage de caractériser la méthode choisie : **pédagogie, transparence, loyauté, persuasion**, mais aussi **rigueur, méthode, impartialité, respect des délais, compte rendu**.

La dénomination **loi-code** s'inspire d'une suggestion de la Commission supérieure de codification, qui, dans son 17^e rapport relatif à l'année 2006, avait préconisé la voie de la mini-codification, notamment pour combler le manque d'un code de procédure administrative non contentieuse. Elle suggérait la voie de lois qui en elles-mêmes sont de « mini-codes » et citait le cas de la loi « informatique et libertés » ou celle sur le Médiateur de la République.

Le signal ne veut pas être un « choc culturel » qui pourrait avoir des effets non désirables, tels que la crainte, le refus ou le repliement, mais **l'affirmation sereine et assumée** par le pouvoir politique de l'introduction de **nouvelles pratiques** s'appuyant sur les progrès déjà enregistrés et qui doivent être amplifiés. La méthode proposée, après que le signal législatif aura été donné, est assez comparable à celle de la circulaire du Premier ministre sur « le renouveau du service public » du 23 février 1989, dont les effets ont été forts et durables dans les services administratifs.

Dans cette perspective, **l'administration est « délibérative »** dès lors qu'en préalable elle fait sienne l'idée que **les autorités publiques**, quel que soit le niveau territorial de leur ressort, **ne peuvent plus faire face seules aux enjeux complexes qui relèvent de leurs attributions** et qu'elles doivent trouver des solutions **en concertation** avec les citoyens et les parties prenantes **pour préparer** des décisions mieux comprises et acceptées.

Dès lors, l'administration délibérative se définit par le respect des procédures qui garantissent la contribution ouverte des citoyens à l'élaboration des politiques publiques. Cela implique toute une série de caractéristiques :

- l'administration délibérative est **soucieuse de la « maîtrise des horloges et des calendriers », du recours fréquent à la supervision par un tiers** du déroulement des opérations ;
- elle a **une préférence pour le compromis** qu'elle recherche par des méthodes de concertation et de négociation transparentes, progressives et itératives, plutôt que pour le consensus qui est introuvable ou factice ;
- **les moyens financiers, humains et techniques** que mobilise l'« administration délibérative » sont ceux nécessaires pour garantir l'efficacité de la concertation et la participation du public : une information complète, objective,



pertinente, facile d'accès et aisée à comprendre. Les canaux multiples, classiques et modernes, nécessaires à la participation doivent être ouverts ;

- **les agents de l'administration** partagent une culture de l'organisation en réseau plutôt que verticale et ont accès aux compétences et aux formations appropriées ;

- **l'obligation de rendre compte** aux participants de l'utilisation qui est faite des apports de la concertation est une caractéristique centrale du dispositif délibératif. Le compromis ne peut se bâtir que grâce à cette exigence itérative ;

- le développement et l'évolution de l'« administration délibérative » seront certainement **accélérés par les transformations liées au développement de l'économie numérique** qui ne laissera pas l'administration à l'écart de ce mouvement irréversible¹⁵⁶. Les nouvelles relations citoyennes, la profusion de forums citoyens notamment dans les communes et les régions, la dématérialisation des échanges entre les administrations, les usagers et les entreprises renforceront cette nouvelle approche de l'administration caractérisée par **l'exigence d'une plus grande transparence, d'une meilleure accessibilité, d'un compte rendu plus systématique, d'une sécurité juridique sans faille et aussi d'une rigoureuse économie de moyens** ;

- **la coordination**, dans le cadre d'une « administration délibérative », mérite une attention particulière, car elle renvoie aux exigences de la cohérence générale des politiques publiques. L'administration délibérative a besoin d'un pilote et d'une feuille de route. Cette exigence ne concerne pas que l'État mais aussi les collectivités locales qui, pour certaines d'entre elles, atteignent des niveaux de taille et d'enjeux politiques et financiers tout à fait importants. Plus l'« administration délibérative » permettra au citoyen et à l'administré de faire des propositions différentes de celles qui lui sont présentées et de susciter des contre-propositions nombreuses et réactives, plus la coordination sera nécessaire, avec en amont de réelles capacités d'anticipation pour répondre à des scénarios inédits.

Ce dernier point revêt une particularité plus forte s'agissant plus spécifiquement de l'administration de l'État. L'outil qui assure que l'on est sur le chemin d'une décision en voie de bonne délibération doit être le **secrétariat général du Gouvernement (SGG)** dans sa fonction de contrôle de qualité et de cohérence du travail gouvernemental. Il ne s'agit pas de remettre en cause, de quelque manière que ce soit, le rôle des ministères comme responsables de la production de la norme ; mais le processus de préparation de décision que l'étude préconise pose de manière évidente la question de **la fonction de « centre de gouvernement »**, selon l'expression coutumière de l'OCDE et que nous appelons plus prosaïquement « coordination du travail gouvernemental ». Il doit demeurer clair que le SGG n'a pas vocation à pratiquer des arbitrages au sens où le fait le secrétariat général des affaires européenne (SGAE) ; en revanche, il serait opportun qu'il renforce sa capacité d'expertise propre ou plus exactement qu'il développe une capacité d'analyse qui soit réellement différente de celle du ministère porteur

156. Certains parlent d'« administration 2.0 » qui aurait vocation à mieux utiliser les capacités de l'interactivité des outils au sein d'un réseau constitué. L'expression est forgée à partir de celle de « Web 2.0 », version technologique qui innove radicalement par rapport aux versions antérieures en ce qu'elle permet aux utilisateurs de participer à la production du contenu et d'être « reliés », dans le cadre de réseaux sociaux.

du projet. La question n'est pas simple et doit être traitée avec réalisme. Deux réponses sont suggérées. D'une part, il s'agirait d'avoir à disposition, sur un sujet donné, pour un temps donné, une vraie **capacité d'expertise** venant de l'extérieur (universités, entreprises, organismes internationaux). Il paraît peu opportun de doter le SGG d'un « service d'experts » qui ne pourrait qu'être restreint et rapidement « bureaucratisé ». D'autre part, le SGG devrait se donner la capacité humaine et technique de provoquer, de son propre chef, des séances de travail pour défricher en amont les questions, même si elles ne sont pas transversales, avec les administrations concernées.

Les risques encourus du fait de l'administration délibérative existent mais ne sont pas sans réponse.

- Il y a les risques propres à l'élaboration participative des politiques publiques elle-même, tel que le risque de **ralentissement et de blocage** du processus décisionnel ou celui de la confusion sur le rôle exact des élus dans le processus nouveau. Ils ne sont pas décisifs, dès lors que le temps qui semble « perdu » au départ est souvent « retrouvé » par la suite, au moment de la prise de décision ou même plus tard, lors de la phase de mise en œuvre si la décision est bien acceptée et ne fait pas l'objet de contestation. Les élus ont leur place à trouver dans ce « *tempo* ». Ils sont souvent, dans un premier temps, à l'écoute du débat public, puis dans un second temps s'efforcent de prendre en considération les enseignements qui se dégagent majoritairement.
- Il y a ceux inhérents au développement des nouvelles technologies d'information et de communication. Les données à caractère privé ou confidentiel sont davantage exposées ; des catégories de citoyens et d'administrés sont tenues à l'écart de ces évolutions auxquelles s'ajoutent le renforcement des groupes d'intérêt déjà structurés et le risque d'une fragmentation plus grande de la société en groupes sociaux constitués ou réputés tels.
- Il y a enfin ceux inhérents à l'affaiblissement du modèle classique de l'administration centralisée, défenseur de l'irréductible intérêt général contre la segmentation des intérêts particuliers. Il est peut-être plus inquiétant mais il est assurément plus ancien et ne date pas des évolutions récentes dont il vient d'être question. Il mérite aussi un réexamen de la manière dont se définit l'intérêt général au moment où les acteurs de la société civile ont tendance à vouloir et à pouvoir se faire entendre de manière plus efficace.

* * *

Pour que l'« administration délibérative » puisse atteindre les objectifs de « bonne administration » qui lui sont assignés, il lui faut pouvoir concilier deux exigences parfois contradictoires : **celle d'une administration transparente et ouverte, facilitant l'acceptabilité de la décision**, quelle qu'elle soit, et **celle d'une administration plus efficace** qui permette de répondre, au total, plus rapidement et plus directement aux besoins exprimés par les citoyens.

Pour ce faire, il faut que d'autres conditions soient réunies. Elles constituent autant de mesures nouvelles nécessaires au renouvellement complet des dispositifs de consultation et dont il est proposé la mise en place.



3.2. Poursuivre l'effort de simplification des procédures de consultation des organismes institutionnels

La proposition qui est présentée peut paraître modeste puisqu'elle consiste à poursuivre une mesure déjà engagée il y a plusieurs années. Elle est pourtant essentielle en ce sens que l'action entreprise est bonne, qu'elle correspond à une orientation générale préconisée ; toutefois, elle est loin d'avoir produit tous ses effets. Dresser un premier bilan et comprendre les difficultés rencontrées pour ensuite pouvoir tirer les conclusions prospectives qui s'imposent paraît donc utile.

Cinq ans après la prise des deux importants décrets des 7 et 8 juin 2006¹⁵⁷ qui dessinent le nouveau paysage de la procédure consultative, l'impression qui prévaut est que ces textes ne sont pas encore parfaitement maîtrisés par les administrations¹⁵⁸. Ainsi, comme il a été dit plus haut (1.4.1.1.), le décret du 4 juin 2009, qui modifie celui du 8 juin 2006, a dû proroger l'existence de commissions consultatives qui, à défaut, se seraient trouvées automatiquement supprimées alors que telle n'était pas l'intention de l'administration¹⁵⁹. Toutefois, s'il n'est pas acquis que l'application des décrets de 2006, quoique très bénéfique, suffise à régler les lourdeurs de procédure et les risques contentieux qui subsistent, il apparaît que la méthode retenue par le secrétariat général du Gouvernement (SGG), maître d'œuvre de cet important chantier de modernisation et de simplification, est la bonne¹⁶⁰. Elle est faite de fermeté et de réalisme ; fermeté quant à la limitation des créations de nouvelles commissions, souvent autorisées à condition qu'elles soient assorties de suppressions équivalentes ou de fusions ; réalisme quant à l'acceptation de créations correspondant à une volonté politique forte ou aux nécessités du débat parlementaire¹⁶¹.

Après la suppression d'un tiers des commissions depuis le mouvement de simplification engagé depuis 2004, la priorité est, au-delà de la poursuite de la diminution du nombre de commissions, de **veiller à la régulation de leur utilité et de leur fonctionnement**. Il s'agit donc de conforter un mouvement plus qualitatif. Dès maintenant, les formations administratives du Conseil d'État veillent à limiter l'instauration de procédures consultatives supplémentaires et cherchent à réduire les consultations obligatoires. Cette action doit être poursuivie sans relâche.

157. Voir *supra* 1.1.1. et 1.1.3.1.

158. Une série d'exemples de difficultés d'application de ces textes est donnée dans le rapport annuel d'activité du Conseil d'État pour 2010, La Documentation française, avril 2010, p. 91 à 93.

159. Parmi les commissions ainsi préservées, on note, entre autres, la Commission supérieure de codification, le Conseil national de la sécurité routière, le Haut Conseil à l'intégration, le Conseil national de la vie associative, les Commissions consultatives de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics...

160. L'action du SGG se révèle efficace sur la moyenne durée puisque le solde des créations-suppressions donne un stock de 697 commissions consultatives nationales en 2010 contre 809 en 2006 (Source : Jaunes budgétaires pour 2006 et pour 2010).

161. Un grand nombre de commissions consultatives sont créées par la loi à la faveur d'amendements parlementaires.

Il est proposé que le secrétariat général du Gouvernement ¹⁶², qui s'est doté en 2007 d'une mission « qualité de la norme » et d'une mission « simplification des procédures et accessibilité du droit », continue à sensiblement **renforcer l'action** déjà engagée **dans les trois directions suivantes : évaluer** l'utilité réelle des missions des organismes consultatifs, **certifier** la possibilité de confier les missions nouvellement apparues à une commission déjà existante et, enfin, **vérifier** la légitimité des demandes de prorogation des mandats de commissions venus à échéance.

Mais il convient d'aller plus loin. Il est nécessaire de **généraliser les fonctionnements plus souples**, en s'appuyant sur l'exemple de commissions qui fonctionnent bien malgré l'importance de leurs enjeux et le nombre de saisines qu'elles doivent instruire. On pense à la Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) ¹⁶³ dont les procédures de consultation sont très largement dématérialisées et au Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques (CSPRT) ¹⁶⁴. Ce dernier organisme, plus connu sous son ancienne appellation de Conseil supérieur des installations classées, publie sur Internet, très en avance, l'ordre du jour de sa prochaine séance et réserve sur son site un espace qui permet d'enregistrer l'avis de toute personne souhaitant le déposer. La rubrique du site est dénommée de manière significative « élaboration de la réglementation » (voir en annexe 5 les « captures d'écran »). Dès février 2008, le CSPRT publiait pour la première fois, sur le site du ministère chargé de l'écologie, le compte rendu *in extenso* de réunion de sa dernière séance, de sorte que le contenu des débats se trouve désormais largement diffusé.

Mais il faut y insister, l'amélioration décisive passera, en la matière, par **la mise en place d'instances de concertation ouvertes**, intervenant très en amont des projets, qu'il s'agisse de projets d'opération ou de projets de texte. C'est grâce à ce processus que les instances de consultation pourront être soit allégées, soit

162. Voir le *Rapport sur la coordination du travail interministériel*, élaboré sous la responsabilité de Jean-Pierre Dupont, conseiller d'État, et Bruno Durieux, inspecteur général des finances, mai 2007.

163. Créée par la loi de finances rectificative pour 2007 et composée de vingt-deux membres. Elle est consultée obligatoirement sur l'impact financier des projets de textes réglementaires concernant les collectivités territoriales, ainsi que les propositions de textes communautaires ayant un impact technique et financier sur les collectivités territoriales (voir annexe 6).

164. L'ordonnance n° 2010-418 du 27 avril 2010 remplace le nom de Conseil supérieur des installations classées (CSIC) par celui de Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques (CSPRT) dans tous les textes législatifs et réglementaires. Le Conseil supérieur des installations classées (CSIC) a été créé en 1976 pour émettre un avis sur les questions aussi bien techniques que réglementaires concernant les installations classées (exploitations agricoles ou industrielles susceptibles de créer des risques ou de provoquer des pollutions ou des nuisances de nature à porter atteinte à la sécurité et la santé des riverains ou pour l'environnement. Sont principalement concernés les établissements de l'industrie chimique, sidérurgique, agro-alimentaire, les élevages industriels, les cimenteries, les exploitations de carrières, de fabrication de pâte à papier, les blanchisseries industrielles, le stockage de produits dangereux...). Le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques est obligatoirement consulté sur tous les projets de textes relatifs à la nomenclature « installations classées », aux projets d'arrêtés de prescriptions générales édictés pour chaque rubrique de cette nomenclature et certaines dérogations lorsqu'elles sont prévues par les arrêtés de prescriptions. Il peut également être consulté par l'administration sur la politique générale en la matière. Il a notamment été associé à la réforme de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) qui s'est traduite par la mise en place d'un nouveau régime d'enregistrement.

supprimées, soit encore trouver un nouvel emploi, mieux articulé avec l'instance de concertation d'amont.

Au niveau local et notamment celui déconcentré du département, il est certainement trop tôt pour faire le bilan de l'instauration des dix-sept commissions pivots thématiques¹⁶⁵ et des commissions sous la présidence partagée de l'État et des collectivités territoriales prévues à l'article 8 du décret du 7 juin 2006. Les avis sont partagés. La rationalisation du paysage consultatif déconcentré est incontestable mais la multiplication des sous-commissions spécialisées, des commissions pivots relativise les chiffres flatteurs de réduction d'instances. Il est d'ailleurs à noter que nombre de ces commissions départementales délivrent des autorisations ou prennent des décisions individuelles et, de ce fait, échappent au champ d'application de l'étude que nous avons initialement délimité.

Quoi qu'il en soit, tant le ministère de l'intérieur que le secrétariat général du Gouvernement estiment que le fonctionnement général de ces commissions déconcentrées est devenu beaucoup plus satisfaisant.

3.3. Favoriser le développement de consultations ouvertes en introduisant un corpus de principes directeurs dans une « loi-code »

On l'a vu, les nouvelles formes de concertation ouvertes se multiplient (2.1.1.), mais elles ont l'inconvénient d'être floues et ambiguës (2.1.5.), à l'exception notable de la procédure très encadrée prévue par la Commission nationale du débat public (CNDP), spécialement consacrée aux opérations d'aménagement importantes et d'intérêt national ayant une incidence sur l'environnement.

165. Trois commissions en matière de sécurité ; une commission d'anciens combattants ; huit commissions en matière d'agriculture et d'aquaculture, de chasse et de pêche, de forêt, de nature et d'environnement ; trois commissions en matière d'emploi, d'insertion et de lutte contre les exclusions ; deux commissions concernant la jeunesse, les sports et la vie associative.

Exemples de commissions rationalisées :

Commission départementale de la nature, des paysages et des sites (CDNPS), régie par les articles 8 et 9 du décret du 7 juin 2006. Elle émet des avis sur les projets d'actes réglementaires et individuels portant sur divers domaines (la faune et la flore, le patrimoine écologique, etc.). Présidée par le préfet, elle est composée de quatre collègues de membres comprenant des représentants des services de l'État ; des représentants élus des collectivités territoriales et EPCI ; des personnalités qualifiées, des représentants d'associations agréées de protection de l'environnement, et des représentants des organisations agricoles et sylvicoles, des personnes compétentes dans les domaines d'intervention de chaque formation spécialisée. Elle se réunit en six formations spécialisées : nature, sites et paysages, publicité, carrières, faune sauvage captive, unités touristiques nouvelles.

Conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques (CODERST), depuis le 1^{er} juillet 2006 (ancien conseil départemental d'hygiène), présidé par le préfet et composé de vingt-cinq membres désignés pour trois ans renouvelables. Il est chargé d'émettre un avis sur les projets d'actes réglementaires ou individuels dans différents domaines : installations classées, déchets, protection de la qualité de l'air et de l'atmosphère, police de l'eau, risques sanitaires liés à l'habitat...

La proposition qui est faite consiste donc à mieux « procéduraliser » un processus sans le rendre excessivement formel au point de le vider de son contenu. Pour ce faire, on s'inspirera de deux dispositifs qui présentent les caractéristiques recherchées : existence de principes simples et d'une procédure générale et transversale consacrée par le législateur.

3.3.1. Les références de ce choix

L'une est prise dans le code du travail où elle occupe une place emblématique, celle de l'ouverture de ce code ; l'autre provient du code de l'urbanisme. La première a trait aux rapports entre les acteurs institutionnels nationaux, que sont le Gouvernement, le Parlement et les partenaires sociaux ; la seconde concerne les collectivités territoriales et plus spécifiquement les communes. Cette diversité des références et des acteurs vise à contribuer à valider les hypothèses proposées et à conforter les propositions.

■ S'inspirer de l'article L. 1 du code du travail

Le **code du travail** précise, dans son article L. 1, que « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation*¹⁶⁶. [...] » On peut situer la date de naissance de la dynamique qui aboutira à l'article L. 1 du code du travail, ainsi que le mentionne un observateur avisé de la vie sociale¹⁶⁷, à la dernière phrase du préambule du second Accord national interprofessionnel (ANI) du 31 octobre 1995 : « *Ce dispositif traduit la volonté des parties signataires de se réapproprier la conduite de la politique sociale en faisant prévaloir la négociation collective sur le recours au législateur.* » On pourrait aussi la faire remonter à une date plus ancienne, celle de l'accord national interprofessionnel qui a inspiré l'importante loi de 1971 sur la formation professionnelle. En tout cas, elle apparaît, dans l'histoire des rapports de la loi et de la négociation collective en France, comme un point d'équilibre original entre l'attachement à la négociation sociale et la prééminence donnée à la loi. De plus, elle doit être rapprochée des dispositions du

166. Le même article poursuit : « [...] À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence. » Ce principe est issu de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social qui a ensuite été codifiée par la loi du 21 janvier 2008, à l'article L. 1 du code du travail.

167. J.-E. Ray, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Droit social*, mai 2010, p. 496.

droit communautaire¹⁶⁸ qui prévoient la participation des partenaires sociaux à la rédaction des normes qui régissent les relations du travail¹⁶⁹.

L'article L. 1 du code du travail offre **l'exemple fécond d'une véritable méthode pratique de concertation et de négociation préalables à la décision**. Le positionnement du dispositif de concertation et de négociation avec les partenaires sociaux, résolument placé en phase amont, bien avant la décision, est particulièrement intéressant par rapport à nos préoccupations de procédure. Pour ce qui concerne les préoccupations liées à la nature de la participation, une remarque s'impose. En effet, l'article L. 1 illustre une figure de la démocratie autre que celles qui sont bien connues et traditionnellement opposées (démocratie représentative vs démocratie participative) : la démocratie sociale. Cette dernière a sa légitimité, ses exigences, ses traditions et ses règles¹⁷⁰. La question de la négociation nationale et interprofessionnelle n'est nullement étrangère à la réflexion qui est conduite ici. L'article L. 1 ne mentionne-t-il pas « *une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* » ? De plus, il fixe très méthodiquement **les différentes étapes du processus préalable à la décision**. Tout d'abord, pour chaque projet de réforme, le Gouvernement communique aux partenaires sociaux **un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options** ; puis, dès lors qu'ils le souhaitent, les partenaires font connaître leur intention d'engager **une négociation** ; enfin, le Gouvernement s'engage, bien que cette obligation ne figure pas dans le texte de la loi, à attendre l'issue de cette négociation et à reprendre le contenu de l'accord éventuel dans son projet de texte ; il soumet alors à la **consultation des grandes instances professionnelles**¹⁷¹ les projets de textes législatifs et réglementaires élaborés au vu des résultats de la procédure de concertation ou de négociation.

Si l'article L. 1 du code du travail présente un cas exemplaire de bonne pratique de concertation et de négociation préalables à la décision, il nous aide aussi à répondre à la question de la légitimité des sources de la décision. **La décision est-elle bonne parce qu'elle résulte de la négociation ?** L'interrogation sur la validité de la décision au regard de la procédure préalable est ancienne et classique mais, avec l'article L. 1, elle revêt un intérêt particulier susceptible d'enrichir notre réflexion. En effet, l'article L. 1 a une caractéristique juridique très spécifique, dans la mesure où l'obligation de négocier porte « *sur tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement* » et, donc, s'applique souvent à des projets

168. Ce principe était déjà mis en œuvre, depuis plusieurs années, au niveau communautaire. Il a notamment été réaffirmé dans l'arrêt : CJCE, 11 février 2010, aff. C-405/08, *Ingeniorforeningen i Danmark/ Dansk Arbejdsgiverforening*.

169. Actes du colloque organisé par le Conseil d'État, le 5 février 2010, sur « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », parus dans la revue *Droit social*, n° 5, mai 2010.

170. On observera que les sources de représentativité des organisations syndicales viennent d'être renouvelées et que la mesure de la représentativité obéit désormais à des critères nouveaux en application de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale (loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail). La question de la mesure de la représentativité des organisations des employeurs n'a pas fait l'objet d'un tel réexamen.

171. La Commission nationale de la négociation collective, le Comité supérieur de l'emploi ou encore le Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie.

de loi. L'établissement d'une telle contrainte est alors susceptible de relever de la compétence du constituant dans la mesure où elle organise et limite les pouvoirs du législateur. Ainsi, l'inscription durable d'un « *domaine réservé aux partenaires sociaux* » supposerait l'adoption d'une révision constitutionnelle, réforme qui n'est pas à l'ordre du jour¹⁷². **Les avantages et les contraintes liés au partage entre la loi et la négociation** ont été rappelés, **précisément à propos de l'article L. 1** du code du travail, dans le rapport public du Conseil d'État de 2008 consacré au *Contrat, mode d'action publique et de production de normes*¹⁷³. Il y a en effet matière à débat. Mais, au total, il apparaît que la contrainte mise sur le législateur est, de fait, limitée par la circonstance que le dispositif permet d'**instaurer une pratique de concertation et de négociation préalable à l'adoption de la loi** et, avant elle, à l'élaboration du projet de loi, et qu'en tout état de cause le dernier mot appartient au décideur, le législateur en l'occurrence.

La démarche nécessite cependant prudence et respect du champ d'application voulu par le législateur. C'est la voie qu'a adoptée le Conseil d'État qui, dès 2008, dans les avis rendus sur différents textes, a pu faire application de critères précis correspondant aux souhaits du législateur¹⁷⁴. Avec l'examen des décrets d'application de dispositions législatives issues de la négociation, il a commencé à définir les conditions d'adoption de la « norme négociée ».

Si des critiques sont encore formulées à l'encontre de cette procédure novatrice en ce qu'elle resterait susceptible d'entraver le processus d'élaboration des normes, d'instrumentaliser les partenaires sociaux ou de porter atteinte au rôle du législateur, **ce dispositif présente de réels avantages**. L'origine conventionnelle de la loi permet de **concilier démocratie sociale et démocratie politique**. Elle favorise aussi **la limitation de la profusion normative** en assurant une **meilleure stabilité et acceptabilité** des textes, moins susceptibles d'être modifiés et remis en chantier, s'ils ont été bien négociés.

Quatre ans après sa mise en place, **l'article L. 1 apparaît comme une procédure modèle susceptible de porter ses fruits dans d'autres domaines** en organisant de manière efficace la participation des partenaires sociaux. **Sa consécration en des termes généraux a démontré sa pertinence sur le plan tant théorique que pratique**.

Fort des enseignements de cette expérience telle qu'elle vient d'être analysée, on est fondé à proposer des schémas d'extension ou de transposition certes avec prudence mais avec confiance. **Ils se traduiraient par la formulation au niveau législatif d'une possibilité de participation du public, voire, dans certains cas, d'une obligation de concertation préalable à la prise de décision et qui**

172. Y. Moreau, « Les avis du Conseil d'État sur la loi de 2007 et sur son application », *Droit social*, mai 2010, p. 511.

173. P. 264 et suivantes.

174. *Rapport public 2009 du Conseil d'État*, p. 161-163. Le Conseil d'État s'est fondé, de manière réaliste, sur trois critères cumulatifs : « *Les modifications apportées au droit existant sont-elles suffisamment importantes pour pouvoir être qualifiées de réforme au sens de l'article L. 1 ? Le projet recouvre-t-il les relations individuelles et collectives de travail, l'emploi et la formation professionnelle, c'est-à-dire, pour l'essentiel, le périmètre du code du travail ? Le projet relève-t-il du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ?* » L'article L. 1 ne s'applique pas, en l'état, au domaine de la protection sociale, ni à celui des retraites, ni à celui du chômage.

aurait vocation à être déclinée dans des domaines autres que celui des relations du travail. On pense bien sûr aux domaines de la protection sociale, des retraites, de l'assurance chômage, mais aussi à celui de l'éducation nationale, de la fonction publique et des collectivités territoriales...

L'article L. 1, par la méthode pratique qu'il propose et par les résultats qu'il donne déjà, ouvre certainement des perspectives des plus intéressantes.

■ S'inspirer aussi de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme

L'obligation de concertation n'est pas propre au droit du travail. En effet, dès 1985¹⁷⁵, **l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme introduit une obligation procédurale de concertation, préalable à certaines opérations d'aménagement** sur le territoire des communes puis sur celui relevant de la compétence des établissements de coopération intercommunale. Cette procédure a été étendue aux schémas de cohérence territoriale et aux plans locaux d'urbanisme¹⁷⁶.

La consécration de la concertation en droit de l'urbanisme a été longue et complexe. La participation du public a été confrontée aux réticences de l'administration

175. Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition de principes d'aménagement.

176. Article L. 300-2 du code de l'urbanisme : « I – Le conseil municipal ou l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale délibère sur les objectifs poursuivis et sur les modalités d'une concertation associant, pendant toute la durée de l'élaboration du projet, les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées dont les représentants de la profession agricole, avant :

a) Toute élaboration ou révision du schéma de cohérence territoriale ou du plan local d'urbanisme ;
b) Toute création, à son initiative, d'une zone d'aménagement concerté ;
c) Toute opération d'aménagement réalisée par la commune ou pour son compte lorsque, par son importance ou sa nature, cette opération modifie de façon substantielle le cadre de vie ou l'activité économique de la commune et qu'elle n'est pas située dans un secteur qui a déjà fait l'objet de cette délibération au titre du a) ou du b) ci-dessus. Un décret en Conseil d'État détermine les caractéristiques des opérations d'aménagement soumises aux obligations du présent alinéa.

Les documents d'urbanisme et les opérations mentionnées aux a), b) et c) ne sont pas illégaux du seul fait des vices susceptibles d'entacher la concertation, dès lors que les modalités définies par la délibération prévue au premier alinéa ont été respectées. Les autorisations d'occuper ou d'utiliser le sol ne sont pas illégales du seul fait des vices susceptibles d'entacher cette délibération ou les modalités de son exécution.

À l'issue de cette concertation, le maire en présente le bilan devant le conseil municipal qui en délibère.

Le dossier définitif du projet est alors arrêté par le conseil municipal et tenu à la disposition du public. Lorsqu'une opération d'aménagement doit faire l'objet d'une concertation en application des b) ou c) et nécessite une révision du schéma de cohérence territoriale ou du plan local d'urbanisme, la révision du document d'urbanisme et l'opération peuvent, à l'initiative de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale compétent, faire l'objet d'une concertation unique. Dans ce cas, la délibération prévue aux premier et sixième alinéas est prise par le conseil municipal ou par l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale. II – Les autres personnes publiques ayant l'initiative d'opérations d'aménagement sont tenues aux mêmes obligations. Elles organisent la concertation dans des conditions fixées après avis de la commune. »

qui était peu encline à la négociation et au compromis¹⁷⁷. Cette obligation de participation reste encore une notion ressentie comme floue, hésitant entre information, consultation et concertation si bien qu'il appartient souvent au juge d'apprécier si cette obligation a été ou non remplie. Même si l'article L. 300-2 constitue un exemple classique en droit de l'urbanisme des limitations données à la portée de l'enquête publique, l'une des rares procédures participatives propres à ce droit¹⁷⁸, **les mécanismes qu'il a mis en place présentent les atouts classiques des procédures de concertation : enrichir le contenu des projets et réduire les recours contentieux**. Leur introduction dans le code de l'urbanisme demeure, dans son principe, importante, car en rupture avec la procédure de l'enquête publique. La concertation est organisée en amont du projet et non plus *in fine*, et accompagne toute la durée de celui-ci.

Mais l'originalité de l'article L. 300-2, sans doute, est ailleurs : elle réside dans le fait qu'il s'agit d'une obligation législative de portée générale mais dont la détermination du contenu et des modalités d'application est laissée aux autorités locales.

On a pu dire que la procédure introduite par l'article L. 300-2 était très datée¹⁷⁹, en ce qu'il s'agit d'une disposition qui a été à la confluence de deux grandes réformes des années 1980, celle de la décentralisation et celle de l'enquête publique. Mais, à y regarder de plus près, **cet article reste moderne dans son principe et sa formulation** ; dans son principe, parce qu'il affiche une obligation procédurale et dans sa formulation parce qu'il s'agit d'une « disposition chapeau » qui fixe aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale une obligation de délibérer sur les objectifs poursuivis et sur les modalités d'une concertation associant la population et les personnes concernées. Le mandat donné par le législateur est large, les modalités de mise en œuvre relèvent de chaque collectivité, ce qui correspond bien au respect de la diversité des situations locales, même si l'on a pu critiquer les risques de disparité que cela pouvait provoquer entre des communes voisines ou groupements de communes voisins. Le contrôle du juge est adapté à cette situation, comme en témoignent de récents litiges. Le Conseil d'État a rappelé, il y a peu de temps, qu'il est impératif que, lorsque le conseil municipal délibère sur les modalités de la concertation à l'occasion de l'élaboration ou de la révision d'un document d'urbanisme, il se prononce également, au moins dans les grandes lignes, **sur les objectifs** poursuivis

177. En définitive, c'est le droit de l'environnement et non le droit de l'urbanisme qui a consacré le principe d'un droit du public à participer aux décisions qui sont susceptibles d'affecter son cadre de vie. Cette absence peut s'expliquer par le fait que le droit de l'urbanisme reste une discipline nationale alors que le droit de l'environnement a été investi par le droit international et constitue une compétence communautaire.

178. J.-C. Hélin, « La participation du public aux décisions d'urbanisme : une intégration ambiguë ? », *Constr.-Urb.* 2007, étude n° 16.

179. J.-C. Hélin, « La concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme », *AJDA*, 2006, p. 2332.

par la collectivité (CE, 10 février 2010, *Commune de Saint-Lunaire*, SSR 1/6)¹⁸⁰. S'agissant des dispositifs de consultation institués par le conseil municipal pour satisfaire aux exigences de l'article L. 300-2, on sait que le juge répugne à censurer l'élaboration ou la modification d'un document d'urbanisme au motif de l'insuffisance des modalités de concertation retenues¹⁸¹. Et pourtant il n'hésite pas à le faire lorsque ces modalités sont indigentes (voir récemment CAA Bordeaux, 4 mars 2010, *SCI MPV Paris*, req. n° 08BX03261). La jurisprudence souligne les vertus du principe de proportionnalité qui caractérise cette disposition.

Les conditions d'application de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, les souplesses qu'il autorise, sous le contrôle du juge, conduisent à faire figurer utilement cette « disposition chapeau » parmi les références pertinentes.

3.3.2. Les raisons de ce choix

La concertation ouverte doit être organisée selon des principes simples et une procédure *a minima* visant à mettre en place un débat complet et loyal : un sujet précisément défini, des délais fixés, un budget, un organisateur compétent et impartial, un compte rendu des positions des parties prenantes, un relevé de conclusions sur les suites à donner. Bref, il s'agit de réguler un processus et d'offrir des garanties.

L'orientation proposée est que la participation n'implique pas nécessairement des droits et obligations impératifs et que des dispositions d'encadrement souples sont préférables. La collectivité publique doit respecter les règles qu'elle aura elle-même posées et qu'elle devra donc s'imposer, sauf à entacher sa décision. Elle est libre de définir toutes modalités utiles, dès lors que leur pertinence est justifiable et leur efficacité prévisible. Ce schéma semble préférable à l'accumulation de prescriptions formelles en fin de parcours de prise de décision.

180. « [...] qu'il résulte de ces dispositions que la délibération du conseil municipal doit porter, d'une part, et au moins dans leurs grandes lignes, sur les objectifs poursuivis par la commune en projetant d'élaborer ou de réviser un document d'urbanisme, d'autre part, sur les modalités de la concertation avec les habitants, les associations locales et les autres personnes concernées ; que cette délibération constitue, dans ses deux volets, une formalité substantielle dont la méconnaissance entache d'illégalité le document d'urbanisme approuvé, alors même que la concertation aurait respecté les modalités définies par le conseil municipal ».

181. Le contentieux de la concertation est tout en nuances : le recours en annulation n'est pas recevable contre la délibération ouvrant la concertation, réputée acte préparatoire (TA Paris, 3 mai 1988, *Roche*). Cette irrecevabilité est également retenue pour les recours dirigés contre les modalités de concertation (CE, 16 juin 2002, *Association Garantir l'intégrité rurale*) ou contre les bilans des concertations ou les avis émis après concertation (CE, 29 déc. 1995, *Géniteau*). Certains actes demeurent toutefois attaquables pour défaut ou insuffisance de concertation (CAA Nantes, 7 avril 1999, n° 98NT00897, *M. Joseph Ernaudet de Moulins* ; TA Versailles, 17 mars 1992, *Assoc. Vivre à Montry* : la concertation ayant été réalisée à un stade trop avancé de la procédure, alors que le projet était déjà arrêté). Le juge administratif vient limiter de manière substantielle la portée de la concertation, dans la mesure où les documents d'urbanisme et les opérations ne sont pas illégaux du seul fait des vices susceptibles d'entacher la concertation. Il n'y a censure que dans les cas où l'autorité administrative soit n'a pas organisé une concertation pourtant obligatoire, soit n'a organisé qu'un simulacre de concertation (CE, 10 mai 1996, *Commune de Saint-Jorioz c/SCI « La Tuilerie »*, req. n° 155169). La jurisprudence du Conseil d'État privilégie un contrôle *a minima* du seul processus administratif de décision qui entoure la concertation.

Un exemple récent illustre parfaitement les raisons de ce choix et la souplesse ainsi que l'efficacité qu'il procure.

Lorsque le Gouvernement a souhaité que la mesure relative à la représentativité des salariés dans les entreprises concerne non seulement ceux des entreprises dans lesquelles les élections professionnelles sont obligatoires, mais aussi les quatre millions de salariés qui travaillent dans les très petites entreprises (TPE), c'est-à-dire celles comptant dix salariés ou moins, une négociation a été ouverte, sur le fondement de l'article L. 2122-6 du code du travail¹⁸². Malgré des discussions très approfondies tout au long de l'année 2009, elle n'a pu aboutir tant le sujet était sensible et complexe. Toutefois, une lettre commune au Premier ministre, signée le 20 janvier 2010 par une organisation patronale et quatre organisations syndicales de salariés parmi les plus représentatives, a pu tracer les voies d'une position conjointe. Le Gouvernement a alors déposé sur cette base un projet de loi, qui, après un débat parlementaire riche et animé, a abouti à l'adoption de la loi du 15 octobre 2010¹⁸³ qui autorise la mesure de l'audience des organisations syndicales dans les très petites entreprises au vu de résultats de scrutins spécifiques, organisés au niveau régional, sur sigles, tous les quatre ans, par voie électronique ou par correspondance. Ce sujet extrêmement délicat a pu trouver un aboutissement satisfaisant grâce à une méthode de concertation et de négociation qui permet de trouver, selon des étapes bien balisées, les voies d'une solution que le Parlement a naturellement contribué à finaliser.

On voit, très concrètement, comment un dispositif souple mais encadré par la loi a permis, sur la base d'une concertation, même après l'échec d'une négociation, de trouver les lignes non pas d'un consensus, mais d'un compromis entre les partenaires, que le Gouvernement a accepté, puis qu'il a transcrit dans un projet de loi, soumis à la délibération et au vote du Parlement. Dans ce schéma, on comprend aisément que les avis et consultations requis pour que le texte puisse être ensuite déposé au Parlement comptent moins que la phase décisive de concertation qui a permis d'acter le contenu de la réforme.

Le Conseil d'État n'est pas porté à recourir systématiquement à des obligations normatives fixées par la loi. C'est pourquoi il préconise souvent, dans son action consultative, l'expérimentation et la détermination de bonnes pratiques.

La proposition d'une « loi-code » doit être entendue dans cet esprit : celui d'une approche réaliste et pragmatique. Elle appelle une réponse nuancée à la question du champ et des modalités d'application de la loi.

182. Article L. 2122-6 du code du travail, inséré par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 : « Dans les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises où, en raison de leur taille, ne sont pas organisées d'élections professionnelles permettant d'y mesurer l'audience des organisations syndicales, **et jusqu'à l'intervention d'une loi suivant les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle**, aboutissant au plus tard le 30 juin 2009, sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises et d'y mesurer l'audience des organisations syndicales, sont présumées, sans préjudice de la preuve du contraire, représentatives les organisations syndicales de salariés affiliées à des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. »

183. Loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

En particulier, les dispositions de cette « loi-code » ne s'appliqueront qu'à partir du moment où les autorités publiques auront décidé de recourir à la concertation ouverte qu'elle aura vocation à organiser. Celle-ci sera bien entendu placée sous le contrôle du juge qui sera naturellement conduit, dans ce nouveau cadre législatif, à définir des critères jurisprudentiels.

La rédaction de ce projet de « loi-code », si le principe en était adopté, et en particulier son étude d'impact, pourrait faire opportunément l'objet d'un groupe de travail interministériel piloté par le Conseil d'État avec le secrétariat général du Gouvernement.

3.3.3. Le support juridique proposé

La proposition consiste à introduire dans une loi-code l'ensemble des principes directeurs qui régiraient le recours à des concertations ouvertes précédant, chaque fois que nécessaire, la prise de décision.

Les principes directeurs ont déjà été présentés au II-2.2. Ils sont au nombre de six. Il est à ce stade nécessaire de les rappeler :

- **garantir l'accessibilité des informations ;**
- **assurer le dépôt des observations de tous les participants et favoriser leur publicité ;**
- **garantir l'impartialité et la loyauté de l'organisateur de la concertation et mettre en place, chaque fois que nécessaire, un « tiers garant » ;**
- **assurer des délais raisonnables aux citoyens ou aux organismes représentatifs pour s'exprimer ;**
- **veiller à la représentativité des organes et groupes de travail de la concertation, notamment en assurant la présence des organismes minoritaires ;**
- **donner les informations sur les suites projetées, dans un délai proportionné à l'importance de la réforme.**

Ces principes directeurs figurent déjà dans notre droit, mais **ils prennent une tout autre signification dès lors qu'ils sont regroupés et articulés** entre eux pour constituer **l'architecture d'une procédure de concertation** préparatoire à la décision.

La nature et la finalité de ces principes directeurs désigneraient assez naturellement un vecteur législatif susceptible de porter ce corpus : la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations¹⁸⁴. Toutefois, il est apparu préférable de proposer un support juridique spécialement dédié à la novation proposée et qui s'intitulerait *projet de loi-code relative aux principes de l'administration délibérative*.

On le voit, le choix qui est proposé n'est pas le choix d'une codification de la procédure administrative non contentieuse mais celui d'une « loi-code », à droit non constant, où **le législateur affirme des solutions nouvelles répondant aux**

184. Voir J. Chevallier, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? » (à propos de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations), *Recueil Dalloz*, 2000, p. 575.

besoins politiques, civiques et sociaux de la population. Il va, au demeurant, à l'encontre de la définition de la codification telle qu'elle est donnée par la loi du 12 avril 2000 à son article 3¹⁸⁵.

Le choix qui est proposé ne méconnaît pas que la question de l'opportunité d'un code de procédure administrative non contentieuse reste encore aujourd'hui posée. On connaît les raisons d'ordre jurisprudentiel pour lesquelles il n'existe pas en France de code rassemblant les règles de procédure que l'administration est tenue de suivre. Le seul texte général en la matière, avant la loi du 12 avril 2000, était le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, relatif aux relations entre l'administration et les usagers, aujourd'hui abrogé¹⁸⁶. Il a représenté une tentative intéressante mais circonscrite qui est restée de portée limitée, moins en raison du contenu du texte que de sa place dans la hiérarchie des normes.

Plusieurs fois annoncé (circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996, loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 qui avait habilité le Gouvernement à adopter un tel code...), le projet de code de l'administration n'a pu, à ce jour, aboutir. La matière ne semblait pas avoir assez de substance propre pour devoir être codifiable en priorité¹⁸⁷. La Commission supérieure de codification, quant à elle, affirme dans son 20^e rapport (2009), paru en juin 2010, qu'un code de l'administration manque de pertinence. On a déjà dit dans quelles conditions elle avait préconisé la voie de lois qui, par elles-mêmes, constitueraient des « mini-codes ».

Actuellement, l'obligation de suivre une procédure particulière relevant du droit des administrés ou de l'accès aux informations ou données de toute nature, ou encore du droit de l'Internet, pour prendre quelques exemples, peut résulter de bien des sources différentes. Les dispositions existantes relatives à la participation du public sont dispersées. Elles figurent, avec leurs spécificités propres, dans de multiples codes ; ainsi, dans le code de l'environnement où elles sont actuellement assez fournies, mais aussi dans le code rural et de la pêche maritime ou dans le code de l'urbanisme. Mais on en trouve aussi dans le code du travail, dans celui de l'éducation ou encore celui de la santé publique. **Le travail de rassemblement et de recomposition, qui ne se limitera pas à une opération de simple légistique à droit constant, est à conduire.** Il donnera une visibilité externe à la réflexion conduite sur la participation des citoyens et des administrés à la préparation de la décision.

185. « Article 3 : La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit. »

186. Ses derniers articles en vigueur ont été abrogés par le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif. L'abrogation des articles 1 et 2 du décret du 28 novembre 1983 n'allait pas de soi dans la mesure où ces dispositions ne trouvaient pas leur équivalent dans la jurisprudence.

187. Pourtant, à l'origine, la Commission supérieure de codification a défini la configuration de ce code de l'administration autour de deux parties, l'une consacrée aux relations entre l'administration et le public, l'autre relative aux règles de l'organisation des administrations. Une troisième partie est envisageable pour retracer l'action de l'administration : l'élaboration et l'entrée en vigueur des actes administratifs, les contrats de l'administration, le régime des biens de l'administration.

3.4. Amplifier le recours aux études d'impact

Il s'agit d'utiliser toutes les potentialités des études d'impact pour **combiner et renforcer les deux phases de toute réforme** : celle, amont, de concertation et celle, aval, de consultation, selon des modalités spécifiques à chaque réforme.

Après l'échec de la politique incitative¹⁸⁸ de développement des études d'impact des projets de loi, d'ordonnance et de certains décrets, le Conseil d'État s'était résolument attaché à plaider en faveur d'un dispositif contraignant de réalisation d'études d'impact dès la phase d'élaboration de la loi¹⁸⁹. C'est chose faite depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du 15 avril 2009, prise pour l'application des dispositions de l'article 39 de la Constitution dans leur rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

L'article 8 de la loi organique qui constitue le cœur des dispositions consacrées aux études d'impact des projets de loi¹⁹⁰ prévoit « avec précision » les documents qui rendent compte de l'étude d'impact et qui doivent retracer le contenu de ces études. On notera avec intérêt que, parmi ces documents, la loi organique mentionne « *les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État* ». Figurent également dans cette énumération précise et fournie l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, les coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires. Les débats parlemen-

188. Les deux circulaires du Premier ministre du 21 novembre 1995 et du 26 janvier 1998 n'ont pas eu, en l'occurrence, les effets attendus.

189. Rapport public 2006 du Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, proposant l'adoption d'une loi organique qui fixerait les règles de l'évaluation préalable de la loi et en ferait un élément de la régularité de la procédure législative.

190. Article 8 – « *Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-579 DC du 9 avril 2009]. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent. / Ces documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation. / Ils exposent avec précision : – l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne ; / – l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi ; / – les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ; / – les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les terres Australes et Antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ; / – l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ; / – l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public ; / – les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État ; / – s'il y a lieu, les suites données par le Gouvernement à l'avis du Conseil économique, social et environnemental ; / – la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-579 DC du 9 avril 2009]. »*

taires le montrent, le législateur a tenu à donner **une réelle force contraignante aux études d'impact**.

Bien que le dispositif n'ait pas deux ans de fonctionnement, les premiers éléments permettent de constater que l'obligation d'accompagner les projets de loi d'une étude d'impact a permis de mieux justifier la nécessité de légiférer et de mieux mesurer les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales de la réforme. Néanmoins, le dispositif mis en place n'a sans doute pas encore donné tous les résultats que l'on pouvait escompter en termes non seulement de réduction du flux de textes législatifs nouveaux, mais aussi d'élaboration des politiques publiques. À cet égard, **le lien avec les phases préalables de concertation est encore trop lâche et gagnerait à être placé sous une plus forte tension**.

Les études d'impact ne sont certes pas faites pour servir de supports à des consultations-concertations, mais la démarche qui sous-tend leur réalisation ne trouve sa pleine utilité que si elle est engagée sérieusement **dès le commencement de la réflexion sur la réforme souhaitée, lorsque les différentes options sont encore ouvertes** et qu'elle ne constitue pas une sorte d'alibi ou de validation *ex post* de choix déjà effectués.

À cette fin, il serait sans aucun doute opportun que les études d'impact rendent compte de manière plus effective des concertations préalables, et dépassent le cadre d'une simple liste ou d'un simple résumé de ces dernières.

Mais il convient d'aller plus loin encore

Il est proposé d'exploiter toutes les possibilités offertes par la loi organique du 15 avril 2009 qui, avec les études d'impact, a doté notre droit d'un très bon outil pour **mieux articuler les deux phases de toute réforme : celle, amont, de concertation et celle, aval, de consultation**. En effet, l'étude d'impact n'est pas une simple analyse technique qui consiste à fournir des données utiles à la prise de décision. Elle comporte nécessairement une part de jugement de valeur sur l'intérêt du projet. Cela pose alors la question de la désignation de l'autorité chargée de procéder à l'étude d'impact. L'impartialité avec laquelle elle doit être conduite supposerait que l'étude soit réalisée par un organisme extérieur au ministère « porteur » du projet. Or, on peut comprendre qu'un choix différent ait été fait afin d'impliquer complètement le ministre responsable du projet. C'est pourquoi il est essentiel, à ce stade encore amont de l'élaboration de la norme, d'avoir l'assurance que le point de vue, les demandes, voire les revendications en provenance des éléments représentatifs de la société civile aient pu être pris en considération. La procédure d'étude d'impact doit correctement organiser le recueil et la prise en compte loyale des points de vue exprimés au cours de la phase de concertation qui se tient naturellement dès le lancement de la réforme. À cet égard, les intentions du législateur organique ont été très clairement affichées dans la liste des motifs de recours à une nouvelle législation fixée par l'article 8 de la loi organique. Encore faut-il qu'elles puissent trouver une traduction effective.

Il convient pour cela de préciser le rôle et la place de l'étude d'impact comme **maillon fort d'un chaînage qui lie les différentes phases d'élaboration du projet de réforme**. Il n'est pas nécessaire, pour ce faire, de modifier les textes, car il s'agit, au fond, d'**une question de volonté, de méthode et de pratique**. Il convient de conforter la petite équipe constituée au secrétariat général du Gouvernement (SGG), au sein du service de la législation et de la qualité du



droit, qui, depuis la mise en œuvre de la loi organique du 15 avril 2009, a la charge de la coordination des études d'impact en liaison avec le ministère principalement responsable. Le bref retour d'expérience que l'on peut avoir depuis septembre 2009 fait ressortir que les ministères ne sont pas encore bien préparés et formés à ce genre d'exercice. Ils sont davantage habitués à rédiger de nouvelles règles de droit, accompagnées d'exposés des motifs, **qu'à recenser les « options zéro », c'est-à-dire celles qui permettent d'atteindre l'objectif politique assigné sans avoir recours à l'édition de normes nouvelles.** Le Conseil d'État a néanmoins observé, au cours de l'année 2010, dans le cadre de son activité consultative¹⁹¹, de sensibles améliorations dans le travail des administrations : transmission plus systématique des études d'impact à l'occasion de la saisine initiale du Conseil d'État, contenu plus fourni et étayé des études, compléments fournis en cours d'instruction du projet de texte par la section administrative. Des efforts restent à accomplir pour ce qui est de l'analyse des projets au regard de leur compatibilité avec le droit de l'Union européenne et les engagements internationaux de la France.

Le secrétariat général du Gouvernement doit se donner les moyens d'anticipation lui permettant de ne pas être trop dépendant des informations détenues par le ministère responsable. Il dispose des outils de stratégie d'amont qui lui permettent de comprendre et d'interpréter le résultat des concertations qui ont eu lieu, d'analyser les pistes ouvertes ou les insuffisances observées. Les services du Premier ministre ne sont pas totalement dépourvus en la matière avec le secrétariat général des affaires européennes (SGAE), qui peut apporter son concours sur les projets comportant de fortes adhérences européennes, et avec le Centre d'analyse stratégique (CAS), qui peut produire des notes de fond relatives aux politiques publiques¹⁹². Toutefois le SGG, notamment pour bien maîtriser les enjeux des études d'impact, doit développer en son sein une capacité d'expertise propre. Celle-ci ne devra néanmoins pas porter atteinte à la légitimité de son action qu'il tire des relations privilégiées et confiantes qu'il entretient avec l'ensemble des ministères, fondées sur une action de coordination active qui n'empiète pas sur le contenu des politiques publiques ni sur l'écriture initiale des projets.

À ce stade, il serait tentant de proposer l'organisation formelle d'un débat public spécifique, de « type CNDP », dans le cadre même de l'étude d'impact, afin de disposer, avant le dépôt du projet de loi, du point de vue des représentants de la société civile. **Toutefois, cette proposition est à exclure**, car l'étude d'impact, ainsi précédée d'un débat public spécifique, pourrait être redondante avec des événements déjà survenus et serait susceptible d'être identifiée comme une entrave à l'action du Parlement ou, à tout le moins, comme une forme de pression d'autant plus forte que le débat public se tiendrait à proximité du débat parlementaire.

En revanche, parmi les outils que doit bien maîtriser le SGG figureront ceux lui permettant d'assurer une bonne analyse et une restitution pertinente des

191. Voir p. 96 et 97 du Rapport public 2011, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La Documentation française, avril 2011.

192. Notons que le SGAE et le CAS comptent, chacun, 200 agents tandis que le SGG dispose d'un effectif (hors direction des services administratifs et financiers très centrée sur le fonctionnement interne de Matignon) de 100 agents.

concertations ouvertes avant même la rédaction de l'étude d'impact. Cette dernière doit faire ressortir la diversité des points de vue et des approches ; elle doit garantir l'expression des raisons pour lesquelles les propositions alternatives ont été, suivant les cas, retenues, amendées ou écartées. Enfin, l'étude d'impact mentionnera les consultations d'aval qui seront les mieux à même d'apporter les améliorations et amendements nécessaires, notamment sur les textes résultant de la phase précédente.

Concertation, études d'impact et consultations ne doivent plus être considérées comme des processus séparés mais **doivent être articulées de manière cohérente et anticipée**, en tout cas le plus qu'il est possible. Il ne s'agit pas là de mettre en place un schéma uniforme valant pour tous les cas de figure mais plutôt **une méthodologie générale retracée dans un « document de conduite de l'étude »** qui tienne compte de **l'ampleur de la réforme proposée, de son urgence, des étapes de son élaboration et des difficultés d'application attendues**.

On l'a dit, les textes qui organisent les études d'impact sont bons ¹⁹³, mais, ce qui est maintenant déterminant, c'est la pratique qui va en être faite. Celle-ci pourra utilement intégrer deux préconisations dépourvues de valeur normative depuis que le Conseil constitutionnel les a retirées de la loi organique ¹⁹⁴.

En premier lieu, la loi organique prévoyait que l'étude d'impact devait être engagée « dès le début de l'élaboration » du projet de loi. Le Conseil constitutionnel a censuré cette précision au motif qu'elle était contraire à la séparation des pouvoirs, le Parlement ne pouvant demander au Gouvernement de justifier de la réalisation d'une étude d'impact dès le début de l'élaboration du projet de loi ¹⁹⁵. Toutefois, au titre d'une bonne pratique que le Gouvernement s'imposerait à lui-même, il est possible, et même très souhaitable, de commencer l'étude d'impact le plus tôt possible dès la fin de la phase de concertation ouverte afin d'en intégrer les résultats, et dès le démarrage de l'élaboration du projet de loi.

En second lieu, la loi organique prévoyait que soit précisée dans l'étude d'impact la liste des textes d'application nécessaires ; elle ajoutait que devaient être indiqués à la fois « leur orientation principale » et « le délai prévisionnel de leur publication ». Le Conseil constitutionnel a censuré ces deux dernières mentions en estimant que le Parlement ne pouvait exiger du pouvoir exécutif de telles

193. Ils seraient parmi les meilleurs au sein des pays de l'OCDE (Rapport de l'OCDE *Mieux légiférer en Europe : France*, octobre 2010).

194. Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009.

195. Considérant 13 : « *Considérant que la compétence conférée par le troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution à la loi organique concerne la présentation des projets de loi par le Gouvernement ; que, s'il était loisible au législateur de subordonner, sous les réserves énoncées aux articles 11 et 12 de la loi organique, l'inscription d'un projet de loi à l'ordre du jour de la première assemblée saisie au dépôt d'une étude d'impact et s'il appartient à la conférence des présidents de cette assemblée de constater que cette étude d'impact est conforme aux prescriptions de l'article 8 de la loi organique, le législateur ne pouvait demander au Gouvernement de justifier de la réalisation de cette étude dès le début de l'élaboration des projets de loi ; que, par suite, les mots : "dès le début de leur élaboration" insérés dans la première phrase du premier alinéa de l'article 8 de la loi organique sont contraires à la Constitution ; [...].* »

précisions alors qu'une loi n'est pas encore votée¹⁹⁶. Là encore, il est tout à fait possible au Gouvernement de fournir ces précisions sur les textes dès lors qu'il est de bonne administration d'inscrire les projets de réforme dans un schéma prévisible et transparent afin de permettre aux différentes consultations d'aval d'être utilement programmées.

Ces rapports confiants avec le législateur sont d'autant plus souhaitables que le Parlement, du fait même des dispositions de la loi organique mais aussi en raison de nouvelles pratiques qu'il veut promouvoir, se trouve être un acteur de premier rang au regard de l'utilisation des études d'impact. La loi organique prévoit que la conférence des présidents de chacune des assemblées a la possibilité de ne pas inscrire un projet de loi à l'ordre du jour à raison des insuffisances de l'étude d'impact. Pour objectiver ce travail délicat de filtrage, l'Assemblée nationale a établi un rapport d'information au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, sur les critères de contrôle des études d'impact¹⁹⁷. Enfin, le règlement de l'Assemblée nationale contient des dispositions prévoyant, d'une part, la mise à disposition du public, par voie électronique, des documents qui rendent compte de l'étude d'impact et, d'autre part, une présentation, dans les rapports des commissions sur les projets de loi, des observations recueillies¹⁹⁸. On notera avec intérêt le souci des représentants de la Nation de valoriser ainsi le résultat de la participation des citoyens à l'élaboration de la norme.

On ne peut que souhaiter que le mouvement favorable aux études d'impact qui semble se dessiner prenne une réelle ampleur et donne toute sa place à **la double articulation** avec les concertations en amont de l'étude d'impact et les consultations en aval. **Les concertations** ouvertes **enrichiront** l'étude d'impact des apports souvent foisonnants, parfois inattendus, émanant du public et des multiples parties prenantes ; elles permettront de tester l'« option zéro » ou d'autres voies radicalement différentes de celle proposée. **Les consultations**, quant à elles, fonctionnent comme un filtre fonctionnel et **un prisme institutionnel** ; elles amendent, infléchissent ou même redéfinissent les options retenues sans toutefois remettre en cause précisément le cadrage général proposé. C'est la bonne organisation de ces séquences qui, en matière d'étude d'impact, est source d'efficacité et gage de qualité.

Dès que ce dispositif aura fait ses preuves à propos des projets de loi, **il est proposé que son extension aux projets de décret d'application des lois, aux projets de décret du pouvoir réglementaire autonome ainsi qu'aux projets de directive et règlement européens**, testés selon cette méthode avant même négociation, soit progressivement mise en œuvre. Cette démarche par étapes s'appuiera sur les enseignements des tentatives qui n'avaient pu aboutir dans les

196. Considérant 16 : « *Considérant, en deuxième lieu, qu'en tant qu'il comporte injonction au Gouvernement d'informer le Parlement sur les orientations principales et le délai prévisionnel de publication des dispositions réglementaires qu'il doit prendre dans l'exercice de la compétence exclusive qu'il tient des articles 13 et 21 de la Constitution, le dernier alinéa de l'article 8 méconnaît le principe de séparation des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire ; que, dès lors, le membre de phrase : “, leurs orientations principales et le délai prévisionnel de leur publication” est contraire à la Constitution ; [...]* »

197. Rapport d'information n° 2094 du 19 novembre 2009 par C. Goasgen et J. Mallot.

198. Article 83, alinéa 2 et article 86, alinéa 8 du règlement de l'Assemblée nationale.

années 1990 concernant les projets de décret¹⁹⁹. La méthodologie mise au point par l'équipe du secrétariat général du Gouvernement concernant les études d'impact des projets de loi et les réflexions conduites au sein des ministères sur les études prévues à l'article 2 du décret du 8 juin 2006 pour vérifier que les missions imparties à un organisme consultatif qu'il est envisagé de créer répondent réellement à une nécessité avérée ou ne sont pas susceptibles d'être assurées par un organisme consultatif déjà existant seront des ancrages utiles à cette approche progressive mais résolue.

3.5. Exploiter toutes les potentialités offertes par Internet

La formule « consulter autrement, participer effectivement » suggère spontanément un recours confiant aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. L'outil électronique est naturellement bien adapté aux impératifs de transparence, d'échange et de traçabilité qui caractérisent l'« administration délibérative ». Cependant, le recours à ces technologies prometteuses doit être assorti de sérieuses précautions qui, elles-mêmes, participent de la définition de l'« administration délibérative ».

La généralisation de l'outil Internet n'a pas manqué, depuis quelques années déjà, d'influencer l'ensemble du processus préparatoire à la décision. Cela va de l'intervention banale dans les modalités de convocation aux séances des organismes consultatifs jusqu'à la mise en place d'un vecteur performant de participation à une concertation ouverte où chacun est invité à faire connaître et valoir son point de vue. Mais Internet n'est-il qu'un simple outil ? Son utilisation dans l'expression et le recueil des opinions, en même temps qu'elle donne « *une nouvelle jeunesse aux pratiques de consultation*²⁰⁰ », ne transforme-t-elle pas nécessairement le rapport à l'information, dans son lien entretenu avec l'espace et la durée ? Disposant de cet outil au bout de leurs doigts, les citoyens interviennent de manière plus directe, quasi instantanée et peuvent s'affranchir des intermédiaires. On ne peut alors que s'interroger sur la force et la forme données à l'expression de l'opinion et celles des attentes que cela suscite. Dans un contexte marqué par la « crise de la représentation », l'utilisation par les citoyens des nouvelles technologies dans les processus de participation et de délibération pose tout simplement la question de la démocratie qui ne sera principalement examinée ici que sous l'angle de sa déclinaison administrative.

Il ne fait guère de doute que, pour simplifier le dispositif passablement compliqué du processus consultatif ou pour donner leur plein effet aux concertations, il faut se montrer plus ouvert aux potentialités des nouvelles technologies. Mais il convient d'être conscient que les limites de ces outils sont dans leurs excès.

199. Abrogation en 2004 des circulaires de 1995 et 1998, mentionnées *supra* note 188.

200. H. Belrhali-Bernard, « La pratique des consultations sur Internet par l'administration », in *Actes du colloque Vers une démocratie administrative ? Des administrés aux citoyens*, ENA, Strasbourg, 19 et 20 mars 2010, RFAP, n° 137, 2011.

Il est donc nécessaire de sécuriser leur utilisation, tout en garantissant l'efficacité de leur action.

3.5.1. Un plus large recours à Internet nécessite de répondre aux insuffisances procédurales de l'outil de la « démocratie électronique »

L'utilisation par les citoyens et les administrés des nouvelles technologies dans les processus de participation et de délibération – dénommée parfois « démocratie électronique » – a rapidement trouvé sa place dans le débat public comme dans l'action administrative. Les formes sont variées, du simple dépôt d'avis sur des forums électroniques à la participation effective aux concertations ouvertes, en passant par un fonctionnement amélioré de commissions consultatives institutionnelles. Il convient tout d'abord d'évoquer l'expression du vote par la voie numérique et, plus particulièrement, par Internet. La tendance à ce recours est grandissante. Le Conseil d'État s'est prononcé à deux reprises, dans le cadre de son activité consultative en 2010, sur cette question sensible. Tout d'abord, le Conseil d'État, examinant les textes de mise en œuvre de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 relatif au référendum d'« initiative partagée²⁰¹ », a admis que l'expression des soutiens individuels à une initiative référendaire puisse se faire par la voie exclusivement électronique, à la condition, toutefois, que des points d'accès publics soient aménagés, à l'initiative de l'État, pour les personnes ne disposant pas de moyens informatiques propres, afin de garantir l'égalité d'expression entre les citoyens²⁰². Ensuite, le Conseil d'État, saisi d'une demande d'avis par le ministre de l'éducation nationale, relatif à la possibilité de recourir, à titre expérimental, au vote électronique pour l'élection des représentants des personnels aux commissions administratives paritaires nationales des enseignants du second degré, a estimé que le recours à ce type de vote, à l'exclusion de toute autre modalité d'expression du suffrage, est possible dès lors que des précautions appropriées sont prises. Il s'agit de veiller à ce que ne soit écartée du scrutin aucune personne non équipée à son domicile du matériel nécessaire ou résidant dans une zone non desservie par Internet ou encore ne sachant ou ne pouvant se servir de ce mode de communication sans l'assistance d'un tiers. Doivent également être prévues les garanties destinées à prémunir suffisamment l'électeur contre les éventuelles pressions ou indiscretions susceptibles de survenir du fait de l'entourage²⁰³.

Les avantages des consultations en ligne, sous toutes leurs formes, sont multiples : réduction des contraintes matérielles, raccourcissement de délais excessifs, assouplissement de règles de fonctionnement figées. Toutefois, avant de favoriser de nouveaux progrès en la matière, le Conseil d'État estime qu'il est nécessaire de procéder à une analyse des insuffisances qu'Internet peut entraîner, voire des dangers qu'il peut provoquer. Une concertation officielle sur Internet ne peut se

201. Voir *supra*, 2.1.1. p. 58.

202. Voir p. 105 du Rapport public 2011, *op. cit.*

203. Voir p. 366 du Rapport public 2011, *op. cit.*

conduire comme une enquête d'opinion ou un sondage de satisfaction. Elle ne peut davantage se borner à installer un site ou une messagerie. Elle représente une tout autre chose qui ne peut être traitée sans précaution. L'idée que l'utilisation de l'outil Internet ne peut que simplifier les procédures est trompeuse. En effet, s'il est vrai que les consultations en ligne permettent d'introduire de vraies souplesses dans la gestion d'actes élémentaires, **Internet donne, en réalité, de faibles garanties procédurales.** Malgré, ou plutôt à cause de leur grande facilité et de leurs énormes potentialités, **les nouvelles technologies nécessitent en fait, dans les processus administratifs complexes, un surcroît de règles de procédure,** précisément en raison de leur propension naturelle à s'en passer. Une plus large extension de l'utilisation des nouvelles technologies aux domaines de la démocratie administrative suppose que ce problème soit réglé. Il est donc proposé d'**être particulièrement attentif au développement du droit des consultations par Internet.**

Le décret du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif, pris il y a déjà cinq ans, a commencé à le faire²⁰⁴. Mais, depuis, d'autres évolutions, plus importantes, sont apparues. Déjà précédemment signalé²⁰⁵, un décret du 2 novembre 2009 prévoit que le Comité consultatif de gouvernance pour la répartition de la redevance pour pollution diffuse peut, en cas d'urgence, se prononcer au moyen d'une « *consultation électronique préservant la collégialité des débats, selon les modalités définies par son règlement intérieur* ». Dans le même esprit, la procédure du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques²⁰⁶ se déroule en deux temps dont le premier consiste à recourir à une consultation numérique sur les projets de texte avant que le Conseil ne délibère et donne un avis formel au Gouvernement (voir annexe 5). Si le code de l'environnement ne prévoit pas de procédure électronique pour le déroulement des débats et manifestations de la Commission nationale du débat public, il en prévoit cependant une à l'article L. 120-1 nouvellement inséré par la loi du 12 juillet 2010 dite « Grenelle II ». Une participation par voie électronique du public peut lui permettre de prendre connaissance des projets de décision de l'État ou de ses établissements publics

204. L'article 5 du décret prévoit que « *la convocation aux séances des commissions administratives consultatives peut être envoyée par tous moyens, y compris [...] par courrier électronique. Il en est de même des pièces ou documents nécessaires à la préparation de la réunion ou établis à l'issue de celle-ci* ». Son article 15 invite à procéder à une « *consultation des membres de la commission [...] par tout moyen approprié permettant leur identification et leur participation effective à une délibération collégiale [...] en cas d'extrême urgence dûment motivée* ».

205. Voir *supra* note 116, p. 70.

206. La composition et le fonctionnement du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques pour la protection de l'environnement sont fixés par les articles D. 511-1 à D. 511-8 du code de l'environnement.

qui ont une incidence directe sur l'environnement²⁰⁷. Il est très intéressant de noter qu'une disposition quasi contemporaine et de formulation très voisine a été introduite dans le code rural et de la pêche maritime, s'agissant des opérations qui ont une influence directe et significative sur l'environnement²⁰⁸. Ainsi observe-t-on de **multiples introductions, dans des textes spécifiques, de dispositions dont la finalité est la même. On a là un exemple assez évident de l'utilité d'une loi-code, évoquée plus haut²⁰⁹, afin de se doter de dispositions procédurales applicables de manière transversale** qui, par ailleurs, n'interdiraient en rien les adaptations nécessitées par des situations particulières.

C'est ce mouvement de «**procéduralisation**» des concertations ouvertes qu'il convient de continuer à développer, sans qu'il s'agisse pour autant d'imposer un modèle unique qui serait contraire aux souplesses attendues de ces procédures et aux multiples solutions variées permises par les technologies nouvelles.

Ainsi, en réponse à ceux qui déplorent, parfois à juste titre, que le recours grandissant à l'Internet dans les concertations aboutisse à une sédimentation chaotique des contributions, de points de vue partiellement redondants, en partie contraires ou tout simplement totalement contradictoires, **il est possible d'apporter des réponses procédurales simples et aisément praticables**. Il existe par exemple la possibilité de créer, à un moment donné de la concertation, des **forums fermés** permettant aux différents contributeurs de ne pas voir ce qu'écrivent les autres intervenants. Un **code de contrôle** peut permettre aussi de s'assurer que le message n'est pas envoyé automatiquement par un robot informatique. Il est également possible d'avoir recours à un **modérateur** du forum pour éviter des excès de langage ou de volume dans les contributions. Il existe donc de multiples possibilités de régulation du débat permises par la souplesse et l'adaptabilité des outils.

207. Article L. 120-1 du code de l'environnement créé par l'article 244 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 : «*Le présent article définit les conditions et limites dans lesquelles le principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement est applicable aux décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics. / I. – Sauf disposition particulière relative à la participation du public prévue par le présent code ou par la législation qui leur est applicable, les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement. Elles font l'objet soit d'une publication préalable du projet de décision par la voie électronique dans des conditions permettant au public de formuler des observations, selon les modalités fixées par le II, soit d'une publication du projet de décision avant la saisine d'un organisme consultatif comportant des représentants des catégories de personnes concernées par la décision en cause, selon les modalités fixées par le III. / II. – Le projet de décision, accompagné d'une note de présentation, est rendu accessible au public pendant une durée minimale de quinze jours francs. Le public est informé de la date jusqu'à laquelle les observations présentées sur le projet seront reçues. Le projet ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai de deux jours francs à compter de cette date. / Lorsque le volume ou les caractéristiques des documents ne permettent pas leur publication par voie électronique, l'information mise en ligne comprend un résumé du dossier ainsi qu'une indication des lieux et heures où l'intégralité du dossier peut être consultée.*»

208. Article L. 914-3 créé par la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche.

209. Voir *supra*, 3.3.3. p. 108.

3.5.2. La loi prévoit désormais une mesure ambitieuse de régulation entre les procédures de concertation et celles de consultation, en utilisant l'outil Internet

Comme il a été dit plus haut (II-1.7.), la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, issue de la proposition de loi présentée par le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, prévoit à son article 16 **une mesure très novatrice**, et ce à deux titres. D'une part, elle établit un lien de **substitution entre les procédures de concertation que la loi entend favoriser et celles de consultation qui doivent être réduites**. D'autre part, la substitution est opérée en ayant recours **de manière systématique au vecteur Internet**.

Il n'y a pas lieu de revenir ici sur l'analyse de l'article 16 de la loi, ni sur les conditions particulières de son adoption qui ont été évoquées précédemment. La loi a prévu qu'un décret en Conseil d'État fixerait les conditions d'application de l'article.

L'article 16 de la loi assure **une exigence procédurale de transparence** garantie par la nécessité pour l'autorité administrative concernée de **faire « la synthèse des observations qu'elle a recueillies par Internet »** et de **la « rendre publique »**. De la sorte, la portée des observations formulées par le public et la prise en compte ou non de celles-ci seront visibles et permettront de juger de la sincérité de la concertation, le cas échéant sous le contrôle du juge.

Le Conseil d'État considère cette mesure comme **novatrice et prometteuse et de nature à favoriser la participation effective des citoyens et administrés au processus d'élaboration de la décision publique**.

Il serait souhaitable que le secrétariat général du Gouvernement, dans le prolongement de la circulaire du Premier ministre du 8 décembre 2008 relative à la modernisation de la consultation²¹⁰, puisse sensibiliser les administrations au nouveau dispositif et donner des cas concrets de mises en œuvre possibles et immédiates. La nouvelle circulaire suggérée, préparée par le SGG et soumise à la signature du Premier ministre, demanderait aux ministères de prendre toutes dispositions utiles destinées à inciter les responsables des commissions consultatives dont l'avis doit être recueilli en application d'une disposition législative ou réglementaire à se préparer à donner désormais leur avis dans le cadre de la concertation par Internet. Il s'agit de favoriser de nouvelles pratiques au sein des organismes consultatifs traditionnels afin que l'esprit de la loi soit compris et suivi d'effets.

210. De laquelle on peut extraire le paragraphe suivant : « [...] Je vous demande donc de m'adresser, d'ici à la fin du mois de février 2009, un document faisant apparaître comment vous entendez organiser la pratique consultative dans le champ de vos attributions. / Vous vous garderez d'une approche institutionnelle. Les nouvelles pratiques sociales et les technologies de l'information permettent désormais d'organiser consultations et concertations sans nécessairement recourir à la création d'instances administratives, conseils ou commissions [...]. / Vous préciserez également les méthodes et techniques que vous envisagez d'utiliser pour simplifier les procédures consultatives (forums de discussion, visioconférences ou conférences téléphoniques, etc.). [...] »

3.5.3. La « fracture numérique » et les propositions pour la réduire : formation, intermédiation, initiatives décentralisées

Le recours grandissant aux nouvelles technologies dans les processus de participation et de délibération suppose, pour être crédible, que l'immense majorité des citoyens et administrés du pays ait aisément accès aux outils numériques de base : un ordinateur et un accès informatique suffisamment calibré. Cela suppose aussi qu'en « bout de ligne » les temps de réponse et les coûts soient acceptables²¹¹. Or, malgré des progrès constants, année après année, tel n'est pas encore le cas aujourd'hui. Seuls sept Français sur dix ont accès à Internet à leur domicile. Selon l'*eurobaromètre* publié par la Commission européenne, la France se classe 6^e en matière d'accès à Internet à domicile. Elle compte, en 2010, près de 45 millions d'internautes, 4,6 millions de plus que l'an dernier, soit un taux de pénétration de 68,9 %²¹². Un peu plus de la moitié de la population (53 %) se connecte quotidiennement et, si l'on peut avancer le chiffre, somme toute respectable, de 23 millions de personnes ayant procédé à des démarches administratives et fiscales sur Internet en 2010, soit un doublement en cinq ans, seulement un tiers des personnes déclarent avoir demandé des documents administratifs par ce moyen (actes d'état civil, extrait de casier judiciaire, certificat de non-gage...). Le rapport Besson d'octobre 2008 a signalé cette situation²¹³ et proposé des solutions dont certaines sont financées dans le cadre de la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

Le développement de l'« administration électronique », visant à passer à une deuxième étape de déploiement de services administratifs²¹⁴, contribuera certainement à réduire un peu cette occlusion, mais sûrement pas à la faire disparaître. Des actions spécifiques et ciblées sont donc nécessaires.

211. Au moins 512 kbit/s, à un tarif inférieur à 35 euros/mois : définition de la norme fixée par le *Rapport France numérique 2012 – Plan de développement de l'économie numérique*, É. Besson, La Documentation française, octobre 2008.

212. Chiffres pour l'année 2010 d'après www.Internetworldstats.com/eu/fr.

213. « Si certains opérateurs affichent des taux de couverture de la population dépassant 95 % des foyers, ces niveaux laissent entre un et deux millions de Français durablement exclus de la société de l'information. Cette situation n'est conforme ni aux idéaux sur lesquels est fondée notre République, ni aux préoccupations d'aménagement équilibré du territoire, de compétitivité de nos entreprises et de rayonnement de notre culture. Aussi, un accès équitable au haut débit doit donc être offert à l'intégralité des foyers français. L'objectif du Gouvernement est que 100 % de la population ait accès au haut débit d'ici à 2012. » *Rapport précité France numérique 2012 – Plan de développement de l'économie numérique*, p. 3.

214. La première étape du développement de l'administration électronique compte quelques beaux succès comme la télédéclaration de l'impôt sur le revenu (7,4 millions en 2008), la dématérialisation des feuilles de maladie (près d'un milliard de feuilles de soin électroniques ont été traitées en 2007) et le développement de la télé-TVA.



Trois facteurs discriminants permettent d'identifier les disparités inhérentes à la « fracture numérique » : la catégorie socioprofessionnelle d'appartenance, souvent corrélée au niveau de diplôme, l'âge et la zone géographique d'habitation²¹⁵.

En termes d'infrastructures, la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique prévoit notamment la création d'un fonds d'aménagement numérique des territoires et la possibilité pour une collectivité de poser des fibres optiques lors de travaux effectués sur le domaine public.

Cependant, les mesures les plus susceptibles de combler le fossé numérique sont les plus difficiles à mettre en œuvre, car elles ne relèvent pas d'une décision de type « grand emprunt » mais de nombreux efforts touchant les personnes, les associations, les collectivités territoriales, les milieux socioprofessionnels et notamment ceux concernant les très petites entreprises (TPE).

Dans cette perspective, il est proposé de privilégier l'aide à destination de publics présentant une vulnérabilité ou une inappétence par rapport à ces technologies : personnes malvoyantes²¹⁶, personnes âgées, demandeurs d'emploi, migrants, personnes illettrées. Il convient de relier les formations dispensées à la problématique de l'intégration sociale. L'accès au réseau est une chose, la formation et l'appétence à la maîtrise des technologies de l'information en sont une autre, plus difficile.

Dans ce contexte, l'intermédiation qui mobilise le secteur associatif, celui des collectivités territoriales et des administrations de proximité (« Pôle emploi », groupements d'établissements (GRETA) de la formation professionnelle de l'éducation nationale, chambres de métiers et d'artisanat) a un grand rôle à jouer. Cela passe aussi par des mesures simples, prosaïques telles que la multiplication des bornes Internet dans les lieux publics, les cybercafés et les centres municipaux, par exemple.

215. – Disparités liées à la profession : seulement 32 % des sans-emploi utilisent Internet contre 54 % des personnes employées (Demunter, 2005) ; seuls 22 % des Français dont le revenu ne dépasse pas 900 € ont accès à Internet alors que cette proportion est de 82 % chez les cadres supérieurs (Y. Frydel, « Internet au quotidien », *INSEE Première*, mai 2006, n° 1076 et B. Le Gendre, « Tous connectés en 2012 », *Le Monde*, 17 septembre 2008, cités par P. Sablière, « Nul n'est censé ignorer Internet ? », *AJDA*, p. 127, 2010). L'écart relatif entre groupes sociaux reste stable depuis le début des années 2000.

– Disparités liées à un faible niveau d'études : en France, 78 % des diplômés du supérieur sont équipés de micro-ordinateur, contre 21 % des non-diplômés ; 45 % des non-diplômés équipés de micro-ordinateur ne l'utilisent jamais, contre 5 % des diplômés de l'enseignement supérieur (Régis Bigot, Credoc 2005).

– Disparités liées à l'âge : 99 % des adolescents sont internautes, suivis de près par les personnes de moins de 39 ans qui sont à 93 % connectées à Internet. Une personne sur deux de 60 à 69 ans et une sur cinq de plus de 70 ans se connectent. L'écart devrait s'estomper : en deux ans, l'utilisation d'Internet par ces deux groupes de population a progressé de respectivement 20 points et 8 points.

– Disparités géographiques : accès limité ou inexistant à Internet dans certaines régions rurales : en 2008, plus de 50 % des exploitations agricoles ne sont pas connectées à Internet.

216. Voir le décret n° 2009-546 du 14 mai 2009 pris en application de l'article 47 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et créant un référentiel d'accessibilité des services de communication publique en ligne.

Il serait vain de chercher à promouvoir une meilleure participation des citoyens et des administrés au processus décisionnel et à développer une administration plus encline à rendre des services de qualité, notamment en utilisant toutes les facilités offertes par une informatique répartie en réseaux, tant que l'accessibilité et l'équipement des foyers ne seront pas totalement réalisés. Le point d'arrivée est en vue, il est à portée, mais il n'est pas atteint.

3.5.4. L'apport majeur d'Internet provient peut-être surtout de sa fonction de mise à l'épreuve continue de la décision publique

L'efficacité de l'Internet réside peut-être, pour ce qui concerne le domaine de la présente réflexion, moins dans sa capacité instrumentale à acheminer des informations que dans sa fonction de mise à l'épreuve continue de la décision publique. Le but n'est pas tant de se connecter pour donner son point de vue que de questionner, de chercher les justifications, de justifier sa propre position aussi. C'est ce processus qui contribuera à évaluer la pertinence d'une décision et plus largement celle de la conduite d'une politique publique. Selon Pierre Rosanvallon, la spécificité de l'outil Internet est d'être une « *expression réalisée des pouvoirs de veille, de vigilance, de dénonciation et d'évaluation* », caractéristiques de la « *contre-démocratie* »²¹⁷. Il est à noter que cette mission de veille et de recommandation était, jusqu'à peu, remplie en France par une structure très originale, à la fois technique et éthique, située à la frontière de l'État et de la société civile, le Forum des droits sur l'Internet²¹⁸. Désormais, un Conseil national du numérique²¹⁹ aura vocation à améliorer le dialogue entre les pouvoirs publics, la société civile et les secteurs économiques professionnels, sociaux et de recherches impliqués dans le domaine des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Ce Conseil sera consulté sur l'ensemble des projets de textes législatifs et réglementaires et sur l'action des pouvoirs publics dans les domaines de la société de l'information.

Pour conforter cette fonction de veille, il apparaît au Conseil d'État qu'il est nécessaire de **renforcer les garanties procédurales des concertations ouvertes que l'utilisation d'Internet, d'une manière générale, a tendance à minorer.**

217. P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006, p. 71-76.

218. Le Forum des droits sur l'Internet, organisme indépendant de corégulation de l'Internet, a joué un rôle important pour permettre la mise en œuvre concrète d'une démarche de veille et de recommandation. Il a associé, dans une structure de gouvernance innovante, représentants de l'État, du secteur privé et de la société civile. Son domaine de compétence a couvert l'ensemble des aspects de politique publique liés au développement de la société numérique sur le plan des contenus et des usages. Sans être un organe pourvu d'une capacité de décision en propre, le Forum a assumé un rôle de facilitation, en liaison étroite avec les autorités publiques en particulier. Il a agi de sa propre initiative ou à la demande des autorités publiques ou d'autres acteurs, selon les modalités prévues dans sa Charte. Plus de cent vingt organismes publics, associations et entreprises privées ont adhéré au Forum depuis sa création en 2001. Le Forum a décidé de mettre fin à ses activités le 31 décembre 2010 à la suite de l'interruption de la subvention versée par les pouvoirs publics, dans la perspective de la création du Conseil national du numérique.

219. Un Conseil national du numérique, à la suite du rapport de P. Kosciusko-Morizet remis au ministre chargé de l'industrie en février 2011, a été mis en place par le décret n° 2011-476 du 29 avril 2011 portant création du Conseil national du numérique.

Sans elles, la procédure de concertation risquerait de se réduire à une opération de communication alibi. La proposition du Conseil d'État consiste donc à **introduire dans la loi-code précédemment mentionnée des normes minimales ou principes directeurs du droit de la concertation en ligne**. Des éléments épars de ce type de *soft law* existent tels que des chartes ou codes de bonne conduite que l'on trouve dans certains ministères qui en éprouvent le besoin²²⁰.

Les principes de garantie procédurale en matière de droit de la concertation en ligne ayant vocation à figurer dans la loi-code pourraient être les suivants. **La concertation doit :**

- **respecter des délais proportionnés à l'importance du sujet présenté ;**
- **être circonscrite et mentionner les principales parties prenantes ;**
- **être préalablement documentée, de manière complète, précise et objective ;**
- **être conduite de manière impartiale et, si possible, par un tiers ;**
- **faire l'objet d'un bilan des observations recueillies ;**
- **indiquer les suites qu'il est envisagé de lui donner ; éventuellement un suivi peut être prévu après l'entrée en vigueur du dispositif finalement retenu.**

L'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication par les citoyens et les administrés dans les dispositifs de concertation ouverte **s'adapte assez bien à l'impératif de transparence et de compte rendu qui caractérise le processus progressif et itératif de la délibération**. La discussion électronique, par sa force de pénétration, sa rapidité et sa fluidité, se prête à cette fonction de **mise à l'épreuve de la question traitée**, de la politique publique proposée. L'intérêt et l'apport nouveaux, c'est que, lorsque la décision est prise et entérinée par le pouvoir habilité à le faire, elle l'est de manière plus transparente et mieux articulée avec la participation citoyenne qui l'a précédée. La délibération entendue comme un processus progressif et itératif confrontant les citoyens et le décideur a pu avoir lieu, grandement facilitée par la procédure numérique.

3.6. Définir le rôle et la place d'instances régulatrices de la procédure : l'intervention d'un « tiers garant »

La mesure principale préconisée par le Conseil d'État a été exposée précédemment (voir III-2). Elle consiste à favoriser la tenue de concertations ouvertes très en amont de la décision des autorités publiques tandis que les éventuelles

220. Par exemple, la Charte de consultation sur les textes normatifs en matière de services financiers mise au point en 2008 par le ministère de l'économie et des finances précise les conditions de participation de toutes les parties intéressées (professionnels de la place financière, autorités de supervision, associations représentatives des utilisateurs de services financiers, experts...) à la conception des projets de lois et de textes réglementaires en matière de services financiers, avant présentation au Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière (CCLRF). Le ministère de l'économie s'engage à respecter cette Charte afin de mener à bien la concertation avant la consultation officielle.

consultations sur les textes issues de la concertation seraient en nombre réduit et répondraient à une utilité fonctionnelle ou institutionnelle avérée. Un point particulier doit, à ce stade, faire l'objet d'un développement supplémentaire. En effet, un aspect essentiel et novateur de la proposition porte sur la simplification et la fiabilisation des procédures propres à ces phases qui encadrent la mise au point des projets de texte ou de décision, la concertation, d'une part, et la consultation, d'autre part. La concertation, organisée selon une procédure précisément séquencée, doit être entourée de garanties de nature à assurer son bon déroulement tandis que la consultation doit faire l'objet, quant à elle, d'un contrôle du juge qui gagnerait à être mieux éclairé.

La régulation de la procédure de concertation

La participation du public et des parties prenantes à la concertation ouverte implique le respect d'une procédure transparente et sincère dont les principes seront inscrits, selon la proposition qui est faite, dans la loi-code déjà présentée. La succession des différentes étapes de la concertation obéit à une organisation rigoureuse. Celle-ci porte particulièrement sur l'accessibilité des informations, la visibilité de l'ensemble des points de vue, la lisibilité du débat, la traçabilité de son évolution, la formulation des options différentes et enfin la synthèse des échanges, propositions et contre-propositions. La définition de délais raisonnables concernant chaque étape de la concertation doit être assurée et vérifiée. L'organisation précise et loyale de la concertation ne peut être en règle générale le fait de l'autorité publique commanditaire. Elle sera alors confiée par elle à un tiers qui se portera garant de la régularité et de l'impartialité de la procédure. Cette solution doit toutefois être justifiée par une véritable difficulté, qu'elle soit fonctionnelle ou plus subjective – liée à la capacité supposée de l'organisateur à conduire loyalement la procédure. À égale distance de l'autorité publique et des parties prenantes, le tiers garant aura trois qualités : il sera compétent, impartial et probe. Il a une mission générale de méthodologie appliquée au déroulement du débat public qui sera facilité par des échanges outillés, documentés et, le cas échéant, médiatisés. Indépendant, il respecte les divergences de vue et les différences de point de vue. Enfin, il est à l'écart de tout conflit d'intérêts qu'il s'est mis en situation de rigoureusement prévenir. Son expertise et son expérience seront plus particulièrement mises à l'épreuve lors des débats sur les enjeux généraux du projet, la revue des options, la discussion des conclusions, les propositions de textes et les inflexions de politiques publiques. Ces grandes caractéristiques sont des « invariants » que le projet émane d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou qu'il appartienne à la catégorie des grands débats de société. Le rôle du « tiers garant », qui a un dimensionnement proportionné à l'importance du projet en cause, sa durée et son volume, peut être confié, selon le cas, aussi bien à un magistrat qu'à une autorité administrative indépendante. Cette dernière hypothèse est, comme on le sait, déjà une réalité puisque la Commission nationale du débat public (CNDP) organise les débats publics relatifs aux projets d'aménagement et d'équipement d'intérêt national présentant un impact significatif sur l'environnement et l'aménagement du territoire. Il doit être néanmoins précisé qu'il ne s'agit en aucun cas de créer une suspicion sur la capacité intrinsèque de l'administration à conduire un projet ou à porter une réforme.

La participation du public, particulièrement requise et organisée dans le domaine de l'environnement, a vocation, dans la perspective proposée, à être étendue à tous les autres secteurs et les autres politiques publiques. La mission de « garant »



pourrait alors être confiée à celles des quarante autorités administratives indépendantes existantes qui sont les plus proches du domaine concerné par le projet objet du débat public. Une autre solution consisterait à conférer un champ de compétence générale à la CNDP, pour contrôler l'organisation de tous les débats publics à dimension nationale. Elle deviendrait l'institution de référence, connue du grand public, pour conduire les événements de concertation publique. On peut toutefois penser qu'il est préférable de diffuser l'esprit du « tiers garant » à de multiples niveaux et instances plutôt que d'avoir une approche excessivement instrumentale du débat public. La concentration de la compétence sur un seul spécialiste nuirait certainement à la diffusion de la culture du débat public qui n'est pas encore complètement naturelle dans notre pays. Les autres autorités administratives indépendantes pourraient bénéficier d'une disposition semblable à celle récemment introduite dans le code de l'environnement par la loi du 10 juillet 2010 dite « loi Grenelle II » qui permet à la CNDP de désigner un garant lorsqu'elle estime que la formule « lourde » du débat public n'est pas nécessaire ou adaptée.

Si le « tiers garant » est indispensable à la mise en place de la procédure de concertation ouverte, il doit pouvoir prendre des formes variées et proportionnées pour répondre à la diversité des situations et à l'effectivité de la protection souhaitée. L'ensemble de la procédure serait placé sous le contrôle du juge.

3.7. Réexaminer les conditions du contrôle contentieux des dispositifs de concertation et de consultation

Mieux éclairer le rôle du juge pendant les phases de concertation et de consultation

L'analyse des décisions récentes de la jurisprudence administrative et les dispositions de l'article 70 de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dite « Warsmann », appellent la jurisprudence, sans nécessairement définir de nouvelles lignes, à mieux fixer les lignes actuelles.

L'article 70 de la loi, comme il a été dit précédemment (2.1.7.), est **le nouveau cadre légal** des suites contentieuses en cas d'inobservation par l'autorité administrative des règles de concertation ou de consultation fixées par la loi et les règlements. Le rappel de la disposition législative nouvelle n'est pas inutile tant sa formulation, dans sa brièveté, mérite attention.

« Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision. / Les dispositions de l'alinéa précédent s'appliquent également aux consultations ouvertes conduites en application de l'article 16 de la présente loi. »

Le nouveau dispositif se veut plus simple. D'une part, il ressort clairement des travaux préparatoires de la loi que celle-ci entend **effacer la distinction entre la consultation obligatoire et la consultation facultative comme ligne de force**

du traitement des litiges ; d'autre part, que l'on soit en régime de consultation ou de concertation, un critère majeur est désormais à l'œuvre pour définir si la décision a obéi à un processus préparatoire correct : **les irrégularités invoquées par les plaignants sont-elles susceptibles d'avoir influé sur le sens de la décision prise ?**

Il convient de se demander si le nouveau dispositif ne recèle pas en lui-même quelques risques d'insécurité juridique.

L'expression « organisme » couvre-t-elle tous les cas de figure où il y a émission d'un avis ? Par exemple, concerne-t-elle le cas du sous-préfet mentionné dans la décision CE, 2 juin 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et commune de Noisy-le-Grand*²²¹, qui devait émettre un avis accompagnant le dossier du commissaire enquêteur au préfet en application de l'article R. 11-10 du code de l'expropriation ? Le législateur a certainement souhaité une formulation large et « englobante ». Reste qu'il revient au juge saisi des litiges d'apporter les réponses adaptées.

L'incertitude juridique potentielle la plus sérieuse réside dans la formulation « [...] seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision [...] peuvent être invoquées à l'encontre de la décision ». Non pas qu'elle soit un obstacle à l'accès au prétoire, bien au contraire, puisqu'elle correspond à notre jurisprudence, lorsque la consultation est facultative et que l'article 70 de la loi nouvelle l'étend, de fait, aux consultations obligatoires. La difficulté réside plutôt dans **la détermination et l'appréciation de l'influence de l'irrégularité sur la décision.**

Cette formulation qui ressort des travaux parlementaires semble inviter à transposer la jurisprudence CE, Ass., *Ministre de l'économie et des finances c/ Mme Perrot*, 12 janvier 1968 et dont la formule jurisprudentielle est devenue des plus classiques : « *Il ne résulte pas de l'instruction que l'administration n'aurait pas pris la même mesure si elle n'avait pas retenu le ou les motifs erronés* ». Le juge est conduit à reconstituer l'enchaînement des événements et vérifie que l'autorité administrative, même sans l'erreur qu'elle a commise, aurait pris, en tout état de cause, la même décision.

Toutefois, la difficulté tient à ce que, confronté à une procédure consultative parfois complexe et longue, marquée par des consultations dont chacun se plaît à reconnaître l'importance, parfois sans illusion sur leur incidence réelle, le juge est conduit à prendre la responsabilité de hiérarchiser, au regard de la diversité des circonstances de l'espèce, entre ce qui aura été essentiel et ce qui sera regardé comme accessoire. C'est une démarche qui s'apparente plus au contrôle de plein contentieux qu'à celui de l'excès de pouvoir et qui place le juge en arbitre subjectif des intentions plutôt qu'en marqueur objectif des irrégularités.

Certes, la distinction aujourd'hui faite entre vices substantiels et vices non substantiels peut parfois conduire au même type d'interrogations, mais le juge s'attache plus dans ce cadre à l'importance de l'irrégularité en elle-même qu'à l'effet qu'elle aura pu avoir. De ce point de vue, on est plus proche de l'esprit de la

221. Voir *supra*, 1.4.1.2. p. 41.

jurisprudence antérieure à la décision *Mme Perrot* qui distinguait entre motifs déterminants et motifs surabondants.

Désormais, un vice substantiel serait un vice qui aurait un effet sur la substance de la décision, lien qui est beaucoup plus difficile à établir que celui qui résulte de la nature comparée des motifs allégués par l'autorité administrative.

Or l'enjeu n'est pas, comme en matière de contentieux contractuel, la modulation des effets d'une irrégularité (Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*) mais la confrontation à un choix binaire : la décision prise en définitive est-elle ou n'est-elle pas illégale, même s'il reste au juge la possibilité de reporter l'effet de l'irrégularité (Ass., 11 mai 2009, *Association AC! et autres*), voire de laisser un délai à l'administration pour rétablir la situation avant de prononcer l'annulation (Ass., 29 juin 2001, *Vassalikiotis*) ?

On peut se demander si, tout en reconnaissant l'importance essentielle de la disposition qui vient d'être votée tendant à éviter les censures sans portée, génératrices d'un formalisme excessif, **il ne conviendrait pas de se rattacher à une conception plus objective mais pour autant globalement appréciée de la portée de l'irrégularité invoquée en prenant en compte la durée et la complexité de la procédure, la nature de l'irrégularité commise, notamment au regard des garanties dont peuvent se prévaloir les intéressés ou les tiers, voire l'intérêt général qui s'attache à l'opération contestée, selon une démarche mettant en balance les risques encourus et les avantages obtenus. Une telle démarche serait d'ailleurs mieux adaptée à des « consultations ouvertes » venant en substitution des consultations formelles, dès lors qu'elles rendent les procédures plus incertaines puisque moins formelles.** Si une telle orientation devait être retenue, elle prendrait toute sa place dans le projet de loi-code mentionné plus haut. Reste qu'entre-temps l'attention des autorités administratives devrait être attirée par une circulaire préparée par le secrétariat général du Gouvernement²²² sur le changement d'orientation introduit par ces dispositions législatives qui sont désormais entrées en vigueur. Elle devra également prévoir les conditions dans lesquelles les instances en cours seront concernées par les nouvelles dispositions législatives.

Reste la question difficile de la limitation dans le temps des effets des irrégularités constatées qui, par la voie de l'exception, menacent une décision prise au terme d'un processus préparatoire long et entamé précocement.

Par le passé, le législateur a estimé qu'il pouvait être nécessaire de prendre les dispositions **utiles pour prévenir les risques d'instabilité juridique** qui mettent en cause de manière inopportune des situations acquises. Il l'a fait en matière d'urbanisme en introduisant l'article L. 600-1 dans le code de l'urbanisme par

222. Qui pourrait être la même que celle mentionnée *supra*, 3.5.2. p. 119.

la loi du 9 février 1994²²³ à la suite des préconisations du rapport *L'Urbanisme : pour un droit plus efficace* rédigé sous la présidence du président Labetoulle²²⁴.

Certes le juge peut être légitimement préoccupé par ce type de dispositif dans la mesure où il s'avérerait être un obstacle au droit de recours.

Le juge constitutionnel s'est déjà prononcé sur cette question à propos de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme, précisément (Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994). Rappelons que l'article L. 600-1 prive le requérant de la faculté d'invoquer par voie d'exception devant les juridictions administratives l'illégalité pour vice de procédure ou de forme des documents d'urbanisme après l'expiration d'un délai de six mois. Le Conseil constitutionnel en avait admis la conformité à la Constitution; toutefois, le considérant 4 de sa décision relève que la dérogation est limitée dans son champ d'application et observe que la limitation apportée à l'accès au juge est justifiée par le législateur par la multiplicité des contestations de la légalité externe des actes d'urbanisme; il mentionne aussi *in fine* que le législateur a fait réserve des vices de forme ou de procédure qu'il a considérés comme substantiels²²⁵.

Il serait sans doute utile que les nouvelles procédures de concertation, parce qu'elles sont longues et prennent des formes multiples, prévoient un dispositif de sécurisation du processus préparatoire à la décision qui fait intervenir beaucoup d'acteurs à des phases différentes.

Toutefois, des précautions s'imposent. Il faudrait tout d'abord que la loi le prévoie. Il faudra l'adapter à chaque matière particulière. S'il est envisageable **de l'introduire dans la loi-code** dont il a été question précédemment, son application

223. Article L. 600-1 (loi n° 94-112 du 9 février 1994 – article 3 modifié par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000) : « L'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un schéma directeur, d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan d'occupation des sols, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu ne peut être invoquée par voie d'exception après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause. / Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables à l'acte prescrivant l'élaboration ou la révision d'un document d'urbanisme ou créant une zone d'aménagement concerté. / Les deux alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque le vice de forme concerne : – soit l'absence de mise à disposition du public des schémas directeurs dans les conditions prévues à l'article L. 122-1-2 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains; / – soit la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales; / – soit l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques. »

224. Rapport de la section du rapport et des études du Conseil d'État, La Documentation française, mars 1992.

225. Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, considérant 4 : « Considérant que la restriction apportée par les dispositions contestées est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme; qu'elle a été justifiée par le législateur eu égard à la multiplicité des contestations de la légalité externe de ces actes; qu'en effet le législateur a entendu prendre en compte le risque d'instabilité juridique en résultant, qui est particulièrement marqué en matière d'urbanisme, s'agissant des décisions prises sur la base de ces actes; qu'il a fait réserve des vices de forme ou de procédure qu'il a considérés comme substantiels; qu'il a maintenu un délai de six mois au cours duquel toute exception d'illégalité peut être invoquée; que dès lors il n'est pas porté d'atteinte substantielle aux droits des intéressés d'exercer des recours; qu'ainsi le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen manque en fait; ».

à prévoir par décret en Conseil d'État devrait être différenciée. Il faudrait enfin fixer un **délai** qui préserverait le droit au recours. Une période de six mois paraît en règle générale raisonnable tant du point de vue du justiciable que de celui de la sécurité de la procédure.

On le voit, le régime juridique des consultations mobilise beaucoup d'énergie. **L'équilibre nouveau proposé entre les concertations ouvertes d'amont et les consultations d'aval devrait constituer une « nouvelle donne » pour ces questions. Le sujet de la limitation dans le temps des effets des irrégularités de procédure par la voie législative mériterait, quant à lui, d'être approfondi par un groupe de travail dont la responsabilité pourrait être confiée au Conseil d'État en liaison étroite avec le secrétariat général du Gouvernement.**

Ainsi, la nouvelle répartition entre concertation et consultation est susceptible de donner une **dynamique inédite à la préparation de la décision** qui toutefois doit toujours être entourée de garanties protectrices.

Conclusion

Le souci d'efficacité de l'« administration délibérative » ne contredit pas les démarches actuelles de *révision générale des politiques publiques* (RGPP) mais ne doit pas se confondre avec elles. Il débouche sur une démarche de révision générale des *procédures publiques de consultation et de participation* destinée à assurer dans la durée la qualité des prestations administratives et la responsabilité des acteurs quels qu'ils soient : décideurs politiques, administrateurs et interlocuteurs de la société civile.

La vérification peut se faire à trois niveaux.

En termes administratifs, l'« administration délibérative » révèle l'importance de la procédure dans l'encadrement de l'action opérationnelle de l'administration. Le processus prédécisionnel, parce qu'il organise de manière précise et élaborée la participation des destinataires de l'acte administratif, s'éloigne du modèle traditionnel de l'édiction de la norme. En renforçant la diffusion d'une pratique procédurale ouverte, on débouche sur une décision mieux comprise et donc susceptible d'être mieux acceptée.

En termes de gestion publique et de mesure de la qualité des prestations attendues des citoyens, il serait instructif de rapprocher les dispositifs liés au « consulter autrement, participer effectivement » qui viennent d'être présentés, notamment celui de l'étude d'impact tel que fixé par la loi organique du 15 avril 2009, avec ceux préconisés par une autre loi organique, celle du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances : la politique de responsabilisation des gestionnaires, les indicateurs de performances, les revues de programmes opérées par le Parlement dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances. En effet, ceux-ci supposent des procédures qui sollicitent les bénéficiaires attendus des politiques publiques, enregistrent quantitativement et qualitativement leur appréciation, prennent en considération leurs demandes.

À cet égard, il pourrait s'agir de revenir aux sources d'une réforme qui a privilégié la transversalité opérationnelle et la responsabilité fonctionnelle des décideurs, objectifs qui ont été parfois en partie oblitérés par la recherche d'économies sectorielles décidées trop unilatéralement. Assurément, le développement par une large ouverture des consultations peut comporter des coûts additionnels, mais sans commune mesure avec ceux des opérations ou réformes qui risqueraient d'être enlisées ou contrecarrées en raison d'une procédure préparatoire trop formelle, pour ne pas être artificielle.

Une dernière précision paraît s'imposer. Pour porter explicitement et durablement leurs effets, les réformes préconisées doivent prendre en compte le **temps de l'évaluation**, d'abord parce que c'est une forme nécessaire du retour au dialogue interactif postérieur à la décision elle-même, ensuite parce que c'est la clé

de l'amélioration progressive et constante des processus de changement. C'est là un autre sujet essentiel de réflexion dans la continuité de ce qui précède.

En termes politiques et institutionnels, on relèvera que l'« administration délibérative » permet de consulter très en amont avant que les jeux ne soient faits, d'expliquer les points de vue des uns et des autres, d'encourager des démarches pédagogiques sur la distinction entre le possible et le souhaitable, de mieux préparer la décision afin que celle-ci soit mieux acceptée, c'est-à-dire mieux comprise par ceux à qui elle est destinée et aussi mieux assumée par celui qui la prend. Cette nouvelle forme de démocratie administrative est **un retour au politique**, une manière de réconcilier l'administration et le décideur. Les récents et prochains développements de procédures institutionnelles et juridictionnelles, issus de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 – mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), initiative populaire –, **confrontent directement le citoyen à la norme**. Ils montrent que la société dite civile peut récupérer toute sa place au sein des institutions non seulement politiques, mais aussi administratives, auxquelles jusqu'à présent elle ne s'est confrontée que dans une perspective trop consumériste, passive, voire abstentionniste.

Au-delà de ses qualifications particulières, dont l'opposition peut paraître parfois artificielle, la démocratie est une, faisant de la pratique administrative le prolongement naturel de la responsabilité publique. C'est dans cet esprit que consulter autrement peut effectivement permettre à l'administration d'assurer à chacun une participation plus concrète et efficace.



Récapitulatif des mesures proposées

1. Opérer un choix de principe consistant à généraliser les concertations ouvertes très précoces, intervenant le plus en amont possible de la procédure d'élaboration de la décision, **pour alléger au maximum les consultations d'aval** des organismes, souvent formelles et de faible portée sur le contenu de la décision qui va être prise ou de la réforme qui va être adoptée.

2. Veiller à concilier, dans une articulation adaptée et proportionnée à chaque situation, les deux formes de consultation, celle, classique, des organismes institutionnels et celle, plus récente, ouverte à toutes les parties prenantes de la décision à venir.

3. Utiliser toutes les potentialités des études d'impact offertes par les dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 pour **combinaison et renforcer les deux phases de toute réforme** : celle, amont, de concertation et celle, aval, de consultation, selon des modalités spécifiques à chaque réforme.

4. Favoriser la prise en compte effective dans les études d'impact **des concertations préalables**, au-delà d'une simple liste ou encore du seul résumé de ces dernières, **afin de faire en sorte que concertations, études d'impact et consultations** ne soient plus des processus séparés mais **articulés de manière cohérente et maîtrisée dans le temps.**

5. Étendre les études d'impact conduites selon la méthode mise en place par le secrétariat général du Gouvernement à la suite de l'entrée en vigueur de la loi organique du 15 avril 2009 **aux projets de décret d'application des lois, aux projets de décret du pouvoir réglementaire autonome ainsi qu'aux projets de directives et règlements européens.**

6. Arrêter le principe d'une loi-code intitulée *projet de loi-code relative aux principes de l'administration délibérative.*

7. Introduire dans la « loi-code » l'ensemble des principes directeurs qui régiraient le recours à des concertations ouvertes précédant, chaque fois que nécessaire, la prise de décision.

Les principes directeurs sont au nombre de six.

- garantir l'accessibilité des informations,
- assurer le dépôt des observations de tous les participants et favoriser leur diffusion,
- garantir l'impartialité et la loyauté de l'organisateur de la concertation et mettre en place, chaque fois que nécessaire, un « tiers garant »,
- assurer des délais raisonnables aux citoyens ou aux organismes représentatifs pour s'exprimer,
- veiller à la « bonne » composition des organismes consultés,

- donner les informations sur les suites projetées, dans un délai proportionné à l'importance de la réforme.

8. Confier l'étude d'impact du projet de « loi-code » à un groupe de travail interministériel piloté par le Conseil d'État et le secrétariat général du Gouvernement.

9. Conduire un travail de rassemblement et de recomposition des dispositions existantes relatives à la participation du public **qui ne se limiterait pas à une opération de simple légistique à droit constant mais serait destiné à donner une visibilité** à la réflexion conduite sur la participation des citoyens et des administrés à la préparation de la décision publique. Outre les droits des administrés à l'accès aux informations, pourraient figurer ceux spécifiques à l'accès par l'Internet.

Ce remodelage du droit existant concernerait, à des titres inégaux, la plupart des codes en vigueur. Une réflexion particulière s'attacherait à celles qui figurent, avec leurs spécificités propres, dans le code de l'environnement, dans le code rural et de la pêche maritime ou dans le code de l'urbanisme. Un travail spécifique serait à conduire sur celles concernant le code du travail, celui de l'éducation ou encore ceux de la santé publique et de la sécurité sociale.

10. Conforter l'équipe constituée au secrétariat général du Gouvernement, au sein du service de la législation et de la qualité du droit qui est responsable de la coordination des études d'impact en liaison avec les ministères principalement responsables, afin que les trois phases de concertation, d'étude d'impact et de consultation soient articulées de manière cohérente et anticipée.

11. Renforcer la préparation des ministères à la logique des études d'impact pour les conduire à systématiquement **recenser les « options zéro », c'est-à-dire celles qui permettent d'atteindre l'objectif politique assigné sans avoir recours à l'édition de normes nouvelles.**

12. Étendre progressivement la procédure d'étude d'impact aux projets de décret d'application des lois, aux projets de décret du pouvoir réglementaire autonome ainsi qu'aux projets de directive et règlement européens.

13. Préparer les ministères à la mise en œuvre de l'article 16 de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Une circulaire du Premier ministre, préparée par le SGG, leur demanderait de prendre toutes dispositions utiles destinées à inciter les responsables des commissions consultatives dont l'avis doit être recueilli en application d'une disposition législative ou réglementaire pour se préparer à donner désormais leur avis dans le cadre d'une concertation ouverte par Internet.

14. Renforcer les garanties procédurales d'utilisation d'Internet des concertations ouvertes après avoir identifié les risques encourus par la propension d'Internet à **effacer ces garanties de procédure ou à en minorer la portée. Introduire, à cette fin, dans la « loi-code » précédemment mentionnée, des normes minimales ou principes directeurs du droit de la concertation en**

ligne portant sur le respect des délais proportionnés à l'importance du sujet présenté, la mention des principales parties prenantes, les documents adressés de manière fiable et authentifiée, la conduite d'une concertation de façon impartiale et si possible par un tiers, un bilan des observations recueillies, les suites qu'il est envisagé de donner, le suivi éventuel prévu après l'entrée en vigueur du dispositif finalement retenu.

15. Renforcer la lutte contre la « fracture numérique » et privilégier l'aide à destination de publics présentant une vulnérabilité ou une inappétence par rapport à ces technologies (personnes malvoyantes, personnes âgées, demandeurs d'emploi, migrants, personnes illettrées) en reliant les formations dispensées en faveur de la maîtrise des outils numériques à la problématique de l'intégration sociale. **Encourager l'intermédiation** qui mobilise le secteur associatif, celui des collectivités territoriales et des administrations de proximité (« Pôle emploi », groupements d'établissements (GRETA) de la formation professionnelle de l'éducation nationale, chambres de métiers et d'artisanat). **Favoriser la poursuite de l'implantation de bornes Internet** dans les lieux publics, les cybercafés et les centres municipaux.

16. Préparer les autorités publiques à la mise en œuvre de l'article 70 de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit par une circulaire préparée par le secrétariat général du Gouvernement sur le changement d'orientation introduit par la disposition législative.

17. Se prémunir contre les censures contentieuses sans portée, et génératrices d'un formalisme excessif mettant en œuvre une conception plus objective de la portée de l'irrégularité susceptible d'invalider la décision prise au terme d'une concertation viciée et **qui prendrait en compte la durée et la complexité de la procédure, la nature de l'irrégularité commise notamment au regard des garanties dont peuvent se prévaloir les intéressés ou les tiers, voire l'intérêt général qui s'attache à l'opération contestée. Une telle démarche serait plus adaptée à des « consultations ouvertes » venant en substitution des consultations formelles.**

18. S'attacher à la limitation dans le temps des risques procéduraux : envisager d'introduire un dispositif à cette fin, comparable à celui de l'article 600-1 du code de l'urbanisme, **dans la loi-code**, dont il a été question précédemment, avec une application différenciée selon les domaines, à prévoir par décret en Conseil d'État et avec un **délai** qui préserverait le droit au recours.

Compte tenu de la complexité et de la sensibilité du sujet, **un groupe de travail dont la responsabilité serait confiée par le Premier ministre au Conseil d'État en liaison étroite avec le secrétariat général du Gouvernement** pourrait être constitué.

Annexes

Annexe 1

**Liste des organismes consultatifs les plus significatifs créés
postérieurement au décret n° 2006-665 du 7 juin 2006
relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition
de diverses commissions administratives (au 31 décembre 2010)**

Annexe 2

Le *Better Regulation Executive*

Annexe 3

La Commission nationale du débat public (CNDP)

Annexe 4

**Éléments de bilan des consultations, concertations
et référendums dans les collectivités territoriales**

Annexe 5

**Un exemple de consultation pour l'élaboration de la réglementation :
le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques**

Annexe 6

La Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN)

Annexe 1

Liste des organismes consultatifs les plus significatifs créés postérieurement au décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives¹ (au 31 décembre 2010)

<ul style="list-style-type: none"> ▪ l'Observatoire des distorsions 	<p><i>Créé par le décret n° 2006-1073 du 28 août 2006, placé auprès du ministre de l'agriculture et destiné à améliorer la connaissance de la prévention des distorsions déstabilisant les marchés des produits agricoles</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Conseil de l'immobilier de l'État 	<p><i>Créé par le décret n° 2006-1267 du 16 octobre 2006, placé auprès du ministre du domaine et chargé de formuler des recommandations et des préconisations opérationnelles pour améliorer la gestion du patrimoine immobilier de l'État</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ l'Observatoire national sur la formation, la recherche et l'innovation sur le handicap 	<p><i>Créé par le décret n° 2006-1331 du 31 octobre 2006, organisme consultatif, codifié aux articles D. 114-4 du code de l'action sociale et des familles</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Commission nationale consultative de prévention des violences lors des manifestations sportives 	<p><i>Créée par le décret n° 2006-1550 du 8 décembre 2006, auprès du ministre de l'intérieur, pour faciliter la connaissance et la dissolution de groupements violents de supporters, codifiée aux articles R. 332-10 et suivants du code du sport</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Comité d'initiative et de vigilance civiques sur une pandémie grippale et les autres crises sanitaires exceptionnelles 	<p><i>Créé par le décret n° 2006-1581 du 12 décembre 2006 et dont la durée était limitée à quatre ans</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Haut Conseil de santé publique 	<p><i>Créé par le décret n° 2006-1676 du 22 décembre 2006, cette instance consultative remplace le Haut Comité de la santé publique créé par un décret du 3 septembre 1991</i></p>

1. Cette liste classée par ordre chronologique comporte des organismes qui ne relèvent pas strictement du champ du décret du 8 juin 2006, tels que les instances d'études ou d'expertise.

<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Comité de suivi de la mise en œuvre du droit au logement opposable 	<p><i>Créé par le décret n° 2007-295 du 5 mars 2007, chargé de veiller à l'application de la loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et prévu par la loi elle-même. Ce comité englobe, sans le supprimer, le Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Comité national de vigilance et de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des adultes handicapés 	<p><i>Créé par le décret n° 2007-330 du 12 mars 2007</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Commission nationale de concertation sur les risques miniers 	<p><i>Créée par le décret n° 2007-403 du 22 mars 2007</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ l'Observatoire de la laïcité 	<p><i>Créé par le décret n° 2007-425 du 25 mars 2007, placé auprès du Premier ministre; son champ d'étude est limité au respect du principe de laïcité « dans les services publics ». Instance consultative, c'est surtout un organisme d'études et de recherches qui doit réunir les données et les analyses permettant d'éclairer le Gouvernement sur les évolutions et difficultés en matière de laïcité</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Commission nationale de la vidéo-surveillance 	<p><i>Créée par le décret n° 2007-916 du 15 mai 2007</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ les commissions départementales de médiation pour le droit au logement 	<p><i>Réorganisées par le décret n° 2007-1688 du 29 novembre 2007, elles sont composées de représentants de l'État, des collectivités territoriales, des bailleurs ainsi que des associations intervenant dans le secteur du logement et de l'insertion</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Commission nationale de labellisation des structures de transfert et de diffusion de technologies 	<p><i>Créée par le décret n° 2008-50 du 15 janvier 2008 auprès du ministre chargé de la recherche, elle donne des avis sur les demandes présentées par les structures candidates aux labels « centre de ressources technologiques », « cellule de diffusion technologique » et « plate-forme technologique »</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ les commissions locales d'information auprès des installations nucléaires de base 	<p><i>Réorganisées par le décret n° 2008-251 du 12 mars 2008, elles sont chargées d'une mission générale de suivi, d'information et de concertation sur l'impact des activités d'une installation nucléaire sur les personnes et sur l'environnement</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Haut Conseil de la famille 	<p><i>Créé par le décret n° 2008-1112 du 30 octobre 2008, il remplace le Haut Conseil de la population et de la famille et la Conférence annuelle de la famille</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Haut Conseil du dialogue social 	<p><i>Créé par le décret n° 2008-1163 du 13 novembre 2008 pris en application de la loi du 20 août 2008 en faveur de la démocratie sociale, il donne son avis sur l'application des nouveaux critères de représentativité des organisations syndicales de salariés</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Conseil d'orientation sur les conditions de travail 	<p><i>Créé par le décret n° 2008-1217 du 25 novembre 2008 et qui insère dans le code du travail un dispositif consultatif en matière de protection et de promotion de la santé et de la sécurité au travail</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Haut Conseil des biotechnologies 	<p><i>Créé par le décret n° 2008-1273 du 5 décembre 2008 en application de l'article 3 de la loi du 25 juin 2008 relative aux organismes génétiquement modifiés</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ les conseils de bassins viticoles 	<p><i>Créés par le décret n° 2008-1359 du 18 décembre 2008, placés auprès des préfets de région concernés et qualifiés d'instance de concertation entre les partenaires de la filière viticole et les pouvoirs publics</i></p>

<ul style="list-style-type: none"> ■ le Conseil national de l'urgence hospitalière 	<p><i>Créé par le décret n° 2009-29 du 9 janvier 2009 auprès du ministre chargé de la santé à la suite de divers constats de dysfonctionnements dans l'organisation des urgences à l'hôpital</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ le Conseil de la création artistique 	<p><i>Créé par le décret n° 2009-113 du 30 janvier 2009 et dont la mission consultative est très large en matière de vitalité, de rayonnement, de diffusion et de financement de la création artistique française</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ l'Autorité de la statistique publique 	<p><i>Loi n° 51-711 du 7 juin 1951 modifiée (art. 1^{er}) par le décret n° 2009-50 du 3 mars 2009</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ la Commission d'examen des demandes d'autorisation et de renouvellement d'autorisation de jeux dans les cercles et les casinos 	<p><i>Créée par le décret n° 2009-334 du 26 mars 2009 et qui se substitue à l'instance prévue par l'ancien décret du 6 novembre 1934</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ le Comité ministériel des achats 	<p><i>Arrêté du 17 mars 2009 pris en application de l'article 3 du décret n° 2009-300 du 17 mars 2009 portant création du service des achats de l'État (art. 4)</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ le Groupe d'experts sur les oiseaux et leur chasse 	<p><i>Créé par le décret n° 2009-401 du 14 avril 2009 (art. D. 421-51 à D. 421-53 du code l'environnement)</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ l'Autorité environnementale 	<p><i>En application de l'article L. 122-1 du code de l'environnement, lui-même transposé de la législation européenne, le décret n° 2009-496 crée une formation d'autorité environnementale au sein du Conseil général de l'environnement et du développement durable</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ la Commission du programme national de requalification des quartiers anciens dégradés 	<p><i>Créée par le décret n° 2009-720 du 17 juin 2009</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ le Groupe national de suivi des projets d'infrastructures majeures et d'évaluation des actions engagées 	<p><i>Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (art. 17)</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ la Commission permanente de concertation pour les services 	<p><i>Créée par le décret n° 2009-1048 du 27 août 2009</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ le Comité des usagers du réseau routier national 	<p><i>Créé par le décret n° 2009-1102 du 8 septembre 2009</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ la Commission consultative des marchés publics 	<p><i>Créée par le décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ le Comité national de suivi et de prospective du plan national de lutte contre les hépatite B et C 2009-2012 	<p><i>Créé par le décret n° 2009-1548 du 11 décembre 2009</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> ■ l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail 	<p><i>Créée par l'ordonnance n° 2010-18 du 7 janvier 2010, cette agence résultant de la fusion de l'AFSSA et de l'AFSSET est chargée d'une expertise scientifique indépendante et pluraliste dans les domaines de la sécurité sanitaire humaine, de la protection de la santé des animaux et des végétaux et de l'évaluation des propriétés nutritionnelles et fonctionnelles des aliments</i></p>



<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Comité d'évaluation de la mise en œuvre des dispositions relatives à la modernisation des établissements de santé de la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires 	<i>Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (art. 35), décret n° 2010-114 du 3 février 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Conférence nationale de l'industrie 	<i>Créée par le décret n° 2010-596 du 3 juin 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Commission ferroviaire d'aptitude 	<i>Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports (art. 2). Décret n° 2010-708 du 29 juin 2010 relatif à la certification des conducteurs de train (art. 10)</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative 	<i>Créé par le décret n° 2010-32 du 11 janvier 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Conseil d'orientation de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme 	<i>Créé par le décret n° 2010-69 du 18 janvier 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ l'Observatoire interministériel de l'accessibilité et de la conception universelle 	<i>Créé par le décret n° 2010-124 du 9 février 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Comité de pilotage de l'Observatoire national de la fin de vie 	<i>Créé par le décret n° 2010-158 du 19 février 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Comité d'indemnisation 	<i>Créé par le décret n° 2010-653 du 11 juin 2010 pris en application de la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français (art. 4)</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Commission consultative de suivi des conséquences des essais nucléaires 	<i>Créée par le décret n° 2010-653 du 11 juin 2010 pris en application de la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français (art. 7)</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Conseil commun de la fonction publique 	<i>Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (art. 9 ter). Créé par la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ la Commission nationale de l'échographie obstétricale et fœtale 	<i>Créée par le décret n° 2010-766 du 7 juillet 2010</i>
<ul style="list-style-type: none"> ▪ le Comité chargé de préfigurer la création d'un registre national des crédits aux particuliers 	<i>Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (art. 49), décret n° 2010-827 du 20 juillet 2010</i>

NB : On relèvera également les réorganisations d'organismes consultatifs existants tels que :

- la Commission nationale des monuments historiques (créée par la loi du 31 décembre 1913 – article 37 – et réorganisée en dernier lieu par un décret n° 2007-612 du 25 avril 2007) ;
- le Comité national de l'eau (réorganisé par le décret n° 2007-833 du 11 mai 2007) ;
- le Conseil national de l'alimentation (créé par le décret n° 2009-1429 du 20 novembre 2009) ;
- le Conseil national de la comptabilité (l'Autorité des normes comptables (ANC) créée par l'ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009 et par le décret n° 2010-56 du 15 janvier 2010, qui regroupe désormais les compétences partagées entre le Conseil national de la comptabilité (CNC) et le Comité de la réglementation comptable (CRC)) ;
- le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques créé par le décret n° 2010-882 du 27 juillet 2010 (art. D. 511-1 du code de l'environnement).

Annexe 2

Le *Better Regulation Executive*

Le *Better Regulation Executive* (BRE) est une structure originale, qui joue un rôle essentiel dans la politique de qualité réglementaire en Grande-Bretagne.

Créé en 2006, il est une unité administrative spécialisée de l'administration britannique chargée de la définition et du pilotage de la réforme réglementaire. Son champ de compétence inclut les études d'impact, la consultation du public et la politique de simplification des textes et des procédures.

Son rôle consiste à donner une impulsion à la réalisation d'analyses par les organismes responsables de la production normative (ministères, agences...), mais aussi à contrôler la qualité des études conduites et des prestations réalisées.

Il succéda au *Regulatory Impact Unit* (RIU) et fut dans un premier temps rattaché au Cabinet Office.

Depuis juillet 2007, il est rattaché au ministère de l'entreprise et de la réforme réglementaire (Bureau of Enterprise and Regulation Reform, BERR) tout en gardant un accès direct au Cabinet Office du Premier ministre. Ce nouveau cadre institutionnel lui garantit un lien concret avec les parties prenantes, ainsi qu'une responsabilité directe dans le domaine des politiques qui doivent être élaborées.

Un principe fondamental du BRE est qu'à la différence du secrétariat général du Gouvernement français (SGG) il n'influe pas sur le calendrier gouvernemental de production normative. Cette charge incombe aux ministères et aux organismes de réglementation. Une autre particularité est que le BRE collabore étroitement avec les gouvernements locaux.

Le BRE a en outre défini cinq principes d'une bonne réglementation : transparence, responsabilité, proportionnalité, consistance et adaptation.

1. Structures et ressources

Le BRE britannique dispose de plus de deux cents agents – juristes mais également économistes et experts – ainsi que d'une équipe de soutien stratégique (*strategic support team*).

Il est structuré en trois directions. Ces directions sont composées de fonctionnaires, la plupart détachés des différents ministères y compris du ministère de l'entreprise et de la réforme réglementaire pour une durée de deux ans. Elles comptent aussi des hommes d'affaires et des professionnels du privé.

a) La direction de la réforme réglementaire

C'est la direction chargée de la dimension communautaire. Elle assure régulièrement des visites de terrain et se déplace une fois par mois dans une entreprise. Le BRE fournit aux administrations des guides méthodologiques synthétiques et définit des standards de qualité communs aux études d'impact.

b) La direction des innovations

Elle a un rôle classique de « *think tank* ».

c) La direction des services de réglementation

Elle assure des prestations de services (audit, support juridiques...)

2. Fonctions et attributions

Le BRE est l'autorité centrale chargée de la coordination de la politique de réglementation pour l'ensemble du Gouvernement.

Il a une mission plus large et par certains côtés différente de celle du *Regulatory Impact Unit* (RIU). Là où le RIU examinait toutes les études d'impact, le BRE ne s'occupe que des études les plus complexes ou les plus importantes. Le RIU n'était pas chargé du développement de projets ou de l'examen des programmes ministériels de simplification.

a) Surveillance et compte rendu

Le BRE surveille au jour le jour les politiques de réglementation, les progrès accomplis par les ministères et les organismes nationaux grâce à un réseau de chargés de clientèle.

Il examine minutieusement les nouvelles propositions réglementaires, recommande leur examen ou non par le « tableau du compte rendu réglementaire » (*Panel for Regulatory Accountability*). Ce comité composé de parlementaires utilise les études d'impact pour vérifier l'efficacité globale des ministères et doit approuver toute législation dont le coût dépasse les 25 millions de livres.

Le BRE informe régulièrement le Premier ministre sur les progrès accomplis dans les ministères. Le BRE n'est cependant pas une structure formelle de réglementation, car il n'a nullement le pouvoir de bloquer des propositions de réglementation.

b) Médiation et communication

Le BRE favorise le développement des principes garantissant une réglementation de qualité dans l'ensemble du Gouvernement, gère la communication externe de la politique gouvernementale de réglementation.

c) Coordination institutionnelle et « culture change »

Il entretient une large palette de relations aussi bien au sein du Gouvernement central qu'en dehors, notamment avec le National Audit Office, les représentants des consommateurs, les commissions parlementaires, les autorités locales, les homologues de l'UE.



d) Soutien et conseil

Il a un rôle de facilitateur : il guide les ministères pour développer les études d'impact et les programmes de simplification, notamment.

e) Développement de projets et de gestion

Principal responsable des récentes initiatives pour une meilleure réglementation, le BRE développe des projets, tels que la mise en place d'instances territoriales pour la réglementation locale.

*f) Politique de qualité réglementaire communautaire
(en coordination avec le Cabinet Office)*

Le BRE assure la liaison entre le Gouvernement et la Commission européenne pour faire progresser l'ordre du jour d'une réglementation de qualité.

Annexe 3

La Commission nationale du débat public (CNDP)

I. Création et textes fondateurs

Le débat public a été introduit dans le droit positif par la loi « **Barnier** » n° 95-101 du 2 février 1995 relative à la protection de l'environnement qui a instauré la **Commission nationale du débat public (CNDP)** chargée notamment de « *veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national* » de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées relevant de catégories d'opérations dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État. Le **décret d'application n° 96-388 du 10 mai 1996 relatif à la consultation du public et des associations en amont des décisions d'aménagement** a largement précédé l'installation de la CNDP, le **4 septembre 1997**, par le ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement, Dominique VOYNET.

Le dispositif de la CNDP est inspiré des méthodes du **Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) du Québec**, créé en décembre 1978 par la *Loi modifiant la Loi sur la qualité de l'environnement* qui affirme le droit des citoyens à l'information et à la consultation².

La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité renforce les dispositions de la loi « Barnier », d'une part, par l'intégration d'un nouveau chapitre premier du code de l'environnement intitulé « *Participation du public à l'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire* »³, d'autre part, par la qualification de la CNDP en autorité administrative indépendante et, enfin, par l'élargissement de son champ de compétence.

Les lois « Grenelle I et II » n° 2009-967 et n° 2010-788 des 3 août 2009 et 12 juillet 2010 renforcent la procédure de la CNDP « *afin de mieux prendre en*

2. Cette loi reconnaissait officiellement la valeur et la pertinence de la contribution de la population québécoise à l'évaluation environnementale. Ainsi, le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, organisme de consultation publique, permettait aux Québécois de contribuer à la décision du Gouvernement d'autoriser ou non la réalisation d'un projet susceptible d'avoir des répercussions majeures sur leur environnement. Voir <http://www.bape.gouv.qc.ca/index.htm>.

3. Code de l'environnement, article L. 121-1 et s.

compte l'impact des projets sur l'environnement» en instaurant, notamment, un élargissement de la composition de la CNDP et des projets qui lui sont soumis.

II. Composition

La CNDP est composée de **25 membres**⁴ et comprend, outre un président et 2 vice-présidents : des élus (2 parlementaires et 6 élus locaux), des magistrats, 2 personnes qualifiées, 2 représentants d'associations, 2 représentants des consommateurs et des usagers, 2 représentants des syndicats de salariés et 2 représentants des entreprises ou chambres consulaires (dont un représentant des entreprises agricoles)⁵.

III. Missions⁶

Elles sont les suivantes :

1. **Veiller au respect de la participation du public durant le processus d'élaboration des projets** d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national.
2. **Déterminer les modalités de participation** du public pour les projets dont elle est saisie.
3. **Veiller au respect des bonnes conditions d'information** du public durant la phase de réalisation des projets dont elle est saisie jusqu'à la réception des équipements et travaux.
4. **Conseiller les autorités compétentes et tout maître d'ouvrage**, à leur demande, sur toute question relative à la concertation avec le public tout au long de l'élaboration d'un projet.
5. **Émettre tous avis et recommandations à caractère général ou méthodologique** de nature à favoriser et à développer la concertation avec le public.
6. **Organiser un débat public portant sur des options générales en matière d'environnement ou d'aménagement** lorsqu'elle en est saisie par le ministre de l'écologie et le ministre concerné⁷.
7. **Apprécier si un débat doit être organisé** sur les projets dont elle est régulièrement saisie.
8. **Suivre l'après-débat public** jusqu'à l'enquête publique et, à la demande du maître d'ouvrage, désigner un garant chargé de veiller à la mise en œuvre des modalités d'information et de participation du public⁸.

4. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-III modifiant le code de l'environnement, article L. 121-3.

5. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-III.

6. Code de l'environnement, article L. 121-1 ; CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 14.

7. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-VI modifiant le code de l'environnement, article L. 121-10.

8. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-VIII modifiant le code de l'environnement, article L. 121-13-1.

IV. Procédure⁹

1. Champ de compétence

La participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national est possible dès lors qu'ils présentent de forts **enjeux socio-économiques** ou ont des **impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire**.

La participation du public peut prendre la forme d'un **débat public**. Celui-ci porte sur « *l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales du projet*¹⁰ ». Il porte aussi sur les modalités d'information et de participation du public après le débat¹¹.

Ces projets susceptibles d'être étudiés sont répartis en deux catégories¹² :

- les projets devant nécessairement être présentés à la CNDP¹³ ;
- les projets moins importants devant être rendus publics par leur auteur mais ne faisant pas l'objet d'une présentation obligatoire à la CNDP¹⁴. Les modalités de cette publicité sont précisées¹⁵.

2. Saisine

La saisine de la CNDP s'opère de deux façons :

– **pour les ouvrages pour lesquels la saisine est obligatoire** : remise à la CNDP, par le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet, d'un dossier présentant les « *objectifs et principales caractéristiques du projet [...] enjeux socio-économiques, coût estimatif et identification des impacts significatifs du projet sur l'environnement, le développement durable ou l'aménagement du territoire*¹⁶ » ;

– **pour les ouvrages pour lesquels la saisine est possible après publicité du projet** : « *ces projets sont rendus publics par leur maître d'ouvrage ou par la personne publique responsable du projet, qui en publie les objectifs et caractéristiques essentielles et indique sa décision de saisir ou de ne pas saisir la Commission nationale du débat public*¹⁷ ».

La CNDP se prononce dans un délai de deux mois sur la suite à réserver aux saisines¹⁸. Sa décision est publiée au *Journal officiel*. Son absence de réponse vaut renoncement à organiser un débat.

9. Études : *Débat public. Environnement et nuisances*, Éditions législatives, 2011.

10. Code de l'environnement, article L. 121-1.

11. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-I modifiant le code de l'environnement, article L. 121-1.

12. Code de l'environnement, articles R. 121-1 et R. 121-2.

13. Code de l'environnement, article L. 121-8-I.

14. Code de l'environnement, article L. 121-8-II.

15. Code de l'environnement, article R. 121-3.

16. Code de l'environnement, article L. 121-8-I.

17. Code de l'environnement, article L. 121-8-II.

18. Code de l'environnement, article L. 121-9.

La saisine peut également être opérée par **le ministre chargé de l'environnement, conjointement avec le ministre intéressé**, en vue de l'organisation d'un débat public portant sur **des options générales d'intérêt national** en matière d'environnement, de développement durable ou d'aménagement portant notamment sur des politiques, plans et programmes¹⁹.

Si la CNDP estime qu'un débat public n'est pas nécessaire, **elle peut recommander au maître d'ouvrage ou à la personne publique responsable du projet l'organisation d'une concertation selon des modalités qu'elle propose**. Elle peut alors **désigner un garant** chargé de veiller à ce que la concertation permette au public de présenter ses observations et contre-propositions²⁰.

3. Organisation et tenue du débat public²¹

Une **concertation préalable au débat public** est organisée par une **commission particulière du débat public (CPDP)** constituée par la CNDP. Cette dernière est chargée de prendre contact avec les futurs acteurs du débat pour connaître leurs attentes, leurs préoccupations, leurs exigences.

Les **dépenses** relatives à l'organisation matérielle d'un débat public sont à la charge du maître d'ouvrage ou de la personne publique responsable du projet d'hébergement²². Toutefois, l'indemnisation des membres d'une CPDP et leurs frais de déplacement et d'hébergement de même que le coût des expertises complémentaires sont à la charge de la CNDP²³.

La CNDP fixe le **calendrier du débat** de sa propre initiative quand elle l'organise²⁴ ou sur proposition du maître d'ouvrage ou de l'autorité responsable du projet quand elle lui a confié l'organisation du débat²⁵. **Un débat public dure quatre mois et peut être prolongé de deux mois par une « décision motivée » de la CNDP.**

La CPDP décide librement des **moyens** à mettre en œuvre : organisation de réunions publiques (emblème du débat public), publication de dossiers et lettres d'information, création d'un site Internet, cahiers d'acteurs, etc. La relation avec la presse est nécessaire mais difficile.

La CNDP a élaboré quelques **règles fondamentales des débats publics**. Il s'agit notamment de la notion **d'équivalence des participants**, de la nécessité de **l'argumentation** et de **la transparence de l'organisation** d'un débat public.

19. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-VI modifiant le code de l'environnement, article L. 121-10.

20. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-V modifiant le code de l'environnement, article L. 121-9.

21. Décret n° 2002-2175 du 22 octobre 2002 relatif à l'organisation du débat public et à la CNDP.

22. Code de l'environnement, article L. 121-9.

23. Code de l'environnement, article L. 121-9 et R. 121-15.

24. Code de l'environnement, article L. 121-11.

25. Code de l'environnement, article R. 121-8.

Le président de la CPDP (ou le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet chargée d'organiser le débat public) élabore le **compte rendu du déroulement du débat** et l'adresse à la CNDP.

Le président de la CNDP dresse le **bilan du débat**. Le maître d'ouvrage ou l'autorité publique responsable du projet prend connaissance des rapports et **dispose alors de trois mois** pour faire savoir le **principe et les conditions de la poursuite du projet**. Il précise notamment les principales modifications apportées grâce au débat. Il indique également les mesures qu'il juge nécessaire de mettre en place pour répondre aux enseignements qu'il tire du débat public²⁶. Cet acte est transmis à la CNDP. Si cet acte a le caractère d'une décision, il ne peut être contesté que pour vice de forme, à l'exclusion de toute contestation portant sur le bien-fondé de l'opération dont il est décidé de poursuivre les études. **En effet, la contestation au fond ne peut avoir lieu qu'à l'occasion des actes qui autorisent la réalisation du projet**²⁷.

Si le projet, éventuellement modifié, est accepté par les pouvoirs publics, il sera précisé et, dans la plupart des cas, une **enquête d'utilité publique** sera nécessaire avant l'autorisation définitive de le réaliser.

La CNDP est chargée de **veiller à la participation du public jusqu'à la clôture de l'enquête publique et, au-delà, à sa bonne information** lors de la phase de réalisation du projet jusqu'à la réception des équipements et travaux²⁸.

Pendant la phase postérieure au débat public jusqu'à l'enquête publique, le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable du projet informe la CNDP des modalités d'information et de participation du public mises en œuvre ainsi que de sa contribution à l'amélioration du projet²⁹. La CNDP peut alors émettre des avis et recommandations et désigner un garant chargé de veiller à la mise en œuvre des modalités d'information et de participation du public³⁰.

4. Recours

Le Conseil d'État a jugé que les décisions de la CNDP d'organiser un débat ou non sont susceptibles de recours devant le juge de l'excès de pouvoir³¹.

Le législateur a voulu limiter les possibilités de recours contre les autres décisions de la CNDP : aucune irrégularité au regard des dispositions relatives à la participation du public ne peut être invoquée lorsque l'acte par lequel la CNDP a renoncé à organiser un débat public est devenu définitif³². Le juge administratif a été plusieurs fois sollicité pour préciser cette limitation et en a tracé les conditions.

26. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-VII modifiant le code de l'environnement, article L. 121-13.

27. CE, 26 octobre 2007, n° 299883, *Tissot et a.*

28. Code de l'environnement, articles L. 121-1 et R. 121-12.

29. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-VIII modifiant le code de l'environnement, article L. 121-13-1.

30. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, article 246-VIII modifiant le code de l'environnement, article L. 121-13-1.

31. CE, 17 mai 2002, n° 236202, Assoc. France Nature environnement.

32. Code de l'environnement, article L. 121-14, CE, 28 déc. 2009, n° 311831, Féd. Alto et a.

En revanche, les mesures arrêtées ensuite par la CNDP ou une CPDP pour déterminer les modalités de déroulement d'un débat ne constituent pas des décisions susceptibles de recours devant le juge de l'excès de pouvoir. La demande d'une expertise complémentaire sur un projet est donc irrecevable³³.

V. Bilan et perspectives

1. Activité

Depuis sa création, la CNDP a examiné **120 saisines** (du 6 août 1997 au 25 mars 2011)³⁴ : 32 ont fait l'objet d'une concertation recommandée au maître d'ouvrage, 59 de débats publics avec la CPDP, 5 de débats publics avec un maître d'ouvrage, 17 n'ont pas connu de suites, 5 ont été déclarées non recevables et 2 ont entraîné l'impossibilité pour la CNDP de se prononcer.

Au cours de la période 2009-2010, la CNDP a examiné 19 dossiers dont elle avait été saisie³⁵. Elle a pris 18 décisions³⁶ pour procéder ou non à un débat public ou pour recommander une concertation.

L'activité de la CNDP³⁷ se concentre principalement sur le **secteur du transport** qui représente, pour la période 2009-2010, 44 % des saisines. Six saisines étaient relatives à la création de lignes ferroviaires, trois aux équipements culturels, sportifs et scientifiques, et deux à l'élargissement d'une route à deux ou trois voies.

Parmi les onze catégories de projets susceptibles de faire l'objet d'une saisine de la CNDP, trois de ces catégories n'ont donné lieu à aucune saisine (création d'autoroutes, voies navigables, infrastructures portuaires) et quatre n'ont conduit qu'à une seule saisine (lignes électriques, création d'une infrastructure nucléaire de base, création de barrages hydroélectriques, création d'infrastructures de piste).

2. Statistiques

Données générales sur les consultations Internet des débats publics³⁸

Statistiques quotidiennes

Année	Nombre de pages consultées (par mois en moyenne)	Nombre de visites (par mois en moyenne)
2004	449	104
2008	876	238
2009	1 245	336
2010	1 345	442

33. CE, 14 juin 2002, n° 215154, *Assoc. pour garantir l'intégrité rurale restante*.

34. <http://www.debatpublic.fr/saisines/saisines-examinees.html>.

35. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 81.

36. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 87.

37. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 82-83.

38. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 22-23 ; CNDP, *Évolution et moyens 2002-2009*, p. 40.

Statistiques mensuelles

Année	Nombre de pages consultées (par mois en moyenne)	Nombre de visites (par mois en moyenne)
2004	13 701	3 174
2008	24 762	6 806
2009	37 869	10 237
2010	40 704	13 370

Données particulières sur les deux exemples de débats publics les plus récents

Le débat public du réseau de transport du Grand Paris s'est réalisé de façon conjointe avec le débat public « Arc Express ».

1. Réseau de transport public du Grand Paris dit « Grand Huit »

Le Grand Paris, présenté par la société du même nom, est un projet urbain, social et économique d'intérêt national qui unit les grands territoires stratégiques de la région Île-de-France, au premier rang desquels Paris et le cœur de l'agglomération parisienne, et promeut le développement économique durable, solidaire et créateur d'emplois de la région capitale. Le débat public du Grand Paris s'est déroulé du 30 septembre 2010 au 31 janvier 2011. Durant cette période, plus de 15 000 personnes ont participé aux 55 réunions publiques ; 518 avis du public, 140 contributions du public et 31 contributions des élus ont été dénombrés. Le site Internet du débat a reçu plus de 170 000 connexions et 835 questions ont été posées au maître d'ouvrage ; 255 cahiers d'acteurs ont été édités. Toutes les catégories d'organismes se sont exprimées (collectivités locales, associations, syndicats, partis politiques, entreprises, universités...), et ce dans toute la région Île-de-France. Ce débat a recueilli une contribution essentielle de la part de l'État et la région. Le compte rendu du débat public et son bilan ont été réalisés le 31 mars 2011³⁹.

2. Arc Express : métro de rocade

Arc Express est un projet de métro en rocade autour de Paris présenté par le Syndicat des transports d'Île-de-France (STIF) en tant que maître d'ouvrage. Le débat public sur ce projet s'est déroulé du 30 septembre 2010 au 31 janvier 2011. Durant cette période, plus de 7 100 personnes ont participé aux 24 réunions publiques ; 633 avis ont été envoyés à la CPDP Arc Express ; 89 contributions ont été publiées sur le site de la CPDP ; 17 cahiers d'acteurs ont été édités. Le site INTERNET du débat a permis à plus de 84 000 visiteurs de naviguer avec fluidité pendant toute la durée du débat et de visionner plus de 405 000 pages. Plus de 800 questions ont été posées au STIF. Le compte rendu du débat public et son bilan ont été réalisés le 31 mars 2011⁴⁰.

39. <http://www.debatpublic-arcexpress.org>.

40. <http://www.debatpublic-reseau-grandparis.org>.

3. Limites du débat public organisé par la CNDP

La principale réserve faite à l'égard de la CNDP concerne le **champ restreint des projets soumis à un débat public**⁴¹. Les critères des projets retenus sont davantage quantitatifs que qualitatifs.

Malgré un abaissement des seuils financiers en 2002, ceux-ci ont pour conséquences de limiter le débat public aux grands projets d'intérêt national. **Les seuils** en matière d'infrastructures routières et ferroviaires et équipements industriels sont de **300 millions d'euros** pour la **saisine obligatoire** de la Commission et de **150 millions d'euros** pour l'**information obligatoire et la saisine facultative**.

En outre, certains projets sont exclus du champ de la CNDP. Ainsi, les usines de traitement de déchets ménagers ou les projets éoliens ne font pas l'objet d'une catégorie spécifique et sont assimilés à des équipements industriels et soumis à ces seuils. **Il n'est donc pas pris en compte le coût global du projet mais le coût des infrastructures**. Cela a conduit, par exemple, à refuser d'organiser un débat sur le projet de la Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole⁴².

La Commission garde encore un **pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la tenue d'un débat public** pour les projets entrant dans son champ de compétence « *en fonction de l'intérêt national du projet, de son incidence territoriale, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent et de ses impacts sur l'environnement ou l'aménagement du territoire*⁴³ ». Néanmoins, 50 % des saisines font l'objet de débats avec la CPDP⁴⁴.

Le **coût élevé** pour les maîtres d'ouvrage (de 550 000 à plus de 3 millions d'euros)⁴⁵ et la **longueur de la procédure** (un an en moyenne) expliquent le recours limité au débat public.

La **réalisation** d'un débat réussi est parfois **matériellement difficile**.

La **constitution des commissions particulières** par la CNDP nécessite « *d'alimenter et d'entretenir un vivier de volontaires, disponibles et motivés, de les mobiliser et de les former, en veillant au respect de parité et de mixité*⁴⁶ », ce qui engendre une **réelle difficulté** pour une structure comme la CNDP.

Il est souvent reconnu que, dans le **temps limité du débat**, il est difficile d'organiser une véritable expertise⁴⁷. Le débat dure environ quatre mois, ce délai peut être prolongé de deux mois par décision motivée de la CNDP. Bien que

41. B. Delaunay, « De l'enquête publique au débat public. La consultation des personnes intéressées », *La Semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, n° 8, 21 février 2011, 2073.

42. CE 28 déc. 2005, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence*, req. N° 277128, AJDA n° 30/2006, p. 1665, note B. Delaunay ; *Environnement* n° 3/2006, comm. n° 39, J.-M. Février ; *Dr. Env.* n° 139/2006, p. 159, note J.-V. Borel ; *JCP-A* n° 3/2005, note M.-C. Rouault

43. Code de l'environnement, article L. 121-9-I.

44. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 87.

45. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 96.

46. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 5.

47. Compte rendu du rapport sur les nanotechnologies par le président de la Commission particulière du débat public, 9 avril 2010.

cette durée soit plus longue que celle relative aux enquêtes publiques, elle reste néanmoins parfois insuffisante comme en attestent des demandes fréquentes de réouverture des débats.

La **participation aux débats publics** par rapport aux moyens mis en œuvre est souvent **décevante**.

Pour de nombreux débats, la diffusion sur support papier de divers documents tels que des dossiers, journaux, dépliants, atteint des dizaines voire des centaines de milliers d'exemplaires. Or, la participation réelle n'est tout au plus que de quelques milliers de participants, que ce soit lors des réunions publiques ou lors de la participation *via* Internet. Quant aux retours réels (avis, contributions, cahiers d'acteurs...), ils restent très faibles.

La CNDP souhaite, afin d'y remédier, développer d'autres modes d'information et de dialogue comme la presse et Internet⁴⁸ à travers l'utilisation de nouveaux espaces de dialogue interactifs.

Enfin, il est souvent critiqué l'**intervention tardive du débat public dans la prise de décision**, celui-ci ne venant finalement que légitimer un projet déjà retenu.

Pour que le débat remplisse sa mission de questionnement approfondi de l'opportunité et de la nécessité d'un projet, il faut que le débat ait lieu suffisamment en amont de la décision.

La CNDP a souligné cette exigence à l'occasion du débat sur les nanotechnologies du 15 octobre 2009 au 24 février 2010⁴⁹ alors que certaines décisions avaient été prises en la matière avant même le commencement du débat. Le problème s'est posé également lors du débat sur le projet de contournement routier de Bordeaux considéré par une déclaration du Gouvernement comme prioritaire alors que les débats n'étaient pas clos, ce qui a provoqué la démission des membres de la CPDP⁵⁰.

4. La CNDP : un exemple pour les collectivités territoriales

La CNDP a pu constituer un modèle pour certaines collectivités territoriales telles la Ville de Paris qui, en 2010, s'est dotée d'une commission consultative indépendante dite « **Commission parisienne du débat public** » (CPDP), créée par arrêté du maire, chargée de garantir au débat public un cadre d'ensemble cohérent et fonctionnel.

En effet, depuis 2001, les habitants et usagers de Paris ont constamment été sollicités par la Ville de Paris afin de s'exprimer et de débattre dans de nombreux projets municipaux menés à l'échelle des quartiers, des arrondissements, de la ville voire au-delà. Des instances de démocratie locale ont alors été créées. Les citoyens ont ainsi pu collaborer à d'importants programmes tels le plan local d'urbanisme, la ZAC Paris rive gauche, le réaménagement des Halles et les grands projets de renouvellement urbain. Afin d'approfondir la participation des Parisiennes et des

48. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 5.

49. CNDP, Rapport d'activité 2009-2010, p. 7.

50. CAA Bordeaux, 3 déc. 2008, n° 07BX00912, *Min. transports* : JurisData n° 2008-005852 ; AJDA 2009, p. 153, concl. J.-M. Vié.

Parisiens au débat public, la Charte parisienne de la participation a été élaborée, posant les dix principes fondateurs de la démocratie locale à Paris. Elle a créé la CPDP en vue d'assurer son respect et de permettre son évolution.



Annexe 4

Éléments de bilan des consultations, concertations et référendums dans les collectivités territoriales

Source : direction générale des collectivités locales

I. Les conseils de quartier

L'article 1^{er} de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a prévu la possibilité de création de conseils de quartier. Cette création est obligatoire dans les communes de 80 000 habitants et plus (art. L. 2143-1 du code général des collectivités territoriales). Dans ces communes, les conseils municipaux sont autorisés à dépasser le plafond du nombre d'adjoints fixé par la loi à 30 % de l'effectif du conseil afin d'instituer des postes d'adjoints chargés principalement d'un ou de plusieurs quartiers, dans la limite de 10 % de l'effectif légal du conseil municipal (art. L. 2122-2-1 du CGCT).

Il est reconnu par ailleurs aux villes dont la population est comprise entre 20 000 et 79 999 habitants la faculté de créer des conseils de quartier et, par voie de conséquence, des postes d'adjoints chargés de quartier dans les mêmes conditions.

Ces dispositions ne font pas obstacle pour autant à la création de conseils de quartier dans les communes dont la population est inférieure à 20 000 habitants. Les conseils municipaux de ces communes ne peuvent en revanche dépasser le plafond légal de 30 % de l'effectif du conseil pour le nombre d'adjoints.

Des informations émanant de la direction générale des collectivités locales il ressort les éléments chiffrés suivants :

Année	Nombre de conseils de quartier	Nombre d'adjoints de quartier
2002	292	56
2003	982	379
2004	1 177	409
2005	1 305	494
2006	1 495	817
2007	1 583	655
2008*	-	-
2009	1 552	731
2010	1 516	872

* Renouvellement général des conseils municipaux de mars 2008.

Il est constaté **une augmentation quasi constante du nombre de conseils de quartier ainsi que du nombre d'adjoints de quartier depuis 2002**. Ce phénomène s'explique notamment par l'action volontariste des communes de 20 000 à 80 000 habitants, dans le cadre de la procédure facultative prévue à l'article L. 2143-1 du CGCT.

La mise en œuvre de cette procédure de création est toutefois très hétérogène sur l'ensemble du territoire.

Alors que, dans certains départements, les communes de 20 000 à 80 000 habitants ne se sont pas ou peu dotées de cette instance (Drôme, Finistère, Gers, Jura, Nord...), dans d'autres départements (Seine-Saint-Denis, Loire, Loir-et-Cher...), les communes de cette même strate de population ont opté d'une façon significative pour la création de conseils de quartier.

Il convient de souligner que, l'activité des conseils de quartier n'étant pas soumise au contrôle de légalité, les préfetures ne disposent pas d'informations détaillées sur les conditions de fonctionnement de ces instances. Il ressort cependant que :

- certaines communes de plus de 80 000 habitants ont choisi **d'intégrer dans le règlement** intérieur du conseil municipal, **et/ou dans une charte**, les modalités de fonctionnement des conseils de quartier (Troyes, Rouen...) ainsi que leur composition (collèges d'habitants, des associations, des professionnels, de personnalités qualifiées, d'élus...) en précisant dans certains cas le champ d'intervention des conseils de quartier (amélioration du cadre de vie, participation au développement du quartier, animation et lien social...);
- la mise en place d'un conseil de quartier est **un outil de concertation pertinent** permettant d'échanger avec les habitants sur des projets municipaux mais qui ne peut fonctionner **qu'à la double condition d'une réelle adhésion** des habitants et d'un engagement important de la part des élus.

II. Les commissions consultatives des services publics locaux

L'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), issu de l'article 5-1 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, dispose que les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants créent une commission consultative des services publics locaux (CCSPL) pour l'ensemble des services publics qu'ils confient à un tiers par convention de délégation de service public ou qu'ils exploitent en régie.

Ces commissions associent des élus issus de la collectivité ou de l'établissement public compétent, mais également des représentants d'associations locales, et sont destinées à émettre un avis adressé à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou de la collectivité qui envisage de créer un nouveau mode de gestion d'un service public.

Le législateur ayant souhaité laisser une latitude importante aux exécutifs locaux pour apprécier et déterminer les modalités d'organisation et de fonctionnement de ces commissions, aucun acte réglementaire tendant à apporter de telles précisions n'a été envisagé.

Le ministère de l'intérieur a cependant apporté des éclairages sur la composition et les modalités de fonctionnement de cette commission consultative dans

sa circulaire du 7 mars 2003. Il a ainsi souligné, afin de garantir le pluralisme de ces commissions, la volonté du législateur d'assurer la désignation des membres issus du conseil de la collectivité locale ou de l'organe délibérant du groupement intercommunal selon le principe de la représentation proportionnelle. Il a également précisé que les représentants des associations devaient être nommés par l'assemblée locale ou l'organe délibérant. Un règlement intérieur adopté lors de la première réunion de la commission peut utilement fixer, notamment, la périodicité des réunions, les modalités de détermination de l'ordre du jour, les conditions de convocation et, le cas échéant, l'envoi des documents, les éventuelles conditions de quorum, les modalités de délibération des membres, et les conditions dans lesquelles une publicité sera donnée aux débats, le compte rendu de ces travaux devant l'assemblée de l'exécutif local concerné paraissant une solution bien adaptée.

L'article 23-11 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité avait prévu un délai d'un an, afin de permettre la mise en place de ces commissions, dont la consultation préalable à toute délégation de service public pourrait être qualifiée de substantielle par le juge administratif. Selon les informations contenues dans les réponses aux questionnaires parlementaires relatifs au projet de loi de finances pour 2004, qui permettaient d'établir un premier bilan du dispositif, sur un recensement portant sur 73 départements, il a été dénombré **805 CCSPL**. Il avait alors été souligné que, hormis l'examen des rapports annuels prévus par l'article L. 1413-1 du CGCT (rapport des délégués de service public, rapports sur le prix et la qualité du service public d'eau potable, sur les services d'assainissement et sur les services de collecte, d'évacuation ou de traitement des ordures ménagères), ces commissions ont une activité aléatoire qui dépend de l'existence de projets qu'elles sont appelées à connaître.

Les créations nouvelles de CCSPL sont allées, ensuite, **au rythme d'une cinquantaine environ par an**. Ainsi, sur la base des réponses envoyées par les préfetures aux questionnaires parlementaires relatifs au projet de loi de finances pour 2010, sur 95 départements, **on recense 1 168 CCSPL dont 64 ont été créées dans l'année écoulée**. Au-delà de cette donnée quantitative, il est plus difficile d'évaluer les CCSPL d'un point de vue qualitatif. En effet, les préfetures, lorsqu'elles ont apporté leur contribution au rapport triennal du Gouvernement au Parlement sur le contrôle *a posteriori* exercé sur les actes des collectivités locales (années 2007-2008-2009), n'ont pas évoqué la mise en place ou le fonctionnement des CCSPL comme étant des priorités du contrôle de légalité, ou ayant posé des difficultés particulières.

III. Concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme

La loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement a institué une procédure de concertation, inscrite dans les articles L. 300-2 et suivants du code de l'urbanisme.

Cette concertation permet d'améliorer la participation du public et de faire remonter le débat en amont de l'enquête publique afin que la participation du public puisse porter sur les options et les orientations du projet et non plus seulement sur ses modalités.

Elle concerne l'élaboration ou la révision des schémas de cohérence territoriale (SCOT) ou du plan local d'urbanisme (PLU), la création d'une zone d'aménagement



concertée (ZAC) ou encore les opérations d'aménagement qui modifient de façon substantielle le cadre de vie ou l'activité économique d'une commune.

En application de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, les modalités de la concertation sont définies par l'organe délibérant de la personne publique qui en a pris l'initiative. Les organes délibérants concernés sont totalement libres de fixer les modalités de cette concertation mais doivent les respecter (l'article L. 300-2 prévoit que le non-respect des modalités de la concertation prévues est de nature à entacher d'irrégularité la procédure qui en découle).

Cet article prévoit qu'« à l'issue de cette concertation, le maire en présente le bilan devant le conseil municipal qui en délibère ».

Il ressort des comptes rendus des préfetures (Essonne, Aube, Ain, Gers, Moselle, Cantal, Haute-Vienne, Jura, Martinique, Ille-et-Vilaine, Haut-Rhin, Eure-et-Loir, Ardèche, Cher, Haute-Garonne, Loire, Drôme, Côte-d'Or, Seine-et-Marne, Mayenne, Isère) les éléments qui suivent.

1. Les éléments quantitatifs

Ces préfetures font état de 1 428 concertations préalables dont 791 concertations en 2009 et 637 en 2010.

Les projets concernés : la grande majorité des concertations est préalable à l'élaboration, la révision ou la modification d'un plan local d'urbanisme ou plus rarement d'un plan d'occupation des sols. Parmi les documents dont la nature est précisée on peut noter 28 SCOT.

Une petite majorité seulement des concertations concerne des projets d'aménagement. Ainsi, on dénombre 41 créations de ZAC et 2 projets d'aménagement.

2. Les éléments qualitatifs

Les modalités de la concertation : principalement évoquées par les préfetures sont :
– Information du public : l'affichage, les réunions d'information, l'exposition en mairie, l'information dans le bulletin municipal, sur le site Internet de la commune ou dans la presse, la distribution de courrier, la publication des comptes rendus des réunions, les permanences d'un délégué urbanisme ou d'élus ;
– Participation du public : la mise à disposition du public d'un registre ou d'une boîte idées, l'organisation d'ateliers, la possibilité d'écrire au maire, les débats ;
– Durée de la concertation : de la délibération prescrivant le document d'urbanisme à l'arrêt du projet.

Les services de l'État conseillent aux collectivités de recourir à diverses mesures d'information parmi une liste de modalités. **La préfeture indique que ses services sont peu impliqués dans les phases de la concertation mais sont amenés à rappeler aux collectivités l'obligation de définir les modalités de la concertation.**

Le service du contrôle de légalité vérifie le caractère suffisant des modalités de la concertation.

Le bilan de la concertation : Les préfetures relèvent que ces bilans sont peu détaillés et évoquent le conseil des services de l'État pour la réalisation des bilans.

Les conséquences de la concertation : Les conséquences de la concertation sur les projets apparaissent assez limitées selon les préfetures. Ces dernières évoquent

des modifications marginales de zonage et ajustements de certains points des règlements projetés, des modifications partielles ou mineures ou l'absence de modifications suite à la concertation. On peut relever dans un département de la région Île-de-France le retrait d'une zone à urbaniser.

On peut relever des modifications portant plus sur les demandes individuelles que sur les grandes orientations du projet. Les remarques du public sont prises en compte seulement si elles sont justifiées et dans la mesure où elles ne modifient pas l'économie générale du projet. La concertation conduit souvent à améliorer le projet.

Les préfetures évoquent la qualité de la concertation qui augmente avec la taille de la commune. On ne note aucun retrait de projet, les conséquences de la concertation étant rarement défavorables au projet.

En conclusion, concernant l'appréciation de cette procédure, les préfetures relèvent souvent une confusion du public entre les finalités de la concertation et de l'enquête publique, cette dernière apparaissant comme le moyen « principal » pour exprimer son point de vue. Par ailleurs, peu de propositions ou d'idées sont émises avant que les choix communaux ne soient établis. La concertation apparaît comprise de façon restrictive par les personnes qui y participent, comme un moyen de savoir comment sera zoné le terrain ou le secteur qui les intéresse.

IV. les référendums locaux et les consultations des électeurs

1. Les référendums locaux

La participation des électeurs à la prise des décisions relevant des compétences des collectivités territoriales a été renforcée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République et la loi organique n° 2003-705 du 1^{er} août 2003 relative au référendum local.

En décidant de soumettre à référendum local un projet de délibération tendant à régler une affaire de la compétence de la collectivité, ou d'acte relevant de l'exécutif dans le cadre des attributions qu'il exerce au nom de la collectivité, les autorités territoriales se dessaisissent de leur pouvoir de décision au profit des électeurs. Les articles LO. 1112-1 à LO. 1112-14 du code général des collectivités territoriales, issus de la loi organique, fixent la procédure de ce référendum décisionnel.

Pour l'organisation du référendum local, le décret n° 2005-433 du 4 mai 2005 pris pour l'application de la loi organique du 1^{er} août 2003 précise les conditions de mise à disposition du public d'un dossier d'information sur l'affaire soumise à la décision des électeurs et l'organisation matérielle du référendum : campagne électorale, opérations préparatoires au scrutin, opérations de vote, sanctions pénales (art. R. 1112-2 à R. 1112-17 du CGCT).

Depuis l'entrée en vigueur de l'ensemble du dispositif législatif et réglementaire, aucune région ni aucun département n'a organisé de référendum local.

En ce qui concerne l'échelon communal, de 2005 à 2007, vingt-cinq communes ont organisé des référendums locaux.



Pour les années 2008 (hors période électorale)⁵¹ et 2009, les préfetures ont signalé neuf référendums locaux, dans les communes suivantes :

- Villefranche-de-Lonchat (Dordogne) sur la réhabilitation d'une halle ;
- Guainville (Eure-et-Loir) sur le devenir d'un bien immobilier ;
- Ville-en-Woëvre (Meuse) sur le projet de stockage de déchets radioactifs ;
- Mey (Moselle) sur la modification des sièges au sein de la communauté d'agglomération ;
- Boulot (Haute-Saône) sur l'attribution d'un nom aux habitants de la commune ;
- Stains (Seine-Saint-Denis) sur la création d'une police municipale ;
- Joucas, La Bastidonne, Althen-des-Paluds (Vaucluse) sur l'avenir de la Poste et de son réseau ;
- Aynac (Lot) sur la vente d'un château ;
- Courlon (Yonne) sur la création d'un parc éolien.

Pour l'année 2010 (données arrêtées au mois de septembre), les six référendums locaux suivants ont été recensés :

- Éterville (Calvados) sur la conservation d'un bâtiment communal ;
- Plounérin (Côtes-d'Armor) sur le devenir d'une église ;
- Pîtres (Eure) sur l'aménagement d'une plate-forme multimodale ;
- Boiry-Saint-Martin et Boiry-Sainte-Rictrude (Pas-de-Calais) sur un projet de fusion ;
- Bagnols-en-Forêt (Var) sur la création de surfaces supplémentaires pour le stockage des déchets dans le cadre du projet d'aménagement et de développement durable ;
- Leers (Nord) sur la création d'une police municipale.

Il peut être noté que, quelles que soient les années considérées, le recours à la procédure de référendum est quantitativement peu important. Il ressort par ailleurs des éléments d'information recueillis par les préfetures une tendance à une faible participation des habitants à plusieurs de ces référendums.

Enfin, il est souligné que plusieurs référendums ont fait l'objet d'une annulation par les juridictions administratives.

Ainsi, le juge administratif a prononcé l'illégalité de délibérations de conseils municipaux organisant un référendum dont l'objet relève des prérogatives de l'État ou des compétences d'autres collectivités territoriales, par exemple un référendum relatif au droit de vote des étrangers (TA Versailles, 22/12/2006, *Saint-Michel-sur-Orge*). Il en est de même sur des questions relatives aux politiques en matière d'immigration ou portant sur l'organisation d'un service public qui ne relève pas de la compétence de la commune (TA Lille, 7/6/2006, n° 0602404 — TA Marseille, 26/1/2010, n° 0906757).

51. Aucune collectivité territoriale ne peut organiser de référendum local pendant la campagne ou les jours de scrutin prévus pour le renouvellement général (ou par série pour les conseils généraux) des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, le renouvellement des assemblées parlementaires, l'élection des membres du Parlement européen et celle du président de la République, ainsi qu'un référendum décidé par le président de la République.

2. La consultation des électeurs

La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a, par son article 122, introduit dans le code général des collectivités territoriales les articles L. 1112-13 à L. 1112-22 qui organisent les modalités des consultations des électeurs par les communes, les départements et les régions. Les dispositions législatives ont fait l'objet du décret n° 2005-1551 du 6 décembre 2005, codifié à l'article R. 1112-18 dans les dispositions communes aux trois niveaux de collectivités territoriales.

La procédure prévue pour les consultations des électeurs comporte de grandes similitudes avec celles du référendum local à caractère décisionnel.

La consultation des électeurs ne peut porter, en vertu de l'article L. 1112-15, que sur les décisions que les autorités de la collectivité envisagent de prendre pour régler les affaires relevant de la compétence de celle-ci.

Pour l'échelon communal, la possibilité de recourir à une consultation du corps électoral sur un sujet relevant de la compétence décisionnelle du conseil municipal est offerte depuis 1992.

Ce sont au premier chef les conseils municipaux qui sont intéressés par l'organisation des consultations des électeurs dans les conditions prévues par la loi. Si l'on se réfère au bilan qui a pu être tiré des informations fournies par les préfetures sur les consultations organisées par les communes entre 1995 et 2009, force est de constater que **cet outil de démocratie directe n'est que peu utilisé. Au 15 septembre 2009, le nombre de consultations se montait en effet à 258.**

C'est ainsi que les électeurs ont pu se prononcer sur des questions communales très diverses telles que la construction d'un équipement (foyer rural, halle...), la dénomination des habitants, un programme d'urbanisation dans un site sensible, la création d'une police municipale, l'implantation d'un système de vidéo-surveillance, l'organisation du service de ramassage des ordures ménagères, le site d'implantation d'un équipement (centre balnéo-ludique), l'ouverture d'une carrière, des projets d'aménagement (voirie, PLU, ZAC), l'intégration au sein d'un établissement public de coopération intercommunale, la fusion entre communes, etc.

Le juge administratif a prononcé à plusieurs reprises l'illégalité de délibérations organisant des consultations sur des thèmes relevant de la loi, de l'État ou d'autres collectivités territoriales.

Il en est ainsi notamment de consultations sur :

- Le droit de vote et d'éligibilité des étrangers extracommunautaires aux élections locales, le régime électoral relevant de la loi (CAA Versailles, 23/10/2008, n° 08VE01555 ; TA de Cergy-Pontoise, 02/12/2010) ;
- Le maintien sur le territoire national de populations étrangères, matière qui relève des compétences de l'État en vertu de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France (CE, 16/11/1994, n° 148995) ;
- La délimitation des champs d'application respectifs des dispositions de la loi « littoral » et de la loi « montagne », la délimitation devant faire l'objet d'un décret en Conseil d'État (TA Grenoble, 27/10/2006, n° 0604453) ;
- Le transit international des poids lourds par la vallée de ChamoniX, *via* le tunnel du Mont-Blanc (CAA Lyon, 27/12/2001, n° 01 LY02227) ;

– Le devenir d’un hôpital, alors que le schéma d’organisation sanitaire relève des agences régionales d’hospitalisation qui sont des GIP associant l’État et l’assurance maladie, chargés de mettre en œuvre au niveau régional la politique hospitalière définie par le Gouvernement (CAA Paris, 9/10/2007, n° 06PA04004).



Annexe 5

Un exemple de consultation pour l'élaboration de la réglementation : le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques

Source : Portail de l'inspection des installations classées

Site : <http://installationsclassées.ecologie.gouv.fr/-Elaboration-de-la-reglementation-.html>

13. Élaboration de la réglementation

- **Introduction explicative**

Le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques (CSPRT) – appelé Conseil supérieur des installations classées avant le 30 avril 2010* – est chargé d'assister le ministre.

- **Consultation du public sur les projets de texte soumis au Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques du 29 mars 2011**

Séance du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques du 29 mars 2011. Les projets de textes qui seront soumis au CSPRT sont disponibles. Vous pouvez consulter ces projets de...

- **Projets de texte pour lesquels la consultation est close (second semestre 2010)**

Séance du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques du 14 décembre 2010. Début de la consultation : 29 novembre – Fin de la consultation : 13 décembre 2010.

- **Projets de texte pour lesquels la consultation est close (premier semestre 2010)**

Séance du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques du 22 juin 2010. Début de la consultation : 7 juin 2010 – Fin de la consultation : 21 juin 2010. Modification...

- **Projets de texte pour lesquels la consultation est close (année 2009)**

Séance du CSIC du 15 décembre 2009. Début de la consultation : 30 novembre 2009 – Fin de la consultation : 4 janvier 2010. Projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 9 février 2004.

**CONSULTATION DU PUBLIC SUR LES PROJETS DE TEXTES SOUMIS
AU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PRÉVENTION DES RISQUES
TECHNOLOGIQUES DU 29 MARS 2011**

**SÉANCE DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PRÉVENTION DES RISQUES
TECHNOLOGIQUES DU 29 MARS 2011**

Les projets de texte qui seront soumis au CSPRT sont disponibles. Vous pouvez consulter ces projets de texte et faire part de vos observations, *via* les formulaires dédiés ci-dessous, du 11 mars 2011 jusqu'au 27 mars 2011 inclus.

- ***Projet de décret portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements***

Vous pouvez consulter ce texte et faire vos observations sur la page suivante

- ***Projet de décret portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement***

Vous pouvez consulter ce texte et faire vos observations sur la page suivante

- ***Projet d'arrêté pris en application du chapitre IV du titre V du livre V du code de l'environnement relatif à l'exécution de travaux à proximité de certains ouvrages souterrains, aériens ou subaquatiques de transport ou de distribution***

Présentation du projet de texte

Projet de texte

Formulaire de déclaration de projet de travaux (DT) ou de déclaration d'intention de commencement de travaux (DICT)

Notice explicative du Formulaire DT-DICT

Récépissé de DT – Récépissé de DICT

Vos observations sur le projet de texte relatif à l'exécution des travaux à proximité de certains ouvrages souterrains, aériens ou subaquatiques de transport ou de distribution

Ce message sera transmis au rapporteur du projet (ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement)

- ***Modification de la rubrique 2711 – Installation de transit, regroupement ou tri de déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE)***

Présentation des deux projets de texte

→ ***Projet de décret modifiant la nomenclature des installations classées***

Projet de décret

Vos observations sur le projet de décret modifiant la nomenclature (rubrique 2711)

Ce message sera transmis au rapporteur du projet (ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement)

→ **Projet d'arrêté portant modification de l'arrêté du 12 décembre 2007 modifié relatif aux prescriptions générales applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à déclaration sous la rubrique 2711**

Projet d'arrêté

A screenshot of a web form. It features a large empty rectangular text area. To the right of this area is a vertical stack of three small square buttons with upward, downward, and leftward arrows. Below the text area is a horizontal bar with a leftward arrow on the left and a rightward arrow on the right. To the right of this bar is a rectangular button labeled 'Valider'.

Ce message sera transmis au rapporteur du projet (ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement)

● **Projet d'arrêté relatif aux conditions d'admission des déchets inertes dans les installations relevant des rubriques 2515, 2516 et 2517 de la nomenclature des installations classées**

Présentation du projet de texte

Projet de texte

Vos observations sur le projet d'arrêté relatif aux conditions d'admission des déchets inertes dans les installations relevant des rubriques 2515, 2516 et 2517 de la nomenclature des installations classées

A screenshot of a web form, identical in layout to the one above. It features a large empty rectangular text area, a vertical stack of three small square buttons with upward, downward, and leftward arrows, a horizontal bar with left and right arrows, and a rectangular button labeled 'Valider'.

Ce message sera transmis au rapporteur du projet (ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement)

Annexe 6

La Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN)

La Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) a été créée par la loi de finances rectificative pour 2007, au sein du Comité des finances locales. Le décret n° 2008-994 du 22 septembre 2008 a défini le fonctionnement et l'organisation de la Commission, aujourd'hui codifiés aux articles L. 1211-4-2 et R. 1213-1 et suivants du CGCT.

Elle est composée d'un président, de deux vice-présidents, et de vingt-deux membres titulaires dont quinze représentants élus et sept représentants de l'État. Chaque membre titulaire dispose d'un membre suppléant compte tenu du volume de textes soumis pour avis à la CCEN. Enfin, elle comprend des experts qui assistent aux séances sans voix délibérative.

Le champ de compétence de la CCEN est très large. Elle est consultée obligatoirement sur l'impact financier des projets de texte réglementaire concernant les collectivités territoriales, ainsi que les propositions de texte communautaire ayant un impact technique et financier sur les collectivités territoriales. Elle peut aussi être saisie à titre facultatif sur les projets de loi ou d'amendement ayant le même impact. Il est à noter que la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dite loi Warsmann, a supprimé la double consultation du comité des finances locales (CFL) et de la CCEN pour alléger la procédure d'examen des textes, la primauté étant accordée au CFL. De plus, elle a consacré l'étendue du champ de compétence de la CCEN en lui soumettant obligatoirement l'ensemble des mesures réglementaires créant ou modifiant des normes, même si elles n'ont pas d'impact financier.

La CCEN se réunit une fois par mois. Elle peut également se réunir en urgence et statuer en moins de soixante-douze heures, sous la forme de conférence téléphonique ou audiovisuelle. Les ministères saisissent la CCEN par voie électronique. Le dossier transmis doit comporter : la version stabilisée du projet, le rapport de présentation et la fiche d'impact financier. L'impact financier doit être exhaustif, avec une évaluation reposant sur des critères objectifs, sincères et fiables. Les coûts doivent être justifiés pour que l'évaluation soit transparente. Si le dossier est complet, s'ouvre un délai de cinq semaines dans lequel la CCEN doit rendre son avis, délai reconductible une fois par décision du président, sauf urgence demandée par le Premier ministre. La CCEN émet un avis qui peut être favorable, favorable avec recommandations, défavorable ou défavorable avec recommandations. Elle délibère à la majorité de ses membres présents ou représentés, le président ayant voix prépondérante en cas de partage des voix. Si l'avis n'est pas rendu à l'unanimité des membres, les délibérations et le

procès-verbal rendent compte du sens des votes par collègue. La CCEN rend des avis obligatoires, non conformes.

La CCEN s'est réunie 13 fois en 2009 pour examiner 163 projets de texte réglementaire, dont une fois en urgence concernant le projet de décret comportant majoration du point d'indice dans la fonction publique à compter du 1^{er} juillet 2009. Certains élus membres de la CCEN ont regretté que la consultation de la CCEN intervienne après la phase de négociation entre le Gouvernement et les partenaires sociaux.

Les 163 textes examinés se répartissent de la manière suivante : 110 décrets, 50 arrêtés et 3 ordonnances ; 98,8 % des textes ont reçu un avis favorable de la commission. Seulement deux avis défavorables ont été émis en 2009 : l'un sur le projet de décret relatif à la sécurité des buts, et l'autre sur le projet de décret relatif à la protection judiciaire des jeunes majeurs. On rappellera que, sur les 358 avis rendus depuis 2008, 5 seulement ont été défavorables.

Les élus membres de la CCEN demandent assez souvent que les avis soient assortis d'une demande de bilan des mesures projetées et d'une évaluation *ex post* des coûts des mesures, afin d'évaluer la sincérité et la qualité des évaluations financières existantes.

En 2009, les 163 textes soumis pour avis à la CCEN généraient pour les collectivités territoriales un coût d'environ 580,4 milliards d'euros. Pour l'année 2009, on peut classer les textes soumis pour avis en trois catégories : mesures réglementaires d'application de lois ou de directives communautaires : 33 % des coûts présentés à la CCEN ; mesures relatives à la fonction publique : 57 % des coûts présentés à la CCEN ; mesures réglementaires « d'initiative » : 10 % des coûts présentés à la CCEN.

Deux types de normes n'ont pas encore été soumis pour avis à la CCEN, bien que relevant de son champ de compétence : les propositions de texte communautaire ayant un impact technique et financier sur les collectivités territoriales et les prescriptions édictées par les fédérations sportives dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire.

En conclusion, la CCEN se définit elle-même comme une « instance de régulation des relations entre l'État et les collectivités territoriales ».



Contributions

Consultation publique : aspects légaux et pratiques de l'expérience brésilienne

Contribution de l'Advocacia-Geral da União de la république fédérative du Brésil, sous la direction de Luís Inácio LUCENA ADAMS Avocat général de l'Union

Quelques observations sur l'administration « délibérative »

Jean-Bernard AUBY, professeur de droit public, directeur de la chaire « Mutations de l'action publique et du droit public » (MADP)

Délibération et participation

Jacques CHEVALLIER, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris-II), directeur du CERSA-CNRS

Le « code » de procédure administrative non contentieuse en Allemagne

Aurélien RACCAH, docteur en droit de l'institut universitaire européen de Florence, enseignant-chercheur à l'université catholique de Lille

Consultation publique : aspects légaux et pratiques de l'expérience brésilienne

*Contribution de l'Advocacia-Geral da União
de la république fédérative du Brésil*

*Sous la direction de Luís Inácio LUCENA ADAMS
Avocat général de l'Union*

1. Introduction

La démocratie, qui dans la Grèce antique était l'une des formes possibles de gouvernement, est à présent un droit inscrit et mis en œuvre dans des dizaines de Constitutions. Dans sa conception actuelle, elle revêt des aspects nouveaux face au besoin de conférer une plus grande légitimité au processus gouvernemental de prise de décision.

La société moderne, caractérisée par un large pluralisme d'opinions et d'idées, se trouve de plus en plus disposée à participer aux débats publics qui sont mis en place en vue d'évaluer les attentes et nécessités qu'elle rencontre.

L'importance de la participation populaire et de son insertion dans le processus démocratique brésilien peut être évaluée, d'emblée, à partir des leçons du constitutionnaliste brésilien Paulo Bonavides, lequel hisse la démocratie au rang de droit de quatrième génération, au moyen duquel la citoyenneté s'incarne dans la société plutôt que dans l'État¹. En outre, l'auteur affirme que la démocratie, sur le plan du droit positif, doit être nécessairement une démocratie directe, qui s'appuie chaque jour davantage sur les nouvelles technologies de communication tout en étant nourrie par un système institutionnel pluraliste².

Une telle conception de la démocratie reconnaît, implicitement, le caractère politique déterminant des procédures réglementaires et administratives. C'est pourquoi une grande partie de la doctrine soutient la mise en place de mécanismes de participation populaire dans les processus décisionnels, en vue de transposer dans les lois et les décisions politiques les attentes de la société.

1. P. Bonavides, *Do Estado liberal ao Estado Social*, 6^a ed. rev. e ampl., São Paulo : Forense, 1996, p. 15 et 16.

2. P. Bonavides, *Curso de direito constitucional*, São Paulo : Malheiros, 1999, p. 525, note 10.

Le fait de développer la participation des citoyens sur les sujets qui les concernent permet d'atténuer l'idée selon laquelle l'activité réglementaire de l'administration et les décisions politiques qui en découlent seraient restreintes aux seules considérations d'ordre technique. Une telle approche techniciste peut être associée à une vision plus pragmatique et centrée sur les besoins sociaux. De la sorte, elle reconnaît que les deux aspects sont essentiels à la prise de décision.

L'évolution de la démocratie permet que les instruments de participation populaire devancent ceux rattachés à la démocratie indirecte. Dans ce dernier cas, les citoyens se bornent à choisir leurs représentants à travers le vote, tandis qu'il est désormais possible de participer directement aux délibérations et aux décisions gouvernementales. Cette situation ouvre, en outre, la voie d'une plus grande possibilité de contrôle de la chose publique. À cet égard, les Constitutions modernes confèrent à l'État démocratique de droit une ample participation du citoyen, essentiellement sous les trois formes suivantes : I – de manière directe, moyennant, par exemple, des référendums et des plébiscites ; II – de manière représentative, par laquelle le pouvoir issu du peuple est exercé par l'intermédiaire de représentants ; et enfin, III – de manière participative, qui donne lieu à l'engagement du peuple dans les questions politiques, en légitimant les interrogations qui sont pertinentes pour la collectivité dans son ensemble, au moyen d'audiences publiques, comme les auditions et les consultations ouvertes.

Cette dernière forme de participation tend à s'élargir, afin que l'autorité administrative bénéficie de meilleures conditions et de plus d'instruments pour gérer la *res publica*, en s'appuyant sur les opinions qui expriment au mieux la réalité des intérêts en cause, et afin de permettre aux intéressés de s'exprimer et de voir leurs droits assurés avant l'aboutissement de la procédure administrative.

Ainsi, en répondant à l'invitation formulée par le Conseil d'État, l'Avocature générale de l'Union, organe aux compétences consultatives analogues à celles de la Haute Assemblée française, livre la présente étude relative au processus de consultation et d'audition du public au Brésil, en soulignant, au final, deux domaines stratégiques pour le pays, celui des transports et celui de l'énergie électrique. Il convient de commencer l'étude par une brève analyse de la consultation et de l'audition publiques au Brésil, dans le dessein d'identifier des différences éventuelles avec le système français.

2. Droit à la participation

2.1. Origine et prévision constitutionnelle et légale brésilienne

Les auditions de la collectivité, réalisées dans le dessein de mieux connaître les attentes populaires, afin de les transposer dans les textes de loi et de décisions administratives, trouvent leur origine dans le droit anglo-saxon, sur la base d'un principe de droit naturel. En droit nord-américain, elles se rattachent au principe du *due process of law*. Ces prévisions se rattachent à l'obligation qui s'impose à l'État de satisfaire de façon concrète les intérêts réels des citoyens.

Au Brésil, ce droit est prévu par la Constitution fédérale de 1988, dans son article premier, qui établit : «*Tout pouvoir émane du peuple, qui l'exerce par*



l'intermédiaire de représentants élus ou directement, selon les termes de la présente Constitution. » Le texte constitutionnel prévoit, en outre, la participation populaire à différents stades, tels que l'exercice de la souveraineté populaire au moyen du suffrage universel, du référendum, du plébiscite et de projets de loi d'initiative populaire (art. 14), ainsi que la consultation préalable des riverains concernés par la création, l'incorporation, la fusion et le démembrement de communes (art. 18, § 4°), la coopération des associations représentatives à la planification municipale (art. 29, XII), la réalisation d'auditions publiques d'entités de la société civile par les commissions parlementaires (art. 58, § 2°, II), la participation de la collectivité ou de la population dans la gestion du système unique de santé (art. 198, III), tout comme dans la définition des politiques relatives à l'aide sociale (art. 204, II), à la gestion démocratique de l'enseignement public (art. 206, VI), à la protection du patrimoine culturel brésilien (art. 216, § 1°) et à la protection de l'environnement (art. 225).

Il est possible de constater ainsi que la réalisation d'auditions ou de consultations publiques découle logiquement de la structure constitutionnelle brésilienne même, ainsi que des principes qui y sont prévus, de façon explicite ou implicite. Il en va ainsi du principe structurant de la démocratie, de ses composantes, comme le principe constitutionnel général de la souveraineté populaire ou le principe constitutionnel spécial de la participation sociale, sous réserve, toutefois, d'une disposition constitutionnelle ou législative explicite et préalable, déterminant les cas dans lesquels la participation est obligatoire, ainsi que les modalités de procédure et de mise en œuvre.

La législation brésilienne élargit le champ d'application de la participation publique. La loi sur les appels d'offres et les contrats administratifs (loi n° 8666, du 21 juin 1993), en son article 39, prévoit la réalisation d'auditions publiques dans les appels d'offres ou les ensembles d'appels d'offres simultanés ou successifs dont le montant est cent fois supérieur à celui de l'appel public d'offres avec mise en concurrence (*concorrência pública*), c'est-à-dire ayant un montant supérieur à R\$ 150 000 000,00 (cent cinquante millions de *reais*)³.

En ce qui concerne l'environnement, le texte constitutionnel, dans sa partie relative à l'exigence de l'étude d'impact environnemental préalable aux projets susceptibles d'engendrer la dégradation de l'environnement, se trouve en partie régi par l'art. 8° de la loi n° 6938 du 31 août 1981, relatif à la politique nationale de l'environnement au Brésil. La disposition en cause (art. 8°) prévoit, au nombre des compétences du Conseil national de l'environnement (CONAMA), la possibilité de convoquer, s'il l'estime nécessaire à l'octroi de permis à certaines activités ou certains travaux qui ont un impact sur l'environnement, des entités privées afin qu'elles donnent leur opinion sur les opérations concernées à partir de l'examen des études d'impact. Sur la base de cette compétence réglementaire, le CONAMA a édicté la résolution n° 1, du 23 janvier 1986, dont le § 2 de l'article 11 prévoit que les organes des communes, des États fédérés et de l'Union qui sont compétents pour octroyer des permis environnementaux peuvent, s'ils

3. 65 502 183,41 euros (soixante-cinq millions, cinq cent deux mille, cent quatre-vingt-trois euros et quarante et un centimes) selon la cotation du 28 février 2011, à R\$ 2,29 (deux *reais* et vingt-neuf centimes) par euro.

l'estiment nécessaire, au moment de définir la réalisation d'une étude d'impact et de la présentation du rapport d'impact environnemental (RIMA), promouvoir la réalisation d'auditions publiques afin d'informer le public sur le projet, son impact et l'examen du RIMA.

Pour sa part, le CONAMA, en précisant le champ d'application de l'audition publique prévue dans la résolution précitée, a édicté la résolution n° 9 du 3 décembre 1987, tendant à porter à la connaissance des intéressés le contenu du projet en examen et du RIMA, afin d'écartier des doutes et de recueillir les critiques et les suggestions des participants (art. 1^{er}). En outre, la résolution a précisé les modalités procédurales de réalisation de l'audition et a élargi les situations dans lesquelles elle devient obligatoire. C'est le cas non seulement lorsque l'organe environnemental compétent l'estime nécessaire, mais aussi lorsque le ministère public ou une entité civile ou un groupe de plus de cinquante citoyens (art. 2^o) la requièrent, en sachant que l'absence d'audition publique dans ces cas engendre la nullité du permis (art. 2^o, § 2^o).

En ce qui concerne encore l'environnement, la loi sur le système national d'unités de conservation (loi n° 9985, du 18 juillet 2000) prévoit la consultation publique en matière de création des aires protégées (*unidades de conservação ambiental*), ainsi que leur élargissement ou la transformation d'une *unité d'utilisation durable en unité de protection intégrale*, en prévoyant également que les pouvoirs publics sont tenus de fournir des informations adéquates et intelligibles à la population locale et aux autres intéressés (art. 22, § 2^o à 6^o).

Une autre importante entité publique brésilienne en ce qui concerne les procédures de participation est l'Agence nationale des eaux (ANA). Créée par la loi n° 9984 du 17 juillet 2000, l'ANA a pour finalité, entre autres, la mise en œuvre de la politique nationale des ressources hydrauliques, intégrant le système national de gestion des ressources en eau. Conformément à la résolution n° 173 du 17 avril 2006, édictée par l'Agence, les décisions prises par la direction collégiale de l'ANA doivent être précédées d'audiences publiques dans le but de : I – collecter des apports et des informations ; II – conférer aux usagers concernés la possibilité d'exprimer leurs opinions et suggestions ; III – identifier, selon la forme la plus large possible, l'ensemble des aspects pertinents à la matière faisant l'objet de l'audition publique ; et IV – donner publicité à l'action de l'ANA.

Un exemple de procédure ayant permis de collecter des apports préalables des intéressés est celui de l'audition publique réalisée pour définir le plan stratégique de ressources en eau du bassin hydrographique des fleuves Guandú, Guarda et Guandu-Mirim, dans l'État de Rio de Janeiro⁴. Il convient de signaler que le public cible de la mobilisation et de la communication du plan stratégique comprenait les acteurs du bassin concernés et les intéressés dans la gestion de ressources en eau, à savoir les communes, les usagers, les organisations de la société civile, les organes des États fédérés et les organes fédéraux. Le rapport de l'ANA a souligné dans ses conclusions que l'audition publique a été un événement de grande importance, étant donné la quantité de participants et, surtout, le nombre significatif de propositions et de questionnements adressés au

4. Les résultats de l'audience publique ont fait l'objet de la publication électronique : http://www.comiteguandu.org.br/arquivos/pdf/Relatorio_de_Consulta_%20Publicas/cps1.pdf.

diagnostic préliminaire du plan stratégique concernant le Guandú, dans la mesure où plusieurs de ces contributions ont aidé à éclaircir et à améliorer le plan. À cela s'ajoute la satisfaction que de nombreux participants ont exprimée quant à la consultation publique elle-même.

Il convient encore de souligner que, conformément aux articles 6°, n° 1, alinéa « a », et 7°, n° 1, de la convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n° 169⁵, prévoyant la participation des peuples indigènes ou tribaux à l'adoption de décisions les concernant, le Brésil a assuré aux groupes indigènes leur participation à la procédure de délimitation des terres qu'ils identifient comme étant traditionnellement les leurs (décret n° 1775, du 8 janvier 1996, art. 2°, § 3°), ainsi qu'aux descendants de *quilombos*. Ces derniers représentent des communautés traditionnelles formées d'anciens esclaves. La reconnaissance des terres qu'ils occupent est fondée sur l'identification de critères de territorialité avérés (décret n° 4887, du 20 novembre 2003, art. 2°, § 3°).

Une autre particularité du système juridique brésilien est la possibilité d'instituer des auditions publiques relatives aux décisions juridictionnelles de la Cour suprême (*Supremo Tribunal Federal*), en tant que cour constitutionnelle brésilienne, lors du contentieux objectif de contrôle de constitutionnalité. Il s'agit d'écouter des témoignages de personnes ayant expérience et autorité sur la question, lorsqu'un éclaircissement s'avère nécessaire ou lorsque les informations contenues dans les pièces de la procédure sont de toute évidence insuffisantes (loi n° 9868, du 10 novembre 1999, art. 9°, § 1°, et loi n° 9882, du 3 décembre 1999, art. 6°, § 1°).

En outre, le « Statut de la ville », défini par la loi n° 10257 du 10 juillet 2001, dans son art. 43, alinéa II, qui vise à promouvoir des garanties de gestion démocratique, prévoit l'organisation de débats, auditions et consultations publics et, dans son article 40, § 4°, alinéa I, introduit la nécessité de garantir, lors de l'élaboration du schéma directeur, la réalisation de telles auditions publiques, avec la participation de la population et d'associations représentatives des différents segments de la collectivité. Une disposition semblable est prévue également sous la forme de directive générale de la politique urbaine, que doivent observer les pouvoirs publics locaux dans les procédures d'implantation de projets ou d'activités ayant des effets potentiellement négatifs sur l'environnement naturel ou bâti, ou sur le confort ou la sécurité de la population (art. 2°, XIII).

Le caractère obligatoire de la procédure de participation est aussi fortement marqué dans l'élaboration d'actes réglementaires des différentes agences de régulation brésiliennes. Celles-ci ont la qualité de personnes morales de droit public, créées pour réguler et surveiller l'activité de secteurs de l'économie tels que l'énergie électrique, les télécommunications, les ressources hydriques, les transports, l'aviation civile, la vigilance sanitaire, etc. Bien que les avis exprimés par les participants ne sont pas contraignants pour les agences, le fait de ne pas réaliser des débats publics peut engendrer la nullité de l'acte réglementaire. Les lois sur les télécommunications, l'énergie électrique, le pétrole, les eaux, la santé et les transports imposent, pour leur part, la réalisation d'auditions publiques dans un

5. La convention OIT n° 169 a été incorporée en droit brésilien par le décret présidentiel n° 5051, du 19 avril 2004.

certain nombre de situations. Les questions relatives aux transports et à l'énergie électrique seront examinées plus en détail ci-après.

Enfin, il faut remarquer qu'avec les dispositions légales de consultation et d'audition publiques prévues aux articles 31 et 32 de la loi n° 9784, du 29 janvier 1999, relative à la procédure administrative en général, l'exigence de l'État brésilien d'une participation populaire effective lors du processus de prise de décision administrative s'avère de plus en plus évidente. Dès lors, sa réalisation a pour but de promouvoir un large débat autour d'une question importante, qui affecte l'intérêt général de la collectivité et qui s'identifie généralement par la présence d'intérêts individuels, ou collectifs, de sorte que soient entendus et reconnus les droits de la population. De cette façon, il est possible de mener des débats avec ceux qui seront concernés par la réglementation en cause.

2.2. Distinction entre consultation publique et audition publique

Les instruments de participation sociale se sont développés de façon spécifique dans chaque société. Conformément au principe constitutionnel participatif, la norme de référence qui régit la procédure administrative⁶ différencie l'instrument de la *consultation publique* de celui de l'*audition publique* en fonction du caractère oral ou non. La *consultation publique* est réalisée au moyen de pièces écrites, lesquelles sont ajoutées aux pièces de la procédure administrative en cours, tandis que l'*audition publique* a lieu lors de réunions publiques caractérisées par des débats oraux entre les intéressés.

2.3. Participation aux consultations et audiences publiques

La consultation et l'audition publiques concernent la participation de la collectivité, tout particulièrement des groupes sociaux déterminés, directement impliqués, qui, au cours de la procédure, exposent leurs idées dans le but de parvenir à une décision bénéficiant du plus grand consensus possible. L'objectif de la séance publique doit être celui d'élargir le plus possible le champ de la participation, afin d'apporter aux décisions en cause la plus grande efficacité et légitimité juridique et politique.

Bien évidemment, les séances de consultation et d'audience doivent avoir lieu préalablement à l'édition de l'acte administratif, dont le contenu doit faire l'objet d'une large publicité, de manière à divulguer de façon claire et objective

6. Loi n° 9784, du 29 janvier 1999, dont le *caput* des articles 31 et 32, prévoit :

« Art. 31. Quand la matière faisant l'objet de la procédure concerne une question d'intérêt général, l'organe compétent pourra, par le biais d'une décision motivée, accorder une période de réalisation d'une consultation publique, ouverte à la manifestation de tiers, avant la décision relative à la demande, sous réserve que la partie intéressée ne subisse pas de préjudice. »

« Art. 32. Avant la prise de décision, l'autorité peut, étant donné l'importance de la question, déterminer la réalisation d'une audience publique, ouvrant des débats sur la question objet de la procédure. »

l'ensemble de la connaissance technique acquise, dans le cadre d'une ample discussion qui doit se dérouler partout où se trouvent des groupes sociaux concernés.

De façon corollaire, le principe du formalisme modéré doit aussi être mis en œuvre en combinaison avec les autres principes administratifs, tels qu'énumérés par l'administrativiste brésilien Diogo Moreira Neto⁷, à savoir : l'égalité de traitement entre les opinions exprimées, la réserve légale, le principe associatif, le procès équitable, le contradictoire, les droits de la défense, le réalisme, la loyauté, la motivation des décisions, la proportionnalité et la prévention des litiges. La doctrine ajoute aussi celui de la gratuité.

La participation à distance peut être gratuite. Lors des auditions, les débats doivent être oraux et informels, dirigés par le fonctionnaire public qui préside la séance, dans le cadre d'un dialogue et non d'un monologue. L'audition doit être enregistrée ou retranscrite dans un procès-verbal, avec un registre des déclarations orales, afin que l'administration respecte le principe de la motivation au moment d'accepter ou, au contraire, de refuser les considérations et suggestions.

3. Expériences brésiliennes

Après avoir fait l'objet d'un traitement constitutionnel, les consultations et les auditions publiques ont été prises en considération par le législateur, qui les a introduites dans différentes normes infraconstitutionnelles. Il est opportun d'attirer l'attention sur le fait que cet article fait référence à celles qui ont trait aux secteurs les plus illustratifs en termes de participation populaire.

3.1. Auditions et consultations publiques relatives au transport terrestre

L'Agence nationale de transports terrestres (ANTT) fait partie des institutions administratives du Brésil, et est compétente pour agir en matière de régulation et de surveillance des secteurs ferroviaires, routiers, des tunnels, des gares et des dispositifs multimodaux. Son action est assise sur les instruments légaux suivants : I – la concession de chemins de fer, de routes et le transport ferroviaire rattaché à l'exploitation de l'infrastructure ; II – la permission de l'activité de transport collectif régulier de passagers, par voie routière et ferroviaire, lorsqu'elle ne se rattache pas à l'exploitation de l'infrastructure ; et III – l'autorisation de l'activité de transport de passagers par des entreprises de tourisme et, sous régime de fret, le transport international de marchandises, le transport multimodal et les gares.

La consultation publique est utilisée régulièrement par cette Agence, dès lors que son action est susceptible d'avoir un impact sur la population en général. La loi n° 10233, du 5 juin 2001, qui régit la restructuration des transports aquatiques et

7. D. de F. Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 3^a ed. rev. e ampl., São Paulo : Renovar, 1997, p. 258 à 262.

terrestres, et qui crée l'ANTT et d'autres organes relatifs à ces secteurs, prévoit l'audition publique conformément à la disposition légale reproduite ci-dessous :

« Art. 68. *Les projets de loi d'initiative populaire, les modifications sur les actes réglementaires et les décisions de la Direction, concernant la résolution des questions qui affectent les droits des opérateurs économiques ou des usagers de services de transports, seront précédés d'une audition publique.*

» § 1°. *Lors de l'annulation administrative d'actes et de contrats, la manifestation des intéressés sera préalablement garantie.*

» § 2°. *Les actes réglementaires des agences ne produiront des effets qu'après avoir été publiés au journal officiel; les actes non réglementaires ne produiront des effets qu'après avoir été notifiés.*

» § 3°. *Toute personne, sous réserve d'être une partie intéressée, aura droit à formuler une requête ou à recourir contre les actes des agences, dans le délai maximal de trente jours à compter de leur entrée en vigueur, dans le respect des règlements applicables.»*

En outre a été édictée la résolution ANTT n° 3026 du 10 février 2009, qui a précisé les procédures relatives aux auditions et consultations publiques au sein de l'ANTT. Il convient de souligner que l'article 14 a prévu la possibilité de réaliser ces auditions et consultations publiques avec l'emploi de technologies de communication et d'information (audio et vidéo et informatique), afin de réduire les coûts et d'augmenter la participation des intéressés.

Au sein de l'Agence, les consultations et les audiences ont fait l'objet de statistiques depuis l'année 2003 :

Année	Audiences publiques	Consultations publiques	TOTAL
2003	9	2	11
2004	11	0	11
2005	9	0	9
2006	22	1	23
2007	24	0	24
2008	23	1	24
2009	5	2	7
2010	9	3	12
TOTAL	112	9	121

La diminution du nombre de consultations et d'auditions publiques au cours des années 2009 et 2010 est liée au fait que les investissements menés par l'administration publique brésilienne ne sont pas nécessairement constants sur l'ensemble des domaines.

Une autre donnée qui ne saurait passer inaperçue concerne la réalisation simultanée de dispositifs d'audition et de consultation publiques en une procédure unique. Au sein de l'ANTT, la résolution n° 3026 de 2009, dans son article 13, permet en effet le regroupement des deux procédures lorsque la matière en cause se rattache à une question d'intérêt général, sous réserve d'une décision favorable de la direction collégiale. À l'exception des critères d'adéquation et d'opportunité, qui relèvent de l'appréciation de l'administration publique, il n'existe au sein de l'ANTT, ni même d'une autre agence ou d'un autre établissement public, aucune



interdiction légale à la réalisation simultanée de telles procédures. Au contraire, leur réalisation conjointe vise à augmenter les possibilités de participation populaire dans les questions en cause.

Il faut souligner que la participation à l'audition publique peut avoir lieu sous les formes directe ou indirecte. Dans le premier cas, l'intéressé témoigne en personne et en son propre nom, pour exprimer son opinion, débattre et présenter ses motivations, au regard de la question d'intérêt général pertinente. Dans le second cas, l'intervention incombe à une organisation ou une association légalement reconnues, telles que les associations, les fondations, les sociétés civiles, enfin, toute entité représentative, dont la participation puisse satisfaire aux intérêts des personnes représentées.

Dans ce cadre, au sein de l'ANTT, la résolution précitée n° 3026 de 2009, dans son article 2°, permet la réalisation d'auditions publiques sous la modalité directe, en une séance unique ou dans des séances multiples, avec un accès gratuit ; sous la modalité écrite, la participation a lieu au moyen de l'échange de documents. Il doit être précisé que les consultations publiques sont toujours réalisées sous la modalité écrite, conformément à ce que prévoit le § 1°, de l'article 13 de la résolution précitée.

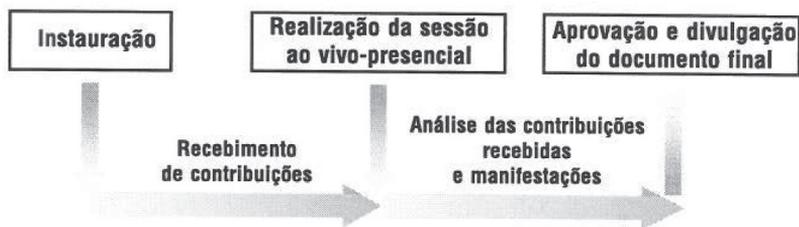
En ce qui concerne les intéressés, il est important de remarquer que peuvent participer aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Les personnes morales pourront participer sous la modalité directe, ou par l'intermédiaire de gérants, de mandataires, d'employés ou de préposés et des organisations et associations qui les représentent. Encore convient-il de souligner que les représentants des sociétés commerciales et des entités doivent faire preuve, par tout moyen valable, et de préférence *via* INTERNET, des pouvoirs de représentation dont ils disposent.

3.2. Auditions et consultations publiques relatives à l'énergie électrique

Le secteur électrique, dans sa législation spécifique, à savoir les lois n°s 8987 et 9074, toutes les deux de 1995, la dernière ayant réglementé l'ANEEL (Agence nationale de l'énergie électrique), fait l'objet de règles considérées comme constitutives du cadre régulateur du secteur électrique brésilien. Cet important secteur de l'administration publique a recours lui aussi à des mécanismes de consultation publique lors de séances publiques réalisées précédemment à l'adoption des décisions.

L'article 3° de la loi n° 8987 du 13 février 1995 prévoit la coopération des usagers dans le contrôle que doit exercer l'autorité concédante sur les concessions et les permissions. À son tour, l'article 33 de la loi n° 9074 du 7 juillet 1995 prévoit que « *dans chaque modalité de service public, le règlement applicable déterminera que le pouvoir concédant, dans le respect des articles 3° et 30 de la loi n° 8987, de 1995, fixe la forme de participation des usagers dans l'activité de contrôle et rend accessible au public, périodiquement, un rapport sur les services rendus* » (souligné par nous).

Au sein de cette Agence, il est possible de mieux comprendre le parcours de la consultation publique, grâce au schéma suivant⁸ :



Il convient d'observer que, dans ce domaine, l'analyse des contributions reçues par l'ANEEL est essentielle face à la complexité normative rencontrée et à la nature technique des questions faisant l'objet des auditions et des consultations publiques. En raison de la nécessité d'analyser l'intégralité des contributions reçues, il faut remarquer que le document revêtira, au terme du processus, la forme d'une étude qui fournit les éléments essentiels à l'élaboration de la règle.

Tel qu'il est indiqué ci-dessus, la participation populaire dans les consultations ou les audiences publiques ne lie pas, en principe, l'administration, mais constitue un élément d'information préalable requis pour son action. L'administration publique doit, dans la mesure du possible, expliciter les motivations qui l'ont ou non amenée à prendre en compte l'opinion des participations dans l'élaboration de l'acte ou de la décision administrative. Toutes les informations recueillies doivent être prises en considération, préalablement à la prise de décision administrative, de façon à permettre l'obtention d'une décision qui soit le plus consensuelle possible, au regard de l'intérêt public et des besoins sociaux, sur la base de l'ensemble des données obtenues.

Dès lors, il est possible de conclure que le débat public préalable, avec la participation de la population bénéficiaire et des autres intéressés, est un facteur constitutif du travail produit par les agences. Le pouvoir régulateur qui leur a été attribué permet d'apporter davantage de rationalité au processus décisionnel, en raison de la technicité de leurs personnels. La légitimation technique et politique des décisions gouvernementales repose aussi sur la participation directe des citoyens dans les décisions de l'État.

8. Note du traducteur : a) sur la ligne du haut : « instauração », « réalisation de séance en direct » et « approbation et diffusion du document final » ; b) sur la ligne du bas : « réception de contributions » et « analyse des contributions reçues et manifestations ».

4. Conclusion

La démarche qui consiste à consulter et à écouter l'opinion publique s'identifie comme un processus d'amélioration de l'État et de prise de conscience de la société tout entière. Elle est intimement liée aux pratiques démocratiques, puisqu'elle permet l'exercice de la citoyenneté, tout en affirmant la légitimité des décisions administratives. Permettre un tel processus, dans lequel l'opinion populaire peut s'exprimer de la façon la plus authentique afin d'être prise en considération, constitue l'une des meilleures formes de mise en œuvre de l'un des principaux commandements de la Constitution brésilienne, selon lequel le pouvoir émane du peuple. En outre, écouter le peuple devient un instrument de l'administration consensuelle, et un mécanisme d'identification de conflits sociaux potentiels, ainsi qu'un pas effectué dans le sens de la garantie des droits.

Dès lors, l'Avocature générale de l'Union répond en chœur aux conclusions émises par Jean Rivero, telles qu'elles ont été citées par l'administrativiste Moreira Neto⁹, concernant la mise en place de l'audition et de la consultation publiques. Instruments novateurs d'amélioration et de légitimité des décisions politiques, elles contribuent à ce que la démocratie ne soit pas seulement un processus formel de choix périodique de ceux que nous souhaitons voir nous gouverner, mais, bien plus, un choix permanent de la manière dont nous souhaitons être gouvernés.

9. V. *idem, ibidem*, p. 257.

Quelques observations sur l'administration « délibérative »

Jean-Bernard AUBY

*Professeur de droit public, directeur de la chaire « Mutations
de l'action publique et du droit public » (MADP)*

Le thème de l'administration « délibérative », que le rapport annuel met en avant, est certainement l'un des plus riches sujets de réflexion que les questionnements actuels du droit administratif placent en face de nous. Il est de ces sujets stratégiques par lesquels les juristes viennent au contact d'enjeux sociaux et politiques majeurs, de ces domaines dans lesquels le droit administratif « pèse son poids » de problèmes de société sur lesquels sa parole pourra être contribution importante au débat public.

Au riche rapport annuel qui précède, qui recevra sûrement un écho important, le présent texte ne prétend ajouter que quelques suggestions complémentaires, concernant des soubassements théoriques mobilisables, des prolongements possibles de la réflexion, un rien de prospective.

Ces quelques suggestions sont relatives aux fondements de l'administration « délibérative », à son champ, à sa mise en forme juridique, et à ses rapports avec le contentieux.

I. Sur les fondements de l'administration « délibérative »

Les fondements avancés pour établir le nécessaire développement de la participation aux processus de la décision publique sont en vérité assez variés.

1°. Parfois, ils reposent prosaïquement sur des arguments relatifs à l'efficacité de l'action publique. Ils s'appuient sur l'idée selon laquelle la participation des citoyens est de nature à les rendre davantage conscients des enjeux publics, et donc plus réalistes dans leur attitude vis-à-vis des décisions publiques. Les personnes impliquées dans des procédures de discussion des choix administratifs

accroissent leur connaissance des problèmes publics, et gagnent en confiance dans leur aptitude à les appréhender¹.

Naturellement, les bénéfices possibles de l'administration « délibérative » dans cette direction ne doivent pas être surestimés. On sait bien que les procédures de participation sont parfois utilisées purement et simplement dans un but dilatoire par des citoyens qui ne cherchent qu'à paralyser les projets publics, cependant que les autorités publiques n'y voient parfois rien d'autre qu'un moyen de légitimer des projets sur lesquels elles ont déjà arrêté leur décision². Mais ces disharmonies ne doivent évidemment pas décourager de rechercher le profit, même minimal, qui découle toujours de l'ouverture du débat.

2°. On ne doit pas négliger le renfort de poids qui a été apporté au progrès dans le sens de l'administration « délibérative » par la thématique du développement durable.

On sait bien, en effet, que les implications de la notion de développement durable dans l'élaboration des décisions publiques ne sont de loin pas entièrement situées du côté de la substance de celles-ci. Elles ne sont pas non plus entièrement situées du côté des préoccupations environnementales *stricto sensu*. En fait, le souci du développement durable est celui de créer des équilibres de temps long dans les situations que les décisions publiques entendent gérer, et cette recherche ne peut être opérée que dans une large implication directe de la société³.

3°. Cette implication directe des citoyens peut être par ailleurs également conçue comme un moyen d'accomplissement de leurs droits fondamentaux. C'est ainsi que la voit la théorie constitutionnelle allemande, à partir de la Constitution fédérale, qui perçoit la participation publique comme un moyen de renforcer les droits des citoyens dans leur rapport avec les autorités publiques. Un moyen de rendre concrets et effectifs ces droits subjectifs que, conformément à la philosophie du droit public allemand contemporain, les citoyens possèdent dans leurs rapports avec l'État et l'administration⁴.

4°. À la vérité, le socle le plus solide des justifications que l'on peut trouver à l'administration « délibérative » se trouve du côté de l'évolution de la théorie de la démocratie et du côté du concept de démocratie administrative⁵.

1. Franck Fischer, *Citizens, Experts and the Environment : The Politics of Local knowledge*, Duke University Press, 2000 – Franck Fischer, « Participatory Governance », *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Working Paper n° 24, août 2010.

2. Pierre Sadran, « Le miroir sans tain : réflexions sur la communication entre l'administration et les administrés », in *Mélanges Ellul*, PUF, 1983, p. 79 – « Débat public et délibération démocratique », in *Mélanges Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 419.

3. Jessica F. Green and W. Bradnee Chambers (eds), *The Politics of Participation in Sustainable Development Governance*, United Nations University Press, 2006.

4. Yoan Vilain, « La démocratie participative dans un cadre fédéral : l'expérience allemande », in Umberto Allegretti (dir.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, 2010, p. 299.

5. Entre autres : Achille Mestre, « La démocratie administrative », in *Mélanges Paul Couzinet*, université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561 – Jean-Bernard Auby, « Remarques introductives », colloque *Vers une démocratie administrative ? Des administrés aux citoyens*, Pôle européen d'administration publique, Strasbourg, 19-20 mars 2010, à paraître dans la *Revue française d'administration publique*.



L'un des grands sujets de perplexité de la réflexion contemporaine sur la démocratie provient de la conscience que nous avons de façon croissante du caractère insuffisant des mécanismes de l'élection et de la démocratie représentative⁶.

Leurs limites sont très bien mises en évidence par Pierre Rosanvallon⁷, « *la démocratie électorale-représentative repose sur l'axiome selon lequel la volonté générale s'exprime directement et complètement dans le processus électoral. Se superposent dans cet énoncé une modalité d'expression de la volonté politique (le bulletin de vote), la désignation d'un sujet politique (les électeurs) et la détermination d'un régime de temporalité (le moment électoral). Les éléments structurants de cette vision de la démocratie se lient à trois présupposés : l'identification du choix électoral à l'opinion de la volonté générale; l'assimilation des électeurs au peuple; l'inscription durable de l'activité politique et parlementaire dans la continuité du moment électoral. La fragilité de ces énoncés n'a pas à être démontrée, tant les réductions de la réalité qu'ils traduisent sont patentes* ».

Les mécanismes de l'élection et de la représentation ont un caractère réducteur qui a rendu et rend indispensable de les compléter par d'autres, qui nourrissent le fonctionnement démocratique de nos systèmes par d'autres voies⁸. Ces mécanismes tendent à introduire d'autres rythmes, et des jeux de poids et contreponds qui peuvent compenser l'enthousiasme électoral pour rappeler les principes permanents du système⁹ ou à nourrir les processus de la décision publique d'une pluralité d'expertises et de concours¹⁰; ils tendent aussi à permettre au citoyen de s'immiscer de façon aussi fréquente que possible dans les processus de l'action publique.

Pour le dire autrement, les procédures de participation, comme de leur côté le contrôle de constitutionnalité ou les autorités administratives indépendantes, sont aussi une manière différente de sécréter le bien public et de produire la raison publique. Au fond, comme l'écrit par exemple le philosophe espagnol Daniel Innerarity¹¹, dans nos sociétés complexes, qui abritent un pluralisme profond et irréversible, il n'existe pas de définition substantielle possible du bien commun. Faire émerger celui-ci passe nécessairement par les techniques et procédés d'une sorte de démocratie exponentielle, qui fait la place la plus grande possible au débat public.

6. Nous découvrons aussi, d'ailleurs, que nous avons grandement exagéré le lien historique et théorique entre démocratie et élection : voir Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 1996.

7. *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, 2008, p. 195 – Également : Jacques Chevallier, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », in *Les Mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, 2002, p. 361.

8. Jean-Bernard Auby, « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, février 2006, p. 3.

9. C'est ce à quoi servent les mécanismes de contrôle de constitutionnalité.

10. C'est ce à quoi servent les autorités administratives indépendantes.

11. *El nuevo espacio publico*, Espasa, 2006, p. 172.

On rejoint ici, on le sait bien, les thèses maintenant classiques de Jürgen Habermas sur la démocratie procédurale¹² et sa conviction selon laquelle la raison publique a son siège principal dans l'interaction démocratique.

Or, c'est dans cette sorte de lieu du quotidien des rapports entre la puissance publique et les citoyens qu'est le fonctionnement administratif que ce développement de l'interaction démocratique concrète peut trouver toute sa place.

À partir de la période cruciale de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle, la formation d'un pouvoir administratif moderne dans les grands systèmes occidentaux – l'américain, le britannique, le français, etc. – a déjà été un moyen de ressourcer la démocratie dans ces systèmes, en contrebalançant les soubresauts de la vie politique par la constitution d'un pouvoir doté d'une certaine marge d'autonomie et ayant l'aptitude à résoudre les problèmes concrets de la société. L'administration appuyait alors son autorité nouvelle sur ce que Pierre Rosanvallon appelle une légitimité « d'identification à la généralité¹³ » : l'aptitude à traiter les problèmes publics comme des questions objectives à résoudre et non seulement comme le sujet de choix politiques.

Pourtant, cette « légitimité d'identification à la généralité » de l'administration, et l'apport correspondant que l'administration apporte à la démocratie, ont mal résisté au temps. La cause essentielle en est que nos sociétés ont secrété une demande indéfinie de services rendus aux individus, et de plus en plus aux individus dans la singularité de leurs problèmes particuliers. Nos démocraties sont devenues ce que Dominique Schnapper appelle des démocraties providentielles¹⁴, dans lesquelles il ne s'agit plus d'assurer l'égalité de tous devant la loi, mais de rechercher l'égalité de tous par la loi. Les appareils publics s'épuisent à satisfaire les besoins illimités de toutes les catégories sociales possibles.

C'est là que la démocratie administrative, entendue comme démocratie participative dans les rapports quotidiens des institutions publiques et des citoyens, apparaît comme la voie d'un nouveau ressourcement. Elle permet d'impliquer dans les procédures de résolution des problèmes publics des citoyens que les progrès de l'éducation, ceux d'Internet... ont rendus plus aptes à exprimer leurs besoins et leurs attentes. Elle contient une double promesse : que l'action publique se conforme plus précisément aux besoins sociaux mieux connus, et que les citoyens appréhendent mieux les contraintes dans lesquelles se déploie l'action publique et adaptent leurs attentes en conséquence.

12. *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997 – Julien Lenoble, « Droit et communication : Jürgen Habermas », in Pierre Bouretz (dir.), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Éditions Esprit, 1991, p. 163 s.

13. *La Légitimité démocratique*, *op. cit.*, p. 59 et s.

14. *La Démocratie providentielle*, Gallimard, 2002.

II. Sur le champ de l'administration « délibérative »

Sur la question de savoir à quels aspects du fonctionnement administratif les procédures de l'administration « délibérative » sont susceptibles de s'appliquer, on voudrait faire ici trois séries de remarques.

La première, pour suggérer que les lignes de développement possible de l'administration « délibérative » ne sont certainement pas les mêmes dans les procédures nationales et dans les procédures locales. Le fonctionnement administratif local est le royaume naturel de ce développement, ne serait-ce que parce qu'il supporte un très haut degré de transparence, alors que les décisions administratives nationales, naturellement tributaires d'échanges politiques qui impliquent souvent le Parlement, et parfois connectées à des secrets protégés, s'y prêtent moins aisément. Cela ne veut naturellement pas dire qu'il n'y ait pas de marges de progression de leur côté : ces marges de progression existent, comme l'expose le rapport.

Il faut en second lieu prendre garde au fait qu'une partie des processus administratifs concernant la gestion des affaires publiques nationales s'est aujourd'hui évadée au-delà des frontières de l'appareil public national : parce que certaines questions sont aujourd'hui prises en charge par des instances administratives européennes, voire mondiales – que l'on songe, à titre d'exemple, au classement de sites au patrimoine mondial défini par l'Unesco –, ou gérées dans des processus « multiniveaux », auxquels participent à la fois des organes administratifs nationaux et des institutions européennes ou mondiales – que l'on songe au contrôle des produits pharmaceutiques, ou à la police des activités financières. La part de ces processus qui n'est pas maîtrisée par les institutions administratives nationales échappe par définition à tous les efforts que la législation nationale pourra faire pour accroître les procédures « délibératives ». Le salut ne peut venir alors que du droit qui régit ces administrations européennes et internationales, et des mécanismes de transparence, de participation, d'« *accountability* » qui peuvent y être introduits : ce n'est pas un hasard si la recherche de tels mécanismes occupe une place centrale dans les réflexions sur le droit administratif européen¹⁵ et sur le droit administratif global¹⁶.

Dans le même ordre d'idées, il faut, en troisième lieu, tenir compte du fait qu'une part non négligeable, et vraisemblablement croissante, des fonctions d'intérêt général, se trouve prise en charge par des acteurs privés. Le rôle qu'assument ces acteurs privés n'est pas nécessairement purement opérationnel et de mise en œuvre, il peut inclure la prise de décisions comportant des enjeux lourds, et parfois de caractère réglementaire : que l'on songe par exemple aux fédérations sportives. Dans ce genre d'hypothèses, la réflexion sur la démocratie administrative et ses instruments doit être prolongée, comme elle doit l'être du côté des instances administratives européennes ou globales : les institutions privées entre

15. Par exemple : Joana Mendes, « Participation and participation rights in EU law and governance », in Herwig Hofmann et Alexander Türk (dir.), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, 2009, p. 257.

16. Jean-Bernard Auby, *La Globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, 2^e éd., 2010, p. 160 et s. et 240 et s.

les mains desquelles des tâches administratives sont externalisées doivent se voir imposer les mêmes standards de transparence et de participation que les institutions publiques dont elles se trouvent, par les hasards de l'histoire, être à un moment donné les substituts¹⁷.

III. Sur la mise en forme juridique de l'administration « délibérative »

La mise en place d'un droit élaboré de l'administration « délibérative » pose potentiellement de nombreuses questions juridiques, sur lesquelles le rapport annuel se penche. Nous voudrions juste en isoler ici deux.

La première est celle de la codification. Pour l'aborder, il faut bien prendre conscience de ce qu'elle se pose sous un angle assez particulier en l'espèce. Il ne s'agit pas, comme dans notre travail habituel de codification, de rassembler des textes épars pour les présenter de façon ordonnée et systématique, de façon que les citoyens s'y retrouvent. Il est ici question de faire œuvre constructive, en deux sens. Il s'agit d'abord de traiter des questions nouvelles, d'introduire des mécanismes nouveaux : comme ceux qui pourraient s'inspirer du « *notice and comment* » américain. Il s'agit aussi, et peut-être surtout, de mener une réflexion conceptuelle systématique sur les questions que pose la procédure administrative. Ce qui fait la force de l'*Administrative Procedure Act* américain, par exemple, c'est qu'il repose sur une charpente conceptuelle solide, qui croise deux distinctions : celle des procédures de « *rulemaking* » – production de normes – et des procédures d'« *adjudication* » – règlement de questions particulières –, et celle de procédures formelles – « *formal* » – et informelles – « *informal* »¹⁸. Ce qui fait la force de la loi allemande, c'est qu'elle explore de manière systématique toutes les questions concrètes que la procédure administrative soulève¹⁹. Notre droit de la procédure administrative non contentieuse est un patchwork de textes ne traitant qu'une partie des questions possibles, et qui ne se trouve pas articulé à une conceptualisation très poussée des mécanismes.

En dépit de ses mérites, la loi du 12 avril 2000 est tout sauf une loi générale de procédure administrative non contentieuse. On sait aussi que le projet de code de l'administration qui a été proche de l'adoption il y a quelques années ne constituait pas non plus une telle loi générale : au surplus, il est resté dans les cartons. Si un projet de loi d'ensemble – de « loi-code », comme dit le rapport annuel

17. Par exemple : Jack Beermann, « Privatization and Political Accountability », *Fordham Urban Law Journal*, 2001, n° 28 : 1507-1541 – Laura Dickinson, « Public Law Values in a Privatized World », *Yale Journal of International Law*, 2006, n° 31 : 383-426 – Jody Freeman, « Extending public accountability through privatization : from public law to publicization », in Michael Dowdle (dir.), *Public Accountability. Designs, Dilemmas and Experiences*, Cambridge University Press, 2006, p. 83-111.

18. Par exemple : Peter Strauss, *Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 2^e édition, 2002, p. 187 et s.

19. Par exemple : Hartmut Maurer, « Droit administratif allemand », *LGDJ*, 1994, p. 89 et s.



– était élaboré, il ne manquerait pas d'aborder la question des procédures de l'administration « délibérative », et serait conduit à les doter d'un cadre d'ensemble.

Cela nous conduit à la seconde question que nous voudrions aborder ici, qui est celle de la liberté à consentir ou à ne pas consentir aux autorités administratives dans la définition et l'organisation des procédures de « délibération ». Il existe à cet égard trois solutions principales.

La première, dominante certainement dans le droit existant, est celle d'un encadrement strict par les textes : le déroulement des enquêtes publiques, par exemple, est minutieusement réglementé.

La deuxième est celle dans laquelle l'autorité chargée du projet dispose, dans le cadre de principes qui lui sont imposés, d'une certaine latitude dans l'organisation de la procédure participative. Il en va typiquement ainsi dans le mécanisme de la concertation de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme : la collectivité définit les modalités de sa mise en œuvre, la loi se contentant d'indiquer que la concertation doit avoir lieu pendant toute la durée de l'élaboration du projet.

Il en ira également ainsi dans le cadre du nouveau mécanisme créé par l'article 16 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : *« lorsqu'une autorité administrative est tenue de procéder à la consultation d'une commission consultative préalable à l'édiction d'un acte réglementaire, à l'exclusion des mesures nominatives, elle peut décider d'organiser une consultation ouverte permettant de recueillir, sur un site INTERNET, les observations des personnes concernées. L'autorité administrative fait connaître par tout moyen les modalités de la consultation. Au terme de la consultation, elle établit une synthèse des observations qu'elle a recueillies, éventuellement accompagnée d'éléments d'information complémentaires. Cette synthèse est rendue publique. Cette consultation ouverte se substitue à la consultation obligatoire en application d'une disposition législative ou réglementaire... ».*

Mais il existe une troisième hypothèse au moins, qui est celle dans laquelle la procédure « délibérative » n'est pas encadrée précisément dans la loi, mais n'est pas abandonnée non plus à sa définition par la personne publique chargée du projet : elle concerne au moins les procédures de « débat public » dont on sait que le déroulement concret dans un cas donné va être défini par la Commission nationale du débat public, autorité indépendante.

Ces trois solutions s'éloignent dans le degré de confiance qu'elles font respectivement à la loi et aux autorités administratives pour définir les « bonnes » procédures de participation. Leur portée respective ne peut cependant être correctement appréciée qu'en considérant aussi la question de la nature et de l'ampleur du contrôle juridictionnel.

IV. Sur le contentieux de l'administration « délibérative »

Il va de soi, et le rapport annuel traduit fortement ce souci, que les procédures d'administration « délibérative » ne peuvent être développées et multipliées qu'avec un regard maintenu sur les conséquences contentieuses que leur développement et leur multiplication peuvent avoir : de manière que les gains de renforcement démocratique obtenus d'un côté ne se paient pas d'un engluement dans des débats contentieux de pure forme de l'autre.

Deux questions doivent être considérées ici : celle du contrôle des procédures lui-même, celle du lien possible avec le contrôle des actes sur le fond.

Nous n'avons peut-être pas suffisamment conscience de ce que la première peut être dédoublée, en distinguant les cas où la procédure est strictement organisée par la loi de celles dans lesquelles il appartient à l'autorité décisionnaire, ou à une autorité tierce comme la Commission nationale du débat public, de les définir peu ou prou.

Dans le premier cas, en effet, le contrôle procédural consiste pour le juge à vérifier que les normes légales et réglementaires qui encadrent la procédure ont été respectées. Le pouvoir d'appréciation qui lui est ouvert est celui qui lui permet de considérer que certaines formalités prescrites par ces normes ne présentent pas un caractère substantiel. Comme on le sait, la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit l'invite à le faire un peu plus souvent qu'à son habitude contemporaine avec son article 70, qui prévoit que, *« lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision »*.

Lorsque les textes ont laissé à l'autorité chargée de la décision, ou à un tiers arbitre, le soin de préciser les modalités de la procédure, alors un contrôle supplémentaire s'intercale logiquement – même si la jurisprudence ne semble en général pas le distinguer du précédent : c'est celui de savoir si les modalités procédurales choisies sont conformes aux principes posés dans les textes, voire de savoir si elles sont suffisantes au regard de ce qu'est l'esprit des textes lorsque ceux-ci sont avarés de principes. Il s'agit d'un contrôle logiquement distinct, et préalable : il faut en l'occurrence vérifier d'abord que les procédures adoptées sont correctes, avant de vérifier qu'elles ont été correctement suivies.

Dans tous les cas, quelles que soient la nature et l'ampleur du contrôle des procédures, celui-ci n'a en principe pas vocation à interférer avec le contrôle du fond des décisions. Mais il y a plus : le juge qui examine la légalité au fond d'une décision prise à l'issue d'une procédure « délibérative » n'a en principe aucun compte à tenir de l'opinion émise par ceux qui se sont exprimés dans le cadre de cette procédure. Les positions exprimées dans le cadre de procédures d'enquête, de concertation ou de débat public ne doivent pas l'émouvoir lorsqu'il se prononce sur la régularité au fond de la déclaration d'utilité publique ou du document d'urbanisme adopté à l'issue de telles procédures.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir si, dans un contexte où l'administration « délibérative » continuerait à se développer comme elle le fait depuis quelques décennies, voire recevrait une impulsion nouvelle, cette indifférence demeurerait tenable. Déjà, dans l'état actuel des choses, on peut penser que, lorsqu'il se prononce sur les avantages et inconvénients d'une opération pour juger de son caractère d'utilité publique, le juge administratif tire souvent quelques idées, quelques impressions, un parfum d'ambiance, de la lecture des avis émis au cours de l'enquête publique – et de la synthèse qui en a été faite par le commissaire-enquêteur, bien sûr.

On ne peut pas ne pas penser que, plus les procédures d'administration « délibérative » se multiplieront, plus le champ des personnes impliquées s'élargira, plus il sera difficile pour le juge de rester indifférent aux opinions exprimées dans le cadre de ces procédures. Pourquoi ? Simplement parce que le caractère d'utilité publique d'un projet, le fait qu'un plan local d'urbanisme prenne bien en compte toutes les exigences que la loi lui impose d'intégrer – économiser les sols, protéger l'environnement, permettre le développement de l'activité économique et la construction de logements, etc. – le fait que le même plan soit ou non entaché d'une erreur manifeste dans tel ou tel choix d'urbanisation qu'il fait, tout cela relève de standards qui n'existent pas dans l'absolu : cela ressort d'une raison pratique générée par des procédures souvent très complexes, mais qui au final doit être arbitrée par le citoyen dans un système démocratique. Plus la participation démocratique à la procédure a été large, plus les opinions émises ressemblent à ce que serait la décision collective des citoyens. Et moins le juge peut les ignorer dans son appréciation de standards qui ne sont que faiblement techniques, mais plutôt authentiquement politiques, au sens noble du mot.

Délibération et participation

Par Jacques CHEVALLIER

*Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris-II),
directeur du CERSA-CNRS*

1° La promotion du thème de la participation en tant que levier de réforme administrative date en France de la fin des années 1960. Elle est alors indissociable d'une problématique plus globale, qu'on trouve aussi bien dans les écrits des sociologues¹ que dans le discours politique², concevant la participation comme une véritable « potion magique³ » permettant de « rétablir à peu de frais des organismes malades » : la participation n'est pas conçue comme le moyen seulement de régénérer l'appareil administratif engoncé dans le carcan bureaucratique, mais encore de retisser le lien social et politique. Sans doute la participation n'était-elle pas une réalité nouvelle : l'administration ne peut agir que si elle dispose de relais capables de l'informer des attentes du milieu social et qui sont, selon des modalités diverses, associés à son action ; la prolifération des structures consultatives dès le début du siècle⁴ ainsi que le large recours à l'initiative privée pour gérer les services publics, notamment dans le domaine économique et social, relevaient bien de l'idée de participation et celle-ci avait été l'un des principes sous-jacents au statut général des fonctionnaires de 1946. Néanmoins, les années 1960 marquent un basculement : le thème de la participation assure la mise en cohérence de ces pratiques et il est surtout porteur d'une dynamique de changement ; appelé à transformer aussi bien les principes d'organisation des services que les rapports avec les administrés, il semble préfigurer l'avènement d'un modèle administratif nouveau, dégagé des lourdeurs bureaucratiques.

Toute une série de réformes administratives menées au cours des années 1970 s'inscriront dans la thématique de la participation⁵ ; cette dynamique tendra cependant assez rapidement à s'essouffler, montrant que le discours participatif comportait une large part d'artifice, en donnant, aux administrés comme aux fonctionnaires, l'illusion d'un partage du pouvoir ; la participation a été conçue davantage comme un complément ou un correctif que comme un succédané ou

1. Voir M. Crozier, *La Société bloquée*, Seuil, 1970.

2. On sait la place que le thème occupera dans le discours gaulliste en tant que moyen de résoudre la crise politique et sociale révélée par les événements de mai-juin 1968.

3. C'est la formule utilisée par C. Debbasch (*Le Monde*, 21 décembre 1974).

4. Ne parlait-on pas dans les années 1930 de « polysynodie administrative » ?

5. J. Chevallier, « La participation dans l'administration française : discours et pratique », *Bull. IIAP*, janvier-mars 1976, p. 85 et s. et juillet-septembre 1976, p. 85 et s.

un substitut au modèle d'organisation traditionnel. Si les dispositifs de participation mis en place subsisteront, voire continueront à se développer notamment au niveau local, les programmes de réforme administrative privilégient à partir de la fin des années 1970 d'autres voies, en mettant l'accent sur la transparence puis sur la qualité des prestations offertes au public : le principe de « bonne administration », inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, apparaît comme la clé de voûte de ce mouvement, en imposant à l'administration une plus grande rigueur dans son action, par le respect d'un ensemble de règles procédurales destinées à garantir les droits des administrés⁶ ; le thème de la participation tend dès lors à être relégué au second plan.

2° L'émergence à partir du milieu des années 1990 de dispositifs nouveaux, rangés sous le terme générique de « débat public⁷ », a contribué à modifier les perspectives : qu'ils soient conçus sous la forme de débats requis pour la réalisation des grands projets d'aménagement ou d'équipement (loi du 2 février 1995)⁸, d'« états généraux » ouvrant très largement le champ de la réflexion autour de certains choix collectifs, de « Grenelle(s) » réunissant les diverses catégories d'acteurs concernés par des politiques d'intérêt national ou encore de « conférences de citoyens » organisées en matière scientifique et technologique⁹, ces dispositifs posent la question de l'intervention de la société civile dans les processus politiques et administratifs en termes différents ; comme dans les années 1960, où l'administration était conçue comme le point d'application d'un « modèle participatif » visant à la promotion d'une démocratie plus authentique, le débat public apparaît comme la traduction emblématique cette fois d'un « modèle délibératif » censé retrouver les fondements mêmes de l'idéal démocratique. Apparues au milieu des années 1980¹⁰, les conceptions délibératives vont trouver dans la vision « procédurale » de la démocratie avancée par Jürgen Habermas¹¹ leur formulation la plus achevée. Pour Habermas, en effet, la démocratie impliquerait la confrontation permanente des opinions : dans une société démocratique, il faut que les citoyens « puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires » ; et cela passe nécessairement par des processus de discussion et de délibération par lesquels la norme juridique progressivement se construit. Cette conception renouvelée de la démocratie est appelée à irradier l'administration, en tant que dispositif de prise en charge des fonctions collectives.

6. Droit à être entendu, droit d'accès aux dossiers, obligation de motivation, droit de réparation.

7. J. Chevallier, « Le débat public en question », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges Prieur*, Dalloz, 2007, p. 489 et s.

8. S. Vallemont (dir.), *Le Débat public : une réforme dans l'État*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2001 ; M. Revel alii, (dir.), *Le Débat public : une expérience française de démocratie participative*, La Découverte, coll. « Recherches », 2007 ; S. Rui, *La Démocratie en débat : les citoyens face à l'action publique*, A. Colin, coll. « Sociétales », 2004.

9. D. Boy, D. Bourq, *Conférences de citoyens, mode d'emploi*, Descartes et Cie, 2005.

10. Voir les textes rassemblés par C. Girard et A. Le Goff, *La Démocratie délibérative*, Hermann, 2010 ; J. Elster, *Deliberative Democracy*, Cambridge UP, 1999 ; J. Chevallier, « La démocratie délibérative : mythe et réalité », *Politique, communications et technologies. Mélanges Sfez*, PUF, 2006, p. 75 et s.

11. *Théorie de l'agir communicationnel*, t. I et II, Fayard, 1987 et aussi *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1992, Gallimard, 1997.



La question de la relation entre les modèles délibératif et participatif ne peut dès lors manquer de se poser : s'agit-il de deux voies différentes, voire concurrentes, de dépassement de la logique représentative, par l'avènement d'une « démocratie forte ¹² » ? Ou le modèle délibératif n'est-il en fin de compte qu'une variante, voire une simple déclinaison, du modèle participatif ? Tels qu'ils sont mis en œuvre à travers les formules du débat public, les procédés délibératifs présentent d'évidents éléments de singularité par rapport aux techniques participatives traditionnelles : l'espace délibératif construit pour permettre une confrontation élargie des points de vue tend en effet à s'autonomiser par rapport au système décisionnel. Néanmoins, cette singularité ne saurait conduire à opposer délibération et participation : la participation doit en effet être conçue comme un processus d'ordre très général, qui pousse au décloisonnement de l'administration en prenant des formes diverses ; les procédés délibératifs apparaissent dès lors indissociables d'une logique participative qu'ils contribuent à renouveler et à enrichir, en l'orientant vers des voies nouvelles, mais sans prétendre pour autant à l'exclusivité.

Une ouverture relative

1° Les procédures participatives reposent traditionnellement sur un principe de *sélectivité* : elles s'adressent pour l'essentiel aux intérêts organisés, en passant par la médiation de « représentants », capables d'exprimer les attentes des différents groupes sociaux. L'accès des acteurs sociaux à ces procédures dépend des ressources qu'ils peuvent mobiliser, de leur degré d'organisation ainsi que de leur aptitude à se plier aux contraintes du jeu collectif : les groupes puissants, organisés et coopératifs ont les meilleures chances de se faire entendre ; les groupes faibles, peu organisés, voués à un mode d'expression protestataire, et *a fortiori* les simples administrés, sont tenus en lisière des circuits décisionnels. Les dispositifs de consultation, et plus encore de concertation ou de négociation, se caractérisent ainsi par la sélection par l'administration, *via* des procédures de reconnaissance ou d'agrément, d'interlocuteurs jugés « représentatifs », qui deviennent pour elle des partenaires attitrés : ce faisant, la participation favorise la consolidation des liens tissés avec les groupes d'intérêt ; l'administration est portée à dialoguer avec des partenaires qu'elle connaît, des « notables », qui en viennent à occuper une « position médiatrice stratégique » entre l'administration et la société ¹³. Le processus d'institutionnalisation, qui se traduit par la mise en place de structures permanentes, intégrées à l'appareil administratif et dotées de règles stables de composition, a pour effet de rigidifier le système de communication, au risque d'un décalage croissant entre les canaux de participation et le milieu administratif. La participation ne donne donc pas à l'administré « de base » prise sur les processus administratifs : si celui-ci peut se faire entendre, c'est par l'intermédiaire des représentants de son groupe d'appartenance. L'ouverture à l'ensemble

12. B. Barber, *Strong Democracy*, 1984, Desclée de Brouwer, 1997.

13. Voir l'analyse classique de P. Grémion, *Le Pouvoir périphérique. Bureaucrates et notables dans le système politique français*, Seuil, coll. « Sociologie », 1976, p. 212.

des intéressés n'existe que de manière exceptionnelle, lorsque l'action administrative a des destinataires clairement identifiables, comme en matière d'expropriation, ou à la faveur d'un contexte de proximité ; mais, même au niveau local, les structures de concertation qui se développent à partir des années 1970 (commissions extra-municipales, conseils de quartier) utiliseront dans une large mesure le relais associatif.

Les procédures délibératives entendent dépasser ces mécanismes classiques de représentation en donnant à tous les intéressés la possibilité de faire valoir leur point de vue : cassant le monopole des « représentants », elles élargissent le cercle des acteurs concernés, en s'adressant non plus seulement aux intérêts organisés, mais encore aux simples citoyens ; le débat public se présente ainsi comme une « arène ouverte » dans laquelle un « principe d'équivalence » est posé¹⁴, tous les participants étant mis sur le même plan, placés sur un pied d'égalité, bénéficiant d'un traitement semblable. On en reviendrait par là aux fondements mêmes de la démocratie, en assurant la présence effective des citoyens dans les processus intéressant la vie de la cité : alors que la logique représentative les relègue « aux portes de l'espace de délibération¹⁵ » qui reste pour eux inaccessible, ils se voient reconnaître un droit de regard sur les choix collectifs et la possibilité d'accéder au « jeu délibératif » ; la ligne de démarcation soigneusement tracée et jalousement protégée entre représentants et représentés tendrait par ce biais à s'estomper.

2° Ce principe d'ouverture ne signifie cependant pas pour autant l'absence de mécanismes de *filtrage* ou de *criblage* des participants : la présence au débat pré-suppose en effet dans tous les cas l'existence d'un « intérêt », ainsi que la détention de certaines ressources, sociales et culturelles, qui permettent d'entrer dans le jeu de la discussion et de l'échange ; la délibération n'exclut donc pas tout élément de sélectivité.

Les débats relatifs aux opérations d'aménagement et d'équipement concernent ainsi au premier chef les « habitants », dont la présence est souvent motivée par le souci d'éviter des retombées négatives pour leur cadre de vie¹⁶. S'ils débordent le cadre classique de la consultation des « partenaires sociaux », qui reste la règle en matière sociale¹⁷, les débats organisés autour de politiques d'intérêt national s'adressent quant à eux de préférence non pas au « public » en général, mais aux « publics » directement concernés en tant que professionnels et usagers, dont les intérêts seront défendus, comme dans le cadre des procédures classiques de concertation et de négociation, par des porte-parole représentatifs : l'appellation

14. P. Chambat, J.-M. Fourniau, in Serge Vallemont, *op. cit.*, p. 22.

15. D. Rousseau (dir.), *La Démocratie continue*, Bruylant-LGDJ, 1995.

16. C'est le syndrome NIMBY (*Not in my backyard*) bien connu : la Commission nationale du débat public déplorait ainsi (rapport 2005-2006, p. 9) que ne prennent une part active au débat « que les personnes qui seront concernées par les ouvrages prévus, par leurs impacts positifs ou leurs nuisances possibles ».

17. Voir les réformes des retraites de 2003 et 2010 ou celle de l'assurance maladie en 2004 (un Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie avait été installé le 13 octobre 2003 pour établir un diagnostic partagé).

de « Grenelle¹⁸ », qui évoque les accords de Grenelle de 1968 négociés entre partenaires sociaux, souligne très explicitement cette configuration ; mais certains « états généraux¹⁹ » ou « assises²⁰ » relèvent de la même logique. L'éventail des participants est en réalité plus large lorsqu'il s'agit moins de « questions de société », telle la bioéthique²¹, qui supposent une connaissance des problèmes, que de l'avenir de services publics touchant peu ou prou l'ensemble de la population : la consultation lancée en 1989 pour préparer la réforme de la Poste et des télécommunications a été l'une des premières du genre²² ; les états généraux de la santé, lancés en juillet 1998 pour débattre des orientations de la future loi de 2002 sur les droits des malades²³, ou encore le « débat national sur l'avenir de l'école » lancé en 2003 en vue de préparer la loi d'orientation de 2005²⁴ en sont les illustrations les plus emblématiques. Quant aux « conférences de citoyens²⁵ », formées d'un panel représentatif de citoyens, si elles réunissent bien des « profanes », en apparence « totalement désintéressés » et « motivés par leur seule qualité de citoyen », elles recrutent leurs participants sur la base du volontariat, ce qui témoigne au moins d'un « intérêt à savoir ». Sans doute des sites sont-ils généralement ouverts dans le cadre des débats pour permettre aux simples citoyens de se faire entendre ; mais cette expression de points de vue, individuels ou collectifs, ne saurait être considérée comme un mode de délibération, c'est tout au plus un élément d'information à la disposition des décideurs.

Si elles tendent à élargir le cercle des intervenants, les procédures délibératives recouvrent ainsi une *gamme de situations* : dès l'instant où l'ouverture est assortie de mécanismes de filtrage et où les intérêts organisés occupent une place de choix, la différence avec les dispositifs classiques de participation ne peut que s'en trouver relativisée. D'autant qu'à l'inverse de nouvelles formes de participation s'adressant cette fois à l'ensemble du public, sans passer par la voie

18. Par exemple le « Grenelle » de l'environnement en 2007, qui réunira cinq catégories de participants (État, collectivités territoriales, organisations écologistes, syndicats, patronat) ainsi que des personnalités qualifiées, ou ceux de l'insertion (2007), de la mer (2009) ou des ondes (2009).

19. États généraux de la presse écrite (2008), de l'outre-mer (2009), de l'industrie (2010)...

20. Celles de la pêche en 2009.

21. Les états généraux de la bioéthique ouverts en janvier 2009 se sont efforcés par l'organisation de « forums citoyens » d'aller au-delà des groupes habituels (médecins, juristes, religieux, philosophes...) en vue de permettre aux Français « de faire connaître leur avis sur des sujets qui engagent la condition humaine et les valeurs essentielles sur lesquelles est bâtie notre société » (lettre du président de la République du 28 novembre 2008) ; l'ouverture est cependant restée plus symbolique que réelle, les « forums citoyens » servant en réalité de lieux de discussion entre citoyens « formés », « éclairés » ou « avertis » et « grands témoins », et se rapprochant dès lors des conférences de citoyens. Le projet adopté par l'Assemblée nationale le 15 février 2011 prévoit qu'un « débat public sous forme d'états généraux » devra être organisé avant toute autre réforme.

22. Voir le rapport de synthèse publié à l'issue du débat le 11 juillet 1989.

23. Quelque 300 000 personnes participeront aux discussions et forums citoyens.

24. A. Mazeaud, « Le débat national sur l'avenir de l'école ou des partenaires sociaux à l'épreuve de la démocratie participative », *Politix*, n° 75, 2006, p. 143 et s. Quelque 30 000 réunions seront organisées entre novembre 2003 et janvier 2004 rassemblant près de un million de personnes (voir la synthèse dans *Le Miroir du Débat*, avril 2004).

25. Une conférence de ce type sera pour la première fois en 1998 à propos de l'utilisation des OGM dans l'agriculture et l'alimentation ; d'autres ont été réunies à propos du réchauffement climatique (février 2002) ou encore de boues domestiques (novembre 2003). Pour les nanotechnologies en revanche un débat public a été organisé en novembre 2010.

délibérative, sont apparues : le développement des consultations référendaires, au niveau national et au niveau local, le pouvoir de décision donné aux habitants dans le cadre d'« enveloppes budgétaires de quartier » ou encore la consultation élargie rendue possible par le recours à Internet montrent que le principe de sélectivité n'est pas inhérent aux techniques de participation ; sans aller jusqu'à parler de l'événement d'une « démocratie du public », la crise des médiations sociales et de la représentation politique pousse à tous les niveaux à une présence plus active de la société civile dans les processus collectifs.

Cet élargissement du cercle des participants est appelé par la finalité même de la délibération.

Un débat encadré

1^o Les procédures délibératives sont sous-tendues par la croyance dans les vertus de la discussion, de l'échange, qui favoriseraient le passage à une « rationalité coopérative » : avant que les choix soient arrêtés, il conviendrait de confronter les différentes formulations des problèmes, d'expliciter les préférences et les interdits des acteurs sociaux, de mettre au jour les zones d'acceptabilité et les terrains de compromis ; il s'agit d'explorer « la pluralité des mondes », préalablement à « l'institution d'un monde commun »²⁶. Ce faisant, on retrouverait les fondements mêmes de la démocratie, qui implique la confrontation permanente des opinions : la délibération constituerait le principe cardinal sur lequel repose le modèle démocratique²⁷ ; mais, alors que les processus délibératifs étaient traditionnellement considérés comme indissociables de la représentation politique et confinés dans l'enceinte parlementaire, ils s'étendent désormais à d'autres lieux permettant la confrontation directe entre les intérêts sociaux.

La *logique du débat* conduit les participants à se plier à un ensemble de contraintes : le principe d'« inclusion délibérative »²⁸ les oblige à justifier leur position par le recours à des procédés d'argumentation et ils doivent respecter la norme du « raisonnable », en n'avançant que des arguments « rationnels », que les autres sont susceptibles d'entendre²⁹ ; tenus de prendre en compte le point de vue d'autrui, du fait du « principe de réciprocité », ils sont conduits à rechercher les voies d'un accord possible. Le débat public se présente ainsi comme un moyen de réduire l'éventail des opinions, de surmonter les oppositions et de parvenir à un consensus : les instances délibératives se présentent comme des lieux d'*apprentissage* dans lesquels les participants sont amenés à tenir compte des rationalités des autres acteurs, en se pliant aux contraintes de l'action collective. Néanmoins,

26. B. Latour, *Politique de la nature*, La Découverte, 1999.

27. B. Manin, « Volonté générale et délibération. Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, janvier 1985, p. 72 et s.

28. J. Cohen, *Philosophy, Politics, Democracy : Selected Essays*, Cambridge UP, 2007.

29. J. Elster (*op. cit.*) oppose la délibération, qui vise à se persuader l'un l'autre par des arguments rationnels, à la négociation, qui se présente comme un marchandage reposant sur l'échange de menaces et de promesses.



cette dynamique qui pousse au rapprochement des points de vue ne se produit pas toujours : la discussion peut aussi avoir pour effet de radicaliser les positions des uns et des autres, par effet de « polarisation » ; le débat risque alors de s'enliser dans l'affrontement stérile de points de vue antagonistes.

Ainsi conçues, les procédures délibératives contrastent avec la conception traditionnelle de la participation. D'une part, la participation s'inscrit dans un processus déjà finalisé, qu'il s'agit d'améliorer ; la délibération, au contraire, se situe en amont, alors que les orientations de l'action publique, voire son existence même, ne sont pas encore arrêtées : le débat public prévu pour les opérations d'aménagement se différencie par là de l'enquête publique qui se situe en aval, en vue de préciser les conditions de mise en œuvre d'une opération d'ores et déjà engagée. D'autre part, la participation n'implique pas l'élément d'interactivité entre intérêts sociaux inhérent à la délibération : elle se traduit par une capacité, variable, d'emprise sur l'action publique, mais sans pour autant entrer dans la logique du débat. Sans doute convient-il d'introduire des nuances : si les procédés d'enquête publique ou de concertation excluent tout élément de débat, celui-ci paraît être en revanche impliqué par le fonctionnement des instances consultatives ou des organes délibérants du secteur public, qui représentent des intérêts sociaux divers ; cependant, les règles de composition de ces structures et les conditions de leur intervention dans les processus administratifs interdisent toute assimilation avec le principe délibératif.

2° La logique du débat inhérente aux procédures délibératives n'est pourtant pas poussée jusqu'à son terme. Le débat met tout d'abord aux prises, en dépit du « principe d'équivalence », des catégories différentes de participants : face aux acteurs publics qui disposent de la connaissance des problèmes, face aux groupes organisés, partenaires attitrés des premiers, face aux professionnels et aux experts détenteurs d'un savoir, les simples citoyens sont inévitablement en situation d'infériorité. Eux-mêmes sont, au demeurant, socialement situés : la participation active au débat et la capacité à peser sur son déroulement supposent la compréhension des enjeux et la maîtrise du langage imposée par l'oralité des débats ; seuls compteront ceux qui disposent des ressources sociales et cognitives nécessaires. On retrouve donc au sein des instances du débat public la *hiérarchisation des acteurs* qui est au cœur des procédures classiques de participation. Cette stratification apparaît clairement dans le déroulement des grands débats nationaux : ou bien les simples citoyens sont purement et simplement absents de débats qui concernent pour l'essentiel les professionnels, ou bien ils s'expriment, comme dans le Grenelle de l'environnement, par l'intermédiaire d'associations de défense, ou bien ils sont tenus en marge de discussions qui se déroulent avant tout, comme dans les états généraux de bioéthique, entre les groupes directement concernés ou impliqués ; et les attentes qu'ils expriment dans les débats qui les concernent en tant qu'usagers (Poste, santé, école) appelleront dans tous les cas une mise en forme par des médiateurs. Si les citoyens sont seuls présents dans les conférences de citoyens, à travers le panel qui est censé les représenter, celui-ci est invité à débattre avec des experts, dont l'opinion pèsera lourdement sur la délibération. La hiérarchisation des acteurs ressort plus clairement encore en matière d'aménagement, le débat étant alors conçu par les promoteurs de ces opérations comme une « sorte de relation pédagogique » visant à convaincre des habitants sceptiques, méfiants ou revendicatifs de leur bien-fondé.



On perçoit dès lors que le débat n'est jamais laissé à la libre initiative et à la totale improvisation des participants. Le débat est toujours *cadré*, soit par l'existence, comme pour les états généraux, d'un document introductif élaboré par des experts³⁰ ou d'un canevas de réforme fixé par le Gouvernement³¹, soit par la définition des termes du problème, comme pour les conférences de citoyens, soit encore par l'annonce d'un projet d'aménagement : le débat public se développera dès lors par référence à des orientations prédéterminées par un cercle restreint d'acteurs ; le champ des discussions se trouve ainsi balisé et le projet sortant du débat ne sera souvent « qu'une version consolidée parce que marginalement amendée du projet tel qu'il y est entré³² ». Ce résultat est obtenu, ou bien en raison de la présence active de représentants de l'État, comme dans les formules dites de « Grenelle », ou bien par la mise en place, éventuellement concomitante, d'une instance chargée d'organiser le débat et par là même d'encadrer son déroulement³³ ; si ce « tiers organisateur » est censé garantir la sincérité des discussions, il sert aussi à canaliser le débat afin qu'il ne sorte pas du cadre qui a été tracé. Ainsi encadré, le débat tend à devenir un simple mode de consultation ou de concertation.

Conçues comme un espace de débat, les procédures délibératives sont dès lors dotées d'une portée limitée.

Une portée limitée

1° Telle qu'elle est classiquement aménagée, la participation entend donner aux intéressés prise sur la chose publique, en les associant à la prise des décisions collectives ou en les impliquant dans la marche des services. Sans doute passe-t-elle par une gamme de procédés, dont la portée est variable : si les *procédures consultatives* n'impliquent qu'un simple pouvoir d'avis ne liant pas les décideurs, l'avis pèsera d'autant plus fortement qu'il se situe plus en amont du processus décisionnel et qu'il émane de représentants de groupes d'intérêt puissants, dont la coopération est requise ; dès l'instant où les rapports deviennent plus étroits avec ces groupes, qui se trouvent associés à la définition même de l'action publique dans le cadre de procédés de *concertation* plus informels et obtiennent la possibilité d'infléchir son contenu par une véritable *négociation*, la participation tend à un processus d'élaboration conjointe ; les mécanismes de *cooptation* ou

30. Prérapport en avril 1989 pour le lancement du débat sur la Poste et les télécommunications, document comportant quinze thèmes de réflexion élaboré par le comité d'organisation pour les états généraux de la santé, « Éléments pour un diagnostic de l'école » élaborés en octobre 2003 par la commission Thélot, etc.

31. Lancement du Grenelle de l'environnement en juillet 2007 ou des états généraux pour la révision des lois bioéthiques en novembre 2008.

32. C. Blatrix, « Devoir débattre. Les effets de l'institutionnalisation de la participation sur les formes de l'action collective », *Politix*, 2002, n° 57, p. 79 et s.

33. « Commission nationale du débat public » (CNDP) pour les opérations d'aménagement et d'équipement, « comités de pilotage » pour les états généraux (par exemple pour ceux de la santé (juillet 1998) de l'école (février 2004) ou de la bioéthique (novembre 2008)), Office parlementaire des choix scientifiques et technologiques pour les conférences de citoyens.



d'*incorporation*, par lesquels des représentants des usagers sont appelés à siéger dans les organes délibérants des services publics, donneront à ceux-ci un droit de regard sur la définition de la stratégie suivie et la consistance des prestations offertes ; avec la *délégation* de l'exercice des tâches administratives à des gestionnaires privés, enfin, l'administration en vient à utiliser les compétences, les ressources et le savoir-faire du privé. Néanmoins, en dépit de leur diversité, ces procédés sont caractérisés par un dénominateur commun, une capacité d'emprise sur les choix collectifs et/ou la gestion publique.

Les procédures délibératives relèvent, on l'a vu, d'une logique différente, celle d'un débat, accessible à tous les intérêts concernés, en vue de discuter des orientations possibles de l'action collective, avant que s'engage le processus formel de décision. Le *moment délibératif* se trouve ainsi déconnecté de la phase décisionnelle : la définition des choix relèvera comme toujours d'un espace de décision fermé, ouvert aux seuls acteurs influents ; le débat public n'entraîne donc ni transfert, ni partage du pouvoir de décision, seulement l'introduction d'une phase préalable de discussion, destinée à apporter aux décideurs certains éléments d'éclairage et données sur l'état de l'opinion. L'ouverture inhérente aux procédures délibératives est ainsi payée d'une *relégation* de celles-ci en marge des processus décisionnels : c'est aux décideurs qu'il appartiendra de tirer leurs propres conclusions du débat. Cette *absence de chaînage* avec la décision conduit à distinguer les nouvelles procédures délibératives des formes traditionnelles de participation, qui donnent prise sur la décision elle-même, mais aussi de la conception classique de la délibération, qui implique la capacité de trancher au terme de la discussion : elles apparaissent en tant que telles comme une forme tronquée de délibération, contrastant avec celle qui prévaut dans l'enceinte parlementaire.

2° Le cantonnement de l'espace de délibération en marge du processus décisionnel ne signifie cependant pas qu'il soit dépourvu de portée.

Le débat génère tout d'abord, par son existence même, une série d'*effets diffus* : non seulement il influe sur les représentations, et par là sur les comportements et les stratégies des participants, qu'il dote de ressources cognitives nouvelles, mais encore il tend à favoriser l'*acceptabilité* sociale de l'action publique. Contribuant à améliorer l'information dont disposent les décideurs, le débat public remplit en effet une fonction essentielle de *légitimation* : les procédures délibératives sont là pour témoigner que l'action publique est le produit d'un vaste échange, dans lequel tous les intérêts sociaux ont pu s'exprimer ; la délibération apparaît ainsi comme un puissant *opérateur idéologique*, visant à construire le consensus nécessaire autour de l'action publique.

Cet « usage pratique à des fins stratégiques³⁴ » des procédures délibératives n'épuise pas toutes leurs potentialités : la discussion contribue aussi à circonscrire et à réduire le champ des possibles et les décideurs ne sauraient sans risque s'affranchir du cadre ainsi défini. L'*incidence concrète* du débat sur le contenu final des choix est cependant extrêmement variable. Parfois, le débat n'est organisé que pour témoigner de la sensibilité des politiques à un problème, sans prolongement législatif, au moins dans l'immédiat. Parfois, le débat vise à mobiliser le

34. C. Blatrix, préc. p. 90.

grand public autour d'un projet de réforme : parallèle aux travaux menés parallèlement par les experts, il pèse peu sur les futurs arbitrages politiques ; les débats sur la santé et sur l'avenir de l'école en ont été l'illustration³⁵. Parfois, le débat a pour fonction de désamorcer un mouvement de contestation sociale : les états généraux de la recherche en 2004 ont ainsi été organisés en réponse au mouvement « Sauvons la recherche » lancé fin 2003 et ceux de l'outre-mer en réponse au mouvement lancé en Guadeloupe en janvier 2009 ; les textes consécutifs chemineront en marge, voire en contradiction, avec les conclusions des débats³⁶. La phase délibérative est en revanche moins coupée de la phase décisionnelle dans les formules dites de « Grenelle » : le Grenelle de l'environnement a ainsi été conclu par l'adoption d'un programme d'action, débouchant sur les deux lois du 30 août 2009 (dite « Grenelle I ») et du 12 juillet 2010 (dite « Grenelle II ») qui reprennent dans une large mesure ses conclusions, et le Grenelle de l'insertion ouvert en novembre 2007 s'inscrit dans un processus complexe³⁷ qui débouchera sur l'adoption de la loi du 1^{er} décembre 2008 portant généralisation du « revenu de solidarité active » ; on se trouve alors en présence d'un processus qui ne diffère des mécanismes classiques de concertation et de négociation que par une plus large ouverture et une plus grande transparence. Quant aux travaux des conférences de citoyens, ils se présentent davantage sous la forme de contributions à une réflexion collective que comme conduisant à des mesures concrètes.

Alors que la portée des procédures délibératives reste ainsi frappée d'incertitude, de nouveaux procédés de participation, donnant aux citoyens prise sur les choix collectifs, ont, parallèlement, connu un incontestable essor au cours des dernières années. Le champ du référendum s'est étendu, au niveau national en 1995 – l'initiative populaire introduite en 2008 ayant cependant fait l'objet d'un strict encadrement –, tandis qu'au niveau local les pratiques de consultation directe des habitants qui s'étaient développées à l'initiative des élus ont été, d'abord, légalisées en 1992 avant de bénéficier d'une reconnaissance constitutionnelle en 2003 : or, s'il permet un échange d'arguments dans le cadre de la campagne précédant le vote, le référendum ne relève pas réellement d'une logique délibérative ; excluant toute recherche de compromis, il vise à faire trancher une alternative par les citoyens. De même, au niveau local, une panoplie nouvelle de dispositifs participatifs³⁸ a été mise en place afin de remédier à la crise de la représentation en associant plus étroitement les habitants à la gestion municipale. Quant à la consultation directe des citoyens par la voie d'Internet, elle tend à décloisonner les processus consultatifs, mais au prix d'une suppression du temps délibératif : la confrontation rendue possible par la collégialité fait place à la simple juxtaposition de points de vue.

Les procédures délibératives présentent ainsi une incontestable spécificité par rapport aux techniques participatives traditionnelles : alors que la participation

35. Le contenu de la loi du 23 avril 2005 se démarque dans une large mesure des conclusions du débat.

36. La loi du 18 avril 2006 de programme pour la recherche s'éloigne sur certains points importants des conclusions des états généraux de Grenoble.

37. Conférence sur le RSA de juillet 2008, groupe de travail institué pour préparer la généralisation...

38. Voir Y. Sintomer, M.-H. Bacqué (dir.), *La Démocratie participative*, La Découverte, coll. « Recherches », 2011 ; F. Robbe (dir.), *La Démocratie participative*, L'Harmattan, coll. « Gralle », 2007.

confère aux représentants des groupes organisés un droit de regard et une capacité d'emprise sur les processus décisionnels, la délibération repose sur la constitution en amont de ces processus d'un espace de discussion dans lequel tous les intérêts sociaux concernés sont invités à s'exprimer ; même si l'une et l'autre visent à enrichir le fonctionnement de la démocratie par une présence plus active de la société civile, les logiques ne sont pas identiques, la délibération relevant plutôt d'une démocratie d'« implication » et la participation d'une démocratie d'« intervention »³⁹.

Néanmoins, la délibération ne peut être dissociée, en dépit de sa singularité, de la dynamique participative : non seulement les procédures délibératives apparaissent dans un certain nombre d'hypothèses, notamment dans les formules dites de « Grenelle », comme un mode renouvelé de concertation voire de négociation, mais encore elles ne sont pas sans incidence, au moins indirecte, sur le processus décisionnel ; et elles contribuent à infléchir la conception traditionnelle de la participation, en montrant que celle-ci ne saurait être réduite aux seuls systèmes fermés d'échange entre l'administration et les groupes d'intérêt organisés, mais peut avec profit s'étendre à des publics plus larges et se dérouler en « arène ouverte », sous le regard du public. Dès l'instant où la participation est entendue de manière large, comme englobant l'ensemble de procédés donnant aux citoyens prise sur la chose publique⁴⁰, les procédures délibératives se présentent comme l'une de ses illustrations possibles ; et leur développement au cours des dernières années a bel et bien contribué à renouveler, par référence à une conception élargie de la consultation, une dynamique participative qui tendait à s'essouffler.

Il reste que la délibération ne saurait, pas plus que les techniques participatives déployées à partir des années 1960, être conçue comme une panacée : la relégation de l'espace délibératif en marge du processus décisionnel tend souvent à faire apparaître le processus délibératif comme un simple trompe-l'œil, destiné avant tout à conforter la légitimité des choix collectifs ; quant à l'implication des citoyens, qui se satisfont volontiers d'une « démocratie furtive⁴¹ », elle dépend de l'existence d'un « intérêt », qui est rarement d'ordre exclusivement civique.

39. P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie. Essai sur la société de défiance*, Seuil, 2006. Dans le même sens, Loïc Blondiaux, *Le Nouvel Esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Seuil, coll. « La République des idées », 2008.

40. Comme le fait l'article 11 du Traité de l'Union européenne.

41. J. Hibbing et E. Theiss-Morse, *Stealth Democracy*, 2002.

Le « code » de procédure administrative non contentieuse en Allemagne

Contribution de M. Aurélien RACCAH

*Docteur en droit de l'institut universitaire européen de Florence,
enseignant chercheur à l'université catholique de Lille*

Le droit administratif allemand serait-il l'avant-garde d'un modèle européen ? Depuis plusieurs années, des auteurs ont démontré avec vigueur que le « code » de procédure administrative allemand, en particulier, développe, depuis trente-cinq ans, des concepts juridiques qui ont modernisé l'interaction entre l'administration et les citoyens¹.

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1977, fruit d'un compromis entre la Fédération et les Länder, la loi sur la procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), adoptée le 25 mai 1976, a partiellement codifié, au niveau fédéral, les règles entourant la prise de décision des autorités administratives. Sans être exhaustive, cette législation, qui comprend une centaine de paragraphes, s'applique à défaut de toute autre procédure spécifique et se présente comme la norme de référence, imposant un certain formalisme à l'activité administrative².

Cette codification vise exclusivement le droit fédéral, tenant ainsi compte de la réalité structurelle allemande. Outre-Rhin, la répartition des compétences n'est pas conçue autour d'une opposition entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. La Loi fondamentale (*Grundgesetz*), dans ses articles 70 et suivants, distingue seulement les compétences législatives de la Fédération (*Bund*) et des Länder. Au *Bund* ont été attribuées des compétences exclusives (*ausschließliche*), énumérées à l'article 73 de la Loi fondamentale, qui correspondent principalement aux domaines régaliens³. Les autres compétences, mentionnées à l'article

1. H. Pünder, *Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts*, in JuS 2011, p. 289 et s. ; E. Schmidt-Assmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur*, in NVwZ 2007, p. 40 et s. ; K.-P. Dolde, *Verwaltungsverfahren und Deregulierung*, in NVwZ 2006, p. 857 et s. ; M. Schmidt-Preuss, *Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts*, in NVwZ 2005, p. 489 et s. ; J. Ziekow, *Von der Reanimation des Verfahrensrechts*, in NVwZ 2005, p. 263 et s.

2. H.-J. Bonk, *25 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz*, in NVwZ 2001, p. 636.

3. Affaires étrangères, nationalité, liberté de circulation et d'établissement, immigration, monnaie, territoire douanier et commercial, protection du patrimoine culturel allemand, navigation aérienne, chemins de fer de la Fédération, postes et télécommunications, statut des personnels au service de la Fédération, concurrence et protection de la propriété industrielle, coopération de la Fédération et des Länder, statistiques fédérales, armes, anciens combattants, énergie nucléaire et énergies alternatives.

74, demeurent partagées (*konkurrierenden*) entre la Fédération et les Länder, selon la formule consacrée : « *Les Länder ont le pouvoir de légiférer aussi longtemps et pour autant que la Fédération n'a pas fait par une loi usage de sa compétence législative*⁴. » Ce que l'on considère comme pouvoir réglementaire, ou plutôt comme « pouvoir de création de normes d'application de la loi », est inhérent à ce partage. Pouvoir législatif et pouvoir réglementaire constituent un « bloc d'habilitation » attribué au *Bund* ou aux Länder avec chaque compétence. Ainsi, la loi sur la procédure administrative non contentieuse s'applique intégralement à l'exercice des compétences des autorités fédérales. Ces dernières ne représentent cependant que 10 % de la fonction publique allemande, tandis que les Länder regroupent 42 % des agents publics et les communes 31 %⁵. La majeure partie du droit fédéral est, en fait, appliquée de manière subsidiaire au niveau régional ou local. Trois cas de figure se présentent. Seuls les deux premiers sont concernés par la loi fédérale de 1976.

Premièrement, en vertu de l'article 30 de la Loi fondamentale, « *l'exercice des pouvoirs étatiques et l'accomplissement des missions de l'État appartiennent aux Länder* ». Les Länder sont chargés d'exécuter le droit fédéral au titre de leurs compétences propres. En raison d'une administration fédérale restreinte, ce système d'exécution répond à une nécessité technique. Cette « *répartition des compétences borne la Fédération au pouvoir législatif, tandis que les tâches administratives reviennent aux Länder*⁶ ». Les articles 83 et 84 de la Loi fondamentale précisent que cette « *compétence propre* » des Länder leur attribue « *l'organisation des administrations et la procédure administrative* ». Deuxièmement, les Länder peuvent mettre en œuvre leur pouvoir réglementaire lorsqu'ils appliquent le droit fédéral à titre délégué, en vertu de l'article 85 GG. Dans ce cas, seule « *l'organisation des administrations reste de la compétence des Länder* ». Troisièmement, le pouvoir réglementaire propre des Länder reste soumis aux règles procédurales régionales⁷.

En 1960, lors du *Deutscher Juristentag*, la rédaction de la loi sur la procédure administrative non contentieuse avait commencé avec la question suivante : « *Convient-il de codifier la partie générale du droit administratif*⁸ ? » Le dessein d'une codification de la procédure administrative est réapparu avec la volonté de renforcer le principe de légalité dans l'action de l'administration. Sur le fondement de l'article 20 III GG a été dégagé le principe selon lequel l'administration

4. Art. 72 GG.

5. Sur les quelques 5 520 400 fonctionnaires allemands, 554 300 travaillent directement pour les autorités de la Fédération (*Bund*), tandis que 2 302 800 appartiennent à l'administration des régions (Länder) et 1 722 200 travaillent pour les communes et 374 800 pour les services sociaux et hospitaliers et enfin 566 300 pour des services dits « intermédiaires » (principalement relatifs à la sécurité sociale). Chiffres issus du *Statistisches Bundesamt Deutschland, Personal im öffentlichen Dienst, Beschäftigte der öffentlichen Arbeitgeber*, 30 juin 2008.

6. Sénat, Rapport n° 86 relatif à l'organisation décentralisée de la République, 5 décembre 2002, p. 129.

7. La plupart des Länder ont adopté leurs propres lois régionales relatives à la procédure administrative non contentieuse (LVwVfG), en conformité avec la loi fédérale. Seuls quatre Länder (Berlin, la Basse-Saxe, la Rhénanie-Palatinat et la Saxe) se réfèrent intégralement à la loi fédérale de 1976, ainsi considérée comme loi du Land.

8. « *Empfiehl es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren ?* »

dispose d'un pouvoir lié « *par la loi et le droit* » (*gebundene Verwaltung*). La rationalité juridique allemande retrouve ici l'impulsion qui avait été donnée pendant la république de Weimar, lorsque les premières codifications régionales sont apparues⁹. L'objectif consiste à encadrer l'appréciation des autorités publiques et à en contrôler la validité des mesures au regard de la primauté de la loi. L'intérêt porté aux droits fondamentaux des citoyens après la Seconde Guerre mondiale s'est corroboré avec l'idée générale que l'administration ne pouvait agir de manière discrétionnaire dans ses rapports avec les administrés¹⁰.

Figurer les règles de production des actes administratifs a nécessairement alourdi les procédures, mais a, en revanche, diminué les contentieux. Le développement de la participation des administrés et des procédures préalables explique, en partie, un contentieux relativement moins élevé qu'en France. En 2009, les 52 tribunaux administratifs (*Verwaltungsgerichte*) et 16 cours administratives d'appel (*Oberverwaltungsgerichte*) – une par Land – ont jugé respectivement 111 606 et 14 418 affaires, tandis que les 42 tribunaux administratifs et les 8 cours administratives français en traitaient 187 236 et 28 202. Sur la même période, au niveau fédéral, la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) n'a rendu que 681 arrêts, lorsque le Conseil d'État en jugeait 9 986. On observe, en Allemagne, un contentieux largement inférieur à la France, alors que la population et les juridictions sont plus nombreuses. Sans préjuger des différences de culture administrative difficilement comparables, des coûts d'accès à la justice et des moyens dont disposent les systèmes juridictionnels respectifs, la procédure administrative allemande présente aujourd'hui une certaine sécurité juridique qui en fait un modèle pertinent en Europe. En particulier, la codification de l'ensemble des règles de procédure administrative dans un texte unique a rendu les étapes de la prise de décision plus transparentes (I) et plus ouvertes aux considérations des administrés (II).

I. La formalisation des règles procédurales non contentieuses

Procédure administrative, notions fondamentales (notamment l'acte administratif et le contrat de droit public), principes généraux..., de la préparation à l'édition des actes, l'ensemble de l'activité administrative est défini et encadré par la loi de 1976 (A). Une telle codification des règles a pour conséquence inexorable de restreindre l'appréciation de l'administration, mais également celle du juge administratif. Elle offre l'avantage d'une procédure objective et transparente. Pour autant, elle n'a pas empêché de prévoir des modalités procédurales adaptées au cas par cas (B).

9. La *Landesverwaltungsordnung für Thüringen* du 10 juin 1926 a été la première codification administrative sur territoire allemand, puis, en 1931, un projet de loi sur la procédure administrative en Württemberg n'a pas abouti, mais a été suivi dans la pratique. Cf. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2009, p. 99.

10. Voir, en ce sens, K.-P. Sommermann, « Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand », in *RFDA*, 1995, p. 1145.

A. La définition légale de la procédure administrative non contentieuse

La définition légale des éléments constitutifs de la procédure administrative (1) lie toute autorité publique, sommée d'agir dans un cadre formel prédéfini (2).

1. La notion de procédure administrative inscrite dans la loi

Au paragraphe 9 de la loi, la procédure administrative est définie comme « *l'activité des autorités administratives produisant des effets à l'extérieur de l'administration et tendant à l'examen de conditions préalables, à la préparation et à l'édition d'un acte administratif, ou à la conclusion d'un contrat de droit public*¹¹ ». Autorités concernées, effets juridiques, examen des conditions préalables, notions d'acte administratif et de contrat administratif, la notion de procédure administrative embrasse l'ensemble de la production normative de l'administration. Elle est introduite en des termes clairs, de manière à éviter au maximum les interprétations divergentes à l'égard du droit fédéral.

En premier lieu sont concernées toutes les autorités participant à l'exécution du droit fédéral, incluant celles de la Fédération et de ses établissements, mais également celles des Länder, des communes et de leurs groupements lorsqu'ils en assurent l'exécution « *pour le compte de la Fédération*¹² ». En revanche, lorsqu'elles appliquent le droit du Land, les autorités administratives doivent se référer à leurs procédures régionales, qui reprennent globalement des dispositions identiques. Une répartition parfois subtile des procédures doit ainsi être opérée, en application du principe de subsidiarité. Cette conciliation est d'autant plus complexe que la plupart des Länder avaient codifié leurs propres procédures avant 1976. En cas de conflit, la Cour administrative fédérale a donc précisé que ceux-ci devraient assurer une application conforme au droit fédéral¹³. Sur le plan matériel, des pans entiers de l'administration échappent à cette procédure, notamment les matières sociales et fiscales qui sont régies par des dispositions propres¹⁴.

En second lieu, la procédure s'applique à deux catégories de mesures, à savoir les actes administratifs et les contrats de droit public. D'une part, le paragraphe 35 de la loi sur la procédure administrative définit l'acte administratif comme « *toute prescription, décision ou autre mesure de puissance publique prise par une autorité administrative pour régler un cas d'espèce dans le domaine du droit public et destinée à produire des effets de droit à l'extérieur de l'administration* ». Bien

11. Les traductions sont issues de la version officielle du ministère fédéral de l'intérieur allemand, 01.01.2010.

12. § 1, al. 1^{er}, VwVfG.

13. BVerwG, Décision du 8 août 1986 – 4 C 16/84 (Mannheim). Cf. *Subsidiaritätsgrundsatz im Verwaltungsverfahrensrecht*, in NVwZ 1987, p. 488 et s.

14. Le § 2 VwVfG exclut son application aux organisations religieuses, aux procédures financières régies par le code fiscal (*Abgabenordnung*), aux poursuites pénales, aux procédures des brevets et des marques, aux procédures prévues par le code social (*Sozialgesetzbuch*) et aux demandes en réparation, de même qu'aux activités des autorités juridictionnelles.

que certaines redondances aient pu être critiquées¹⁵, l'inscription de cette notion a le mérite de la clarté, eu égard à son étendue et à ses fonctions. La notion d'acte administratif allemand se limite à la décision individuelle, ce qui a pour conséquence d'exclure les règlements fédéraux, régionaux (*Verordnungen/Vorschriften*) et locaux (*Satzungen*), à caractère général. La jurisprudence administrative accorde une importance particulière au caractère individuel et prescriptif de l'acte¹⁶. Le rapport de subordination entre les autorités publiques et les administrés demeure sa caractéristique principale. D'autre part, le contrat de droit public trouve également sa définition, mais il se décline comme une «*forme alternative à la décision administrative*¹⁷». Le choix d'y recourir est laissé à l'appréciation de l'autorité administrative, selon ses besoins¹⁸. Selon le paragraphe 54, «*un rapport de droit dans le domaine du droit public peut être fondé, modifié ou supprimé par contrat (contrat de droit public)*». Deux catégories spécifiques de contrats de droit public sont distinguées dans la loi de 1976. Le contrat dit «de transaction» (*Vergleichsvertrag*) se caractérise par la levée d'une incertitude juridique de fait ou de droit par voie de concessions réciproques entre l'administration et l'administré (résolution de conflits juridiques, protection juridique des tiers, dédommagement, indemnités...). Le contrat «d'échange» (*Austauschvertrag*) se définit par la fourniture d'une prestation déterminée en vue de l'accomplissement de missions d'intérêt général (travaux publics, subventions...).¹⁹ En tout état de cause, le contrat conclu en lieu et place d'un acte administratif est soumis aux mêmes règles d'élaboration et notamment aux procédures légales d'approbation administratives. Soulignons néanmoins que, en Allemagne, le contrat de droit public demeure l'exception, la règle étant la soumission au droit commun²⁰.

2. Le déroulement de la procédure administrative allemande

La procédure administrative est réglementée du début à la fin. Aucune étape n'est laissée à une totale appréciation de l'administration. En lisant la loi de 1976, l'administré peut s'y retrouver.

L'initiative normative de l'administration est similaire au droit français. En dehors des hypothèses où elle est tenue d'agir d'office ou de faire suite à une demande d'un citoyen, «*l'autorité administrative décide, en due discrétionnarité, si et quand elle met en œuvre une procédure administrative*²¹». L'allemand est l'unique langue autorisée devant l'administration. Les investigations requises pour établir les faits, recueillir les éléments de preuves, écouter les témoins et experts

15. Cf. A. Emmerich-Fritsche, *Kritische Thesen zur Legaldefinition des Verwaltungsakts*, in NVwZ 2006, p. 762 et s.

16. VG Aachen : Décision du 29 octobre 2010 – 1 K 123/10, BeckRS 2010, p. 55612.

17. M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Thémis droit, PUF, 2006, p. 314.

18. A. Bleckmann, *Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages*, in NVwZ 1990, p. 601-607 ; A. Proelss et U. Blanke-Kiessling, *Der Verwaltungsvertrag als Handlungsform der Naturschutzverwaltung*, in NVwZ 2010, p. 985-990.

19. § 55 et 56 VwVfG.

20. C. Autexier, «L'introduction des contrats de partenariat en droit allemand», in *RFDA*, 2006, p. 234.

21. § 22 VwVfG (début de la procédure).

sont engagées librement par l'administration, qui n'est nullement liée par les preuves des parties²².

Sur la forme, « *un acte administratif peut être édicté par écrit, par voie électronique, par oral ou sous toute autre forme*²³ ». Dans ces dernières hypothèses, il doit ensuite être confirmé par écrit s'il existe un intérêt légitime et si l'administré en fait la demande. Un acte administratif doit contenir explicitement le nom de l'autorité administrative dont il émane et comporter la signature de son représentant légal. Le choix de conclure un contrat de droit public, au lieu d'édicter un acte administratif, est laissé à la libre appréciation de l'autorité publique²⁴. Il doit être également passé par écrit et préalablement approuvé par les tiers qu'il affecte. L'implication des tiers est l'une des caractéristiques principales du droit administratif allemand qui ne se retrouve pas en droit français. Dans la même perspective, tous les actes les concernant doivent leur être notifiés²⁵.

Sur le fond, toute décision administrative doit être motivée en fait et en droit²⁶. L'autorité émettrice doit indiquer les motifs essentiels de sa décision. Seuls les actes favorables à l'administré ou ne lui créant aucun préjudice peuvent y déroger. En cas de pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*), la motivation « *doit également permettre d'identifier les points de vue qui l'ont guidé*²⁷ ». Quelle que soit l'étendue de son appréciation discrétionnaire, l'administration est tenue d'en faire usage conformément à la finalité poursuivie. Pour chaque espèce, la motivation doit démontrer, de façon suffisamment détaillée, que l'autorité a agi dans le cadre de son habilitation et que les intérêts des administrés ont été soulevés, à partir d'éléments factuels²⁸. Si l'autorité disposait d'un choix discrétionnaire, elle doit fournir tous les éléments qui l'ont conduite à prendre la décision finale²⁹. En Allemagne, l'usage limité du pouvoir discrétionnaire par l'administration fait l'objet d'abondantes discussions³⁰. Le juge contrôle particulièrement la nécessité d'y recourir au regard de sa finalité et des hypothèses alternatives³¹. L'intérêt porté aux droits fondamentaux et à l'État de droit prend ici tout son intérêt. Les exemples sont nombreux concernant les mesures de police, les services sociaux, les impôts, l'urbanisme³²...

22. § 24 VwVfG (principe inquisitoire).

23. § 37, al. 2 VwVfG (caractère déterminé et forme de l'acte administratif).

24. § 54 VwVfG (licéité du contrat de droit public).

25. § 41 VwVfG.

26. § 39 VwVfG (motivation de l'acte administratif).

27. *Id.*

28. U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 11. Auflage, Verlag C.H. Beck München, pt 26, p. 748.

29. Par exemple, l'attribution d'un poste d'enseignement au profit d'un candidat : VGH Kassel NVwZ-RR 1993, 361.

30. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, 17. Auflage, p. 133-164.

31. BVerfGE 49, p. 89.

32. U. Ramsauer, *ib.*, p. 775-776.

B. Les différentes procédures administratives du VwVfG

Sur les sept procédures administratives mentionnées dans la loi de 1976, trois renvoient à une approche classique en Europe (1), les quatre autres s'en distinguent par leurs spécificités (2).

1. Les procédures administratives ordinaires

La première peut apparaître paradoxale, puisque est affirmé un principe général d'absence de formalisme administratif. En vertu de son paragraphe 10, « *en l'absence de règles de droit particulières sur la forme de la procédure, la procédure administrative n'est pas assujettie à des formes déterminées. Sa mise en œuvre doit être simple, opportune et diligente*³³ ». L'hypothèse même d'une procédure informelle (*nichtförmliches Verwaltungsverfahren*) est donc non seulement prévue par la loi, mais en constitue la règle par défaut. Ce principe ne constitue néanmoins pas une carte blanche, mais permet à l'administration de s'adapter aux circonstances individuelles de manière simple et proportionnée à la finalité de son action³⁴.

À l'opposé, la « procédure formelle » (*förmliches Verwaltungsverfahren*) doit s'effectuer sur la base d'une disposition juridique expresse. Elle requiert de produire des actes spécifiques, sous forme écrite³⁵. La communication des mesures, le droit d'écoute des administrés, de même que le concours des témoins et des experts y sont généralement plus détaillés et encadrés. Dans cette procédure, il doit obligatoirement être procédé à une discussion orale entre l'administration et les parties concernées. D'autres formalités peuvent s'y ajouter selon les domaines abordés³⁶, la procédure formelle présentant surtout un modèle de règles minimales à respecter³⁷.

À tout instant, un administré peut engager une procédure administrative demandant à l'autorité publique de contrôler la légalité et la proportionnalité de ses propres mesures (*Rechtsbehelfsverfahren*). Le recours en contestation (*Widerspruchsverfahren*), régi par les paragraphes 68 et suivants de la loi sur le contentieux administratif (VwGO), est ainsi considéré comme une procédure administrative à part entière, bien qu'il représente également une condition *sine qua non* du recours pour excès de pouvoir³⁸.

33. § 10 VwVfG.

34. VGH Kassel, Décision du 13 août 2007 – 3 UZ 522/07.

35. § 63 ff. VwVfG.

36. Par exemple, dans les procédures d'expropriation (§ 104 ff BauGB), d'examen scolaire (§ 17, 19 WPflG) ou d'autorisation industrielle (§ 10 BImSchG).

37. G. Foerster, H. Jäde in PdK Bundesrepublik Deutschland Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) VwVfG § 63 Anwendung der Vorschriften über das förmliche Verwaltungsverfahren, février 2010.

38. B. Delaunay, « Les recours administratifs préalables obligatoires en Allemagne », in *Les Recours administratifs préalables obligatoires*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2008, p. 208-218.

2. Les procédures administratives spéciales

Une procédure spécifique est prévue en matière d'urbanisme aux paragraphes 72 et suivants de la loi de 1976. En plus des règles susmentionnées, l'approbation d'un plan (*Planfeststellung*) requiert une procédure d'enquête plus élaborée, imposant la constitution d'un dossier définissant précisément le projet, sa raison d'être, la zone d'inclusion et les installations concernées³⁹. Outre la décision finale d'approbation du plan, peuvent être exigés une autorisation de construire, un agrément relatif à la réglementation des eaux ou divers accords des autorités de protection de la nature. Tous les domaines susceptibles d'être affectés par le plan doivent être incorporés dans cette procédure. La consultation des parties intéressées, des citoyens et des associations de protection de l'environnement revêt ici une importance particulière strictement réglementée⁴⁰.

Depuis les années 1970 se sont développées des actions groupées, menées par des initiatives citoyennes ou des groupes d'intérêt, à l'encontre de projets d'une ampleur spécifique, à l'instar des centrales nucléaires ou des autoroutes. À diverses reprises, la loi de 1976 prévoit une procédure de « masse » (*Massenverfahren*), à laquelle prennent part plus de cinquante personnes entrant sous le qualificatif de tiers intéressés⁴¹. Pour éviter un engorgement des procédures, un représentant légal commun est seul mandaté à discuter avec l'administration⁴².

Dans une logique similaire, une procédure « à plusieurs niveaux » (*mehrstufiges Verwaltungsverfahren*) a émergé plus de la pratique que de la loi⁴³. Pour la construction de grands projets (centrales nucléaires, installations industrielles, routes...), dont la réalisation nécessite l'édiction de nombreux actes, unilatéraux et contractuels, et surtout l'intervention de nombreuses personnes, publiques et privées, physiques et morales, et d'où résulte une certaine complexité, la procédure d'autorisation est scindée en deux, voire plusieurs parties, qui correspondent aux étapes principales de la procédure à suivre. Cette division procédurale tend à clarifier la prise de décision et les échanges avec les tierces parties. Dès lors qu'une étape est close, les objections à son encontre ne sont plus recevables, ce qui renforce sa sécurité juridique jusqu'à l'adoption de la décision finale.

Enfin, à la demande des requérants, des procédures d'autorisation accélérées (*Verfahrensbeschleunigung*) permettent de réduire les délais de consultation lorsqu'ils ont des conséquences économiques sur le projet⁴⁴. À cet égard, une loi spécifique a été adoptée en 1996⁴⁵. Au lieu de créer une procédure *ad hoc*, elle prévoit seulement de réduire la durée des procédures précitées afin de ne pas porter atteinte aux intérêts financiers de l'entreprise concernée. Celle-ci doit

39. § 73 VwVfG.

40. Cf. BVerwG, décision du 9 juin 2010 – 9 A 2/08. *Planfeststellung für Autobahnneubau*, in NVwZ, 2011, p. 177 et s. (plan de construction d'une autoroute).

41. § 67 I, 69 II, 73 VI, 74 V VwVfG.

42. J.-U. Suchomel, *Massenverfahren – Ende des Beibringungsgrundsatzes ?*, in NJW, 2010, p. 3202 et s. J. Meyer, *Massenverfahren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, NVwZ, 1982, p. 349 et s.

43. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C.H. Beck, 2009, p. 480.

44. § 71a. et s. VwVfG.

45. *Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz* (GenBeschlG) du 12 septembre 1996 (BGBl. I S. 1354).

alors justifier auprès de l'autorité publique, sur la base de documents et d'expertises, la raison de l'urgence, tout en respectant la participation des tiers ou du public par anticipation. Cette procédure d'urgence s'applique surtout en matière d'environnement et d'urbanisme, pour éviter que les autorisations préalables ne freinent la réalisation des projets⁴⁶.

II. La participation des administrés à la prise de décision individuelle

L'implication des administrés à la préparation des décisions individuelles qui les concernent s'avère inexorablement aboutie. La loi de 1976 a généralisé les droits de la défense des administrés dans la procédure non contentieuse (A). Cette avancée s'avère néanmoins amoindrie par l'ineffectivité des sanctions qui s'y rattachent (B).

A. La procédure contradictoire généralisée

Afin d'assurer une certaine « égalité des armes » entre l'autorité émettrice et les administrés, la procédure contradictoire a été étendue à l'ensemble des décisions individuelles. Le principe général de droit d'écoute permet à ces derniers de participer activement à l'élaboration des mesures qui les concernent (1). En raison de l'importance des personnes susceptibles d'être intéressées, l'adoption des plans d'urbanisme est soumise à une procédure contradictoire spécifique (2).

1. Droit d'écoute et accès au droit des administrés

Le droit d'écoute des administrés (*Anhörungsrecht*) constitue l'innovation majeure de la loi sur la procédure administrative de 1976, en prévoyant, au paragraphe 28, que, « *avant l'édition d'un acte administratif portant atteinte aux droits d'une partie, possibilité doit lui être donnée d'exposer son point de vue sur les faits pertinents pour la décision*⁴⁷ ». Cette disposition est le pendant administratif du principe général du droit constitutionnel à être entendu devant les tribunaux, inscrit à l'article 103, §1, de la Loi fondamentale.

Les différentes parties susceptibles d'intervenir lors de la procédure administrative sont les personnes physiques et morales, les associations et les autorités administratives⁴⁸. Les associations de protection de la nature, particulièrement actives en Allemagne, peuvent ainsi intervenir, lorsqu'elles y démontrent un

46. H. Pünder, Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts in JuS 2011, p. 291.

47. § 28 VwVfG. Cf. OVG Bautzen, Décision du 21 juin 2010 – 4 B 526/09, BeckRS 2010, p. 50579 (autorisation de travail); OVG Magdeburg, Décision du 8 janvier 2010 – 1 M 91/09, BeckRS 2010, p. 46139 (mutation d'un professeur sans son accord).

48. § 11 VwVfG.

intérêt environnemental⁴⁹. Le professeur Fromont constate que, « *de façon un peu paradoxale, le cercle des personnes titulaires du droit à être entendu est donc plus large qu'en droit français, malgré l'importance accordée par le droit allemand à la notion de droit subjectif*⁵⁰ ». Dès le début de la procédure, elles peuvent se faire représenter par un mandataire légal⁵¹. La loi encadre leurs interventions, ainsi que les modalités de réception des preuves. L'autorité administrative doit notamment faciliter la consultation des dossiers des administrés pour qu'ils fassent valoir leurs intérêts préalablement à toute prise de décision. Les larges consultations présentent néanmoins le risque que des groupes d'intérêt influencent ou bloquent l'action de l'administration. L'effectivité des échanges entre l'administration et les administrés est conditionnée par un certain rapport de confiance réciproque.

Si l'accès aux documents est généralisé et garantit une transparence administrative, même en matières fiscale⁵² et sociale⁵³, des voix dissonantes dénoncent certaines barrières encore opposées aux administrés dans différentes affaires, surtout par les administrations communales peu désireuses de se soumettre à un contrôle externe de leurs activités⁵⁴. L'accès à la procédure se joue surtout autour des actes tenus au secret par l'administration pour protéger sa libre appréciation.

D'après la jurisprudence de la Cour administrative fédérale, le paragraphe 28 I VwVfG ne s'applique que si la situation juridique d'un administré est affectée par un acte administratif, non en cas de décision qui lui est favorable⁵⁵. L'audition des parties de même que l'accès à leurs dossiers⁵⁶ ne s'imposent que durant les « procédures formelles » et peuvent être écartés dans les cas d'urgence ou lorsqu'ils porteraient atteinte à une autre partie ou à un secret d'État. En outre, l'audition préalable des étrangers n'a ainsi pas été jugée nécessaire lorsque les autorités publiques compétentes ont ordonné l'exécution immédiate d'une décision d'expulsion⁵⁷. Ou encore, la procédure contradictoire a pu être restreinte en cas de retrait de permis dû à la possession de cannabis⁵⁸.

49. BVerwG, Décision du 12 novembre 1997 – 11 A 49/96 : *Beteiligung anerkannter Naturschutzverbände*, in NVwZ 1998, p. 395.

50. M. Fromont, *op. cit.*, p. 218.

51. § 14-19 VwVfG.

52. U.-C. Dissars, *Das Recht auf Akteneinsicht der Beteiligten im Steuerrecht*, in NJW 1997, p. 481 ; H.-U. Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, 1995, § 37, p. 19 et s.

53. § 24 Sozialgesetzbuch (SGB). O. E. Krasney, *Zur Anhörungspflicht im Verwaltungsverfahren*, in NVwZ 1986, p. 337 et s.

54. J. Bohl, Der „ewige Kampf“ des Rechtsanwalts um die Akteneinsicht, in NVwZ 2005, p. 133 et s.

55. BVerwGE 66, 184 ; OCG Münster, Décision du 22 décembre 2009 – 12 A 3327/08, BeckRS 2010, p. 45522 (examen d'allemand).

56. § 29 VwVfG.

57. OVG Münster, Décision du 16 décembre 1977 – IV B 2122/77. *Zur Bedeutung der Anhörung im Verwaltungsverfahren*, in NJW 1978, p. 1764.

58. VG Saarlouis : Décision du 9 février 2011 – 10 L 33/11, in BeckRS 2011, p. 47123.

2. Les consultations spécifiques pour les plans d'urbanisme

Une procédure spécifique a été prévue pour l'approbation des plans d'urbanisme⁵⁹. Celle-ci doit faire l'objet d'un avis public, par publication dans les journaux officiels et dans les quotidiens locaux afin d'en informer le plus grand nombre⁶⁰. Lors d'une première phase d'enquête, tout projet de plan doit être soumis à consultation publique par les communes, pendant une durée de un mois. À ce stade, « *jusqu'au terme d'un délai de deux semaines suivant l'expiration du délai de dépôt pour consultation, toute personne dont les intérêts sont touchés par le projet peut émettre, par écrit ou par inscription à un procès-verbal, des objections contre le plan auprès de [l'autorité compétente]* »⁶¹. Les prises de position arrivées hors délai ne sont, en principe, pas acceptées. Cette étape des consultations doit prêter une attention particulière aux objections reposant sur des titres de droit de propriété. Dans une affaire concernant la construction d'une autoroute sur le territoire de la ville de Bochum, la Cour administrative fédérale a récemment précisé que les parties doivent pouvoir se prononcer sur l'ensemble du projet urbain et pas uniquement sur les aménagements ponctuels⁶².

Dans un second temps, « *après expiration du délai de présentation des objections, l'autorité chargée de l'enquête doit débattre avec le responsable du projet, les autorités administratives, les personnes concernées et celles ayant émis des objections, des objections émises contre le plan dans le délai et des prises de position des autorités administratives relativement au plan* »⁶³. La date de débat public doit ensuite être publiée, à l'issue de laquelle l'autorité chargée de l'enquête transmet son rapport à l'autorité d'approbation du plan dans un délai de un mois à partir de la clôture du débat. Cette dernière prend sa décision, en statuant sur les objections formulées lors du débat, puis la communique aux personnes intéressées. L'exemple tumultueux du projet de construction de la gare dénommée « Stuttgart 21 » est révélateur de l'ampleur que peut prendre la consultation des différentes parties⁶⁴.

B. Les contreparties de la codification de la procédure administrative

Une des faiblesses de la codification, pointée par la doctrine allemande, réside dans l'absence de sanction effective à l'encontre de certains vices de procédure (1). Certains auteurs voient dans cette contrepartie une protection face à une tendance à annuler tout acte administratif affecté par un vice de forme (2).

59. § 72-78 VwVfG.

60. § 72 VwVfG.

61. § 73 (4) VwVfG.

62. BVerwG, Décision du 9 juin 2010 – 9 A 25/09 : *Präkludierung bei Durchführung eines Planergänzungsverfahrens*, in NVwZ 2011, p. 175 ; BVerwG, Décision du 9 juin 2010 – 9 A 20/08 : *Planfeststellung für Autobahnneubau*, in NVwZ 2011, p. 177.

63. § 73 (6) VwVfG.

64. La procédure administrative avait été validée par la Cour administrative d'appel en 2006 : VGH Baden-Württemberg, Décision du 6 avril 2006, 5 S 847/05. La situation politique actuelle dans le Land de Baden-Württemberg devrait néanmoins en modifier la donne.

1. Une correction légale contestée des vices de forme et de procédure

En principe, en vertu du paragraphe 44 VwVfG, «*un acte administratif est nul et non avenue lorsqu'il est affecté d'un vice particulièrement grave*». Une liste non exhaustive y est mentionnée, notamment lorsque l'autorité émettrice n'est pas identifiable ou n'était pas compétente pour agir, ou encore lorsque le vice est constitutif d'une infraction ou porte atteinte aux bonnes mœurs.

Cependant, de nombreux vices peuvent être corrigés *a posteriori*, sans entraîner la nullité de l'acte. Ainsi, une simple violation de règles de procédure ou de forme, telles que les absences de motivation, d'audition d'une partie ou de délibération obligatoire d'une commission pourront être régularisées ultérieurement. Cette «*guérison*» de l'acte (*Heilung*), décidée par le juge, «*peut intervenir jusqu'à l'issue de la dernière instance qui se prononce sur les faits dans un contentieux administratif*⁶⁵». Il est expressément indiqué dans la loi que «*l'annulation d'un acte administratif [...] ne peut pas être exigée au seul motif qu'il a été élaboré en violation des règles de procédure, de forme ou de compétence rationae locali, lorsqu'il est manifeste que la violation n'a pas eu d'incidence sur la décision au fond*⁶⁶». Dans la pratique, en cas de violation du droit d'écoute des parties, l'administration est sommée d'y procéder après édicton de la décision, ce qui permet de douter de son utilité⁶⁷.

Est même prévue la possibilité de «*convertir*» à la légalité un acte administratif vicié s'il poursuit la même finalité et que l'autorité administrative modifie les moyens d'y parvenir (*Konversion*)⁶⁸. Dans la même logique, un acte administratif irrégulier ne peut pas être retiré s'il confère «*un avantage juridiquement non négligeable*» et que le bénéficiaire s'est fié à son maintien⁶⁹. Est reconnu ici un principe de confiance légitime proche de la théorie des droits acquis qui ne pourra être retourné que si l'acte a été obtenu par dol, menace ou corruption, que les indications initiales étaient erronées ou en cas de négligence caractérisée.

L'ampleur des modifications juridiques prévues par les lois relatives à la procédure administrative est problématique. En particulier, la mise à l'écart des dispositions relatives au retrait des actes administratifs, aux effets des vices de forme et de procédure et de la forme écrite des contrats de droit public affaiblissent la légalité affirmée précédemment. La flexibilité procédurale engendrée par la possibilité de corriger *a posteriori* différentes erreurs commises lors de l'édicton

65. § 45, al. 2 VwVfG. Cf. VG Düsseldorf, Décision du 20 septembre 2010 – 13 K 1225/10, BeckRS 2010, p. 55561 (refus d'allocations familiales).

66. § 46 VwVfG. VG Gelsenkirchen : Décision du 3 décembre 2010 – 4 L 1326/10, BeckRS 2011, p. 45351 (obligation scolaire).

67. OVG Lüneburg, Décision du 13 octobre 1986 – 12 A 17/86 : *Anhörung im Verwaltungsverfahren*, in NVwZ 1987, p. 511.

68. § 47 VwVfG.

69. § 48 VwVfG.

de l'acte apparaissent en contradiction avec l'objectif de sécurité juridique, que la doctrine n'a pas manqué de dénoncer⁷⁰.

2. Une politique jurisprudentielle raisonnée

L'inscription dans la loi des règles de procédures administratives a eu pour conséquence d'augmenter les vices de procédure. L'après-1976 a donné lieu à une quête commune d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine tendant à adoucir les effets de cette nouvelle législation sur l'activité administrative. Face à des prescriptions légales strictes, les juges administratifs ont adopté une approche raisonnée de la loi afin d'éviter une nullité absolue des actes administratifs en cas de vice de forme, sans pour autant inciter à une désobéissance de la loi⁷¹.

Le dépassement des règles de forme a ainsi renforcé la réalisation du droit matériel. Seules les violations caractérisées des règles de procédures ayant réellement des conséquences sur le fond sont annulées. En ce sens, le droit de la procédure administrative concilie la protection juridique formelle des administrés et la finalité matérielle d'intérêt général poursuivie par l'administration⁷². Le juste équilibre est parfois délicat à trouver.

La procédure administrative est aujourd'hui confrontée à une volonté politique de la déréglementer, en diminuant les barrières procédurales, et ainsi renforcer les intérêts économiques⁷³. L'excès procédural et l'importance des consultations ont conduit au ralentissement, voire à l'abandon de nombreux projets urbains. Les procédures accélérées adoptées dans les années 1990 ont cherché à contrebalancer ce mouvement. Cette tâche est néanmoins obstruée par la sécurité juridique qui s'attache à la loi de 1976. La déréglementation procédurale apparaît d'autant plus paradoxale au regard des normes environnementales, notamment européennes, de plus en plus exigeantes, complexes et techniques à l'égard des entreprises. La conception contemporaine de l'État de droit requiert une considération accrue des divers intérêts en jeu. Elle a un coût, mais poursuit également un idéal. Le « code » de procédure administrative allemande contient les instruments juridiques nécessaires pour l'atteindre.

Conclusion

Pour conclure, la question du rapprochement des procédures administratives entre les États membres de l'Union européenne aurait le mérite d'être posée. Existe-t-il un intérêt européen à rapprocher les règles procédures des administrations nationales ? Le traité de Lisbonne a introduit la coopération administrative au

70. P. Badura, *Die gegenwärtige Diskussion über das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, JA 1981, p. 33 ; H. Meyer, *Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens und die Sanktion für Verfahrensfehler*, in NVwZ 1986, p. 513-521 ; K.-P. Dolde, *Verwaltungsverfahren und Deregulierung*, in NVwZ 2006, p. 857-864.

71. H. Meyer, *id.*, p. 513.

72. H. Pünder, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, in JuS 2011, p. 289.

73. K.-P. Dolde, *op. cit.*, p. 857.

nombre des « actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres »⁷⁴. Dans la préface du commentaire de la *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Ulrich Ramsauer reconnaît que, « avec le traité de Lisbonne [...], l'européanisation du droit procédural administratif allemand est entrée dans une nouvelle phase. L'administration allemande fait désormais partie d'une association d'administrations européenne, qui, du fait de multiples interdépendances, est également liée avec les administrations des autres États membres, tout comme avec l'Union⁷⁵ ». Depuis le 28 décembre 2009, à l'obligation d'entraide entre administrations allemandes (*Amtshilfepflicht*)⁷⁶ a été ajouté un principe général d'assistance mutuelle avec les administrations des autres États membres de l'Union européenne lorsqu'elle est exigée par un acte de l'Union (*Europäische Verwaltungszusammenarbeit*)⁷⁷. En effet, l'intelligibilité de la loi européenne requiert une application uniforme par les autorités nationales, via des procédures similaires, garantes d'une protection juridique équivalente à l'égard des administrés de l'Union. Les travaux du professeur Jürgen Schwarze sur cette problématique n'ont pas encore trouvé l'écho espéré de l'autre côté du Rhin⁷⁸.

74. Art. 6 TFUE.

75. U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 11. Auflage, Verlag C.H. Beck München, p. V.

76. § 4-8 VwVfG.

77. § 8a-8^e VwVfG.

78. J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2^e éd., 2009 ; J. Schwarze, *Europäische Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Band I, 1988 ; J. Schwarze, *Europäische Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1988, Band II ; J. Schwarze, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities, Sweet & Maxwell, 1992 ; J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration e. V., 1982, Band 14.



Liste des abréviations et des acronymes

AAI	autorité administrative indépendante
ANI	accord national interprofessionnel
APAJH	Association pour le placement et l'aide aux jeunes handicapés
APF	Association des paralysés de France
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CAP	commission administrative paritaire
CAS	Centre d'analyse stratégique
CCEN	Commission consultative d'évaluation des normes
CCSPL	commission consultative des services publics locaux
CDNPS	commission départementale de la nature, des paysages et des sites
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CFDT	Confédération française démocratique du travail
CGCT	code général des collectivités territoriales
CGT	Confédération générale du travail
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNAarusp	Commission nationale d'agrément des associations représentant les usagers dans les instances hospitalières ou de santé publique
CNDP	Commission nationale du débat public
CNS	Conférence nationale de santé
CODERST	conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques
COR	Conseil d'orientation des retraites
CSFPE	Conseil supérieur de la fonction publique de l'État
CSPRT	Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques
CT	comité technique
FNSEA	Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HAS	Haute Autorité de santé
PLU	plan local d'urbanisme
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
RGPP	révision générale des politiques publiques
SCOT	schémas de cohérence territoriale
SGAE	Secrétariat général des affaires européennes
SGG	Secrétariat général du Gouvernement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPE	très petites entreprises
TUE	Traité de l'Union européenne
UNAPEI	Union nationale des associations de parents d'enfants handicapés
ZAC	zone d'aménagement concerté

Table des matières

Avant-propos

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État..... 7

Consulter autrement, participer effectivement

Introduction 13

Première partie

Les progrès et les limites de l'administration consultative 19

1.1. Les différentes fonctions de la consultation selon les objectifs poursuivis..... 20

1.1.1. La consultation-expertise 21

1.1.2. La consultation en direction des groupes d'intérêt ou des professionnels..... 21

1.1.3. Le dialogue social 22

1.1.4. La consolidation de l'action de l'administration 24

1.2. Les caractéristiques de la consultation 26

1.2.1. L'information 26

1.2.2. La demande d'avis 27

1.2.3. La concertation 27

1.2.4. La négociation..... 28

1.3. Les méthodes de la consultation..... 29

1.3.1. Le recours interne..... 29

1.3.2. La méthode de l'internalisation..... 30

1.3.3. La méthode de l'externalisation 30

1.3.3.1. Le recours aux associations 31

1.3.3.2. Le recours à une capacité d'expertise émanant d'une autorité administrative indépendante 33

1.4. Les limites de la consultation 34

1.4.1. Le constat critique global..... 34

1.4.1.1. Le système consultatif est lourd 35

1.4.1.2. Le système consultatif est incertain..... 37

1.4.2. Deux illustrations particulières..... 43

1.5. L'influence d'autres fondements juridiques..... 45

1.5.1. L'incidence du droit européen..... 45

1.5.2. La référence au droit américain..... 47

1.5.3. Les enseignements tirés des pratiques étrangères..... 49

1.5.4. Les influences nées des exigences du développement durable et en particulier du droit de l'environnement..... 53

Deuxième partie

Des principes directeurs pour consolider de nouvelles formes de consultation	57
2.1. Les nouvelles formes de consultation présentent encore de sérieuses faiblesses nécessitant le respect de principes directeurs clairement énoncés	57
2.1.1. Les formes nouvelles de consultation relèvent de la concertation et du débat public	58
2.1.2. Elles s'appuient sur une inflexion sensible du droit français sous l'influence du juge.....	63
2.1.3. L'administration décentralisée fournit des exemples de consultation du public au niveau des collectivités territoriales.....	67
2.1.4. Les nouvelles formes de concertation ont été soutenues par la généralisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication	68
2.1.5. Les risques du recours à des formules de concertation ouverte qui sont souvent floues et ambiguës	71
2.1.6. Les enseignements tirés de l'expérience de l'Union européenne	74
2.1.7. L'ensemble des évolutions constatées a débouché, en France, sur une importante réforme normative	81
2.2. Dégager des principes directeurs clairs à partir de prémisses ambitieuses	85
2.2.1. Les prémisses.....	85
2.2.2. Retenir des principes directeurs propices à une consultation ouverte et progressive, organisée sans la contrainte de règles excessivement formelles.....	87

Troisième partie

Vers l'« administration délibérative »	91
3.1. Faire de l'administration « délibérative » l'une des composantes du principe de bonne administration	92
3.1.1. Les fondements de l'administration délibérative.....	92
3.1.2. Les caractéristiques de l'administration délibérative.....	94
3.2. Poursuivre l'effort de simplification des procédures de consultation des organismes institutionnels	98
3.3. Favoriser le développement de consultations ouvertes en introduisant un corpus de principes directeurs dans une « loi-code »	100
3.3.1. Les références de ce choix	101
3.3.2. Les raisons de ce choix	106
3.3.3. Le support juridique proposé	108
3.4. Amplifier le recours aux études d'impact	110
3.5. Exploiter toutes les potentialités offertes par Internet	115
3.5.1. Un plus large recours à Internet nécessite de répondre aux insuffisances procédurales de l'outil de la « démocratie électronique ».....	116
3.5.2. La loi prévoit désormais une mesure ambitieuse de régulation entre les procédures de concertation et celles de consultation, en utilisant l'outil Internet.....	119
3.5.3. La « fracture numérique » et les propositions pour la réduire : formation, intermédiation, initiatives décentralisées.....	120
3.5.4. L'apport majeur d'Internet provient peut-être surtout de sa fonction de mise à l'épreuve continue de la décision publique.....	122



3.6. Définir le rôle et la place d'instances régulatrices de la procédure : l'intervention d'un « tiers garant ».....	123
3.7. Réexaminer les conditions du contrôle contentieux des dispositifs de concertation et de consultation	125
Conclusion	131
Récapitulatif des mesures proposées	133

Annexes

Annexe 1 Liste des organismes consultatifs les plus significatifs créés postérieurement au décret n° 2006-665 du 7 juin 2006 relatif à la réduction du nombre et à la simplification de la composition de diverses commissions administratives (au 31 décembre 2010)	139
Annexe 2 Le <i>Better Regulation Executive</i>	143
Annexe 3 La Commission nationale du débat public (CNDP)	147
Annexe 4 Éléments de bilan des consultations, concertations et référendums dans les collectivités territoriales	157
Annexe 5 Un exemple de consultation pour l'élaboration de la réglementation : le Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques	165
Annexe 6 La Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN)	169

Contributions 171

Consultation publique : aspects légaux et pratiques de l'expérience brésilienne	173
<i>Contribution de l'Advocacia-Geral da União de la république fédérative du Brésil, sous la direction de Luís Inácio LUCENA ADAMS, avocat général de l'Union</i>	
1. Introduction	173
2. Droit à la participation	174
2.1. Origine et prévision constitutionnelle et légale brésilienne.....	174
2.2. Distinction entre consultation publique et audition publique.....	178
2.3. Participation aux consultations et audiences publiques	178



3. Expériences brésiliennes	179
3.1. Auditions et consultations publiques relatives au transport terrestre	179
3.2. Auditions et consultations publiques relatives à l'énergie électrique.....	181
4. Conclusion	183
Quelques observations sur l'administration « délibérative »	185
<i>Jean-Bernard AUBY, professeur de droit public, directeur de la chaire « Mutations de l'action publique et du droit public » (MADP)</i>	
I. Sur les fondements de l'administration « délibérative »	185
II. Sur le champ de l'administration « délibérative »	189
III. Sur la mise en forme juridique de l'administration « délibérative »	190
IV. Sur le contentieux de l'administration « délibérative »	192
Délibération et participation	195
<i>Par Jacques CHEVALLIER, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris-II), directeur du CERSA-CNRS</i>	
Une ouverture relative	197
Un débat encadré	200
Une portée limitée	202
Le « code » de procédure administrative non contentieuse en Allemagne	207
<i>Aurélien RACCAH, docteur en droit de l'institut universitaire européen de Florence, enseignant-chercheur à l'université catholique de Lille</i>	
I. La formalisation des règles procédurales non contentieuses	209
A. La définition légale de la procédure administrative non contentieuse.....	210
1. La notion de procédure administrative inscrite dans la loi	210
2. Le déroulement de la procédure administrative allemande	211
B. Les différentes procédures administratives du VwVfG.....	213
1. Les procédures administratives ordinaires.....	213
2. Les procédures administratives spéciales	214
II. La participation des administrés à la prise de décision individuelle	215
A. La procédure contradictoire généralisée	215
1. Droit d'écoute et accès au droit des administrés	215
2. Les consultations spécifiques pour les plans d'urbanisme	217
B. Les contreparties de la codification de la procédure administrative.....	217
1. Une correction légale contestée des vices de forme et de procédure	218
2. Une politique jurisprudentielle raisonnée.....	219
Conclusion	219
Liste des abréviations et des acronymes	221

